

**NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA REGULACIÓN COORDINADA
DEL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA**

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN*

Publicado en:

Arbitraje. Revista de arbitraje commercial y de inversiones
Vol. I, núm. 2, 2008 pp. 495-500.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E -28040 MADRID
cocastri@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional E Pints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA REGULACIÓN COORDINADA DEL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA

1. En septiembre de 2007 se hizo público el informe solicitado por la Comisión Europea y presentado por los profesores B. Hess y T. Pfeiffer, ambos de la Universidad Ruprecht-Karls de Heidelberg, así como P. Schlosser, de la Universidad de Munich, sobre la aplicación del Reglamento 44/2001, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, en los veinticuatro Estados miembros de la Unión Europea (UE). Se trata del primero de los dos informes ó el segundo se ocupa de las competencias residuales de los tribunales nacionales - sobre los que la Comisión elaborará uno nuevo ó el suyo propio ó que habrá de ser presentado al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social respondiendo al mandato de revisión impuesto por el art. 73 del mencionado Reglamento aunque sea con retraso ó debía haberse hecho antes del 1 de marzo de 2007 -, (*„A más tardar, cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un informe sobre la aplicación del presente Reglamento. Este informe se acompañará, si procede, de las propuestas destinadas a adaptar el Reglamento“*).

Este informe (*Study* JLS/C4/2005/03, disponible en <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnewen.htm>), se basa en las entrevistas, análisis estadísticos e investigación sobre la puesta en práctica del Reglamento 44/2001 en los tribunales nacionales. Con carácter general, sus conclusiones reconocen a este instrumento ó y a su antecesor, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 ó como una de las normas de mayor éxito de la UE. No obstante, se detectan algunos problemas operativos para cuya resolución el informe ofrece propuestas que retoman o abren el camino a interesantes debates. En particular, merece especial atención la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento (art. 1.2.d: *„Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento el arbitraje“*) y, consiguientemente, las dudas y dificultades provocadas por la interacción de las actuaciones judiciales y arbitrales.

2. La exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas se debió a la existencia, la generalizada aceptación así como la probada eficacia del Convenio de Nueva York de 10 de junio 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, sin que la transformación del Convenio de Bruselas en el Reglamento 44/2001 llevara a plantearse modificar esta situación. Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), institución encargada de la interpretación uniforme del llamado sistema de Bruselas I, la exclusión debe ser interpretada extensivamente. Así, en el asunto *Marc Rich* (sentencia del TJCE de 21 de julio de 1991, C-190/89) el Tribunal estableció que el procedimiento para la designación de un árbitro en el tribunal de un Estado miembro queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, las interacciones entre el arbitraje y la actuación de los tribunales ordinarios en el marco del Reglamento dan lugar a situaciones de convivencia reconocidas por el Tribunal. Por ejemplo, en el asunto *Van Uden* (sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998, C-190/89) se admitió que los tribunales nacionales pueden adoptar medidas provisionales para asegurar el desarrollo de procesos arbitrales amparándose en el art. 31 del entonces Convenio de Bruselas pues éste precepto hace referencia a lo previsto en el Derecho interno (*„Podrán solicitarse medidas provisionales y cautelares previstas en la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente*

Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo). Además, en el ya mencionado asunto *Marc Rich* el Tribunal dictaminó que el planteamiento de una cuestión previa sobre la validez de la cláusula arbitral no se considera materia excluida, por lo que es posible que, si el tribunal arbitral afirma la validez de la cláusula arbitral mientras que un tribunal nacional en otro Estado miembro la considera nula, se produzcan procedimientos civiles y arbitrales paralelos ó potencialmente contradictorios - en el territorio comunitario.

3. En esta tesitura no es de extrañar que se hayan suscitado debates sobre la posibilidad de articular normas en materia de arbitraje en el contexto comunitario que, compatibles y complementarias con las relativas al proceso judicial civil del Reglamento 44/2001, contribuyan a la creación de un verdadero espacio de justicia comunitario. El Informe se hace eco de estos debates señalando los principales problemas prácticos de convivencia de ambos sistemas para la resolución de los litigios civiles y mercantiles en Europa y las eventuales vías para su solución. Las soluciones aportadas descartan como principio incorporar el arbitraje al ámbito material de aplicación del Reglamento e insisten en que las iniciativas propuestas no deben perjudicar, sino más bien respaldar, la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 articulando los puntos de contacto entre ambas reglamentaciones. En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 71.1 del Reglamento establece la primacía de los Convenios internacionales sobre cuestiones específicas en los que son parte los Estados miembros (*El presente Reglamento no afectará a los Convenios en los que los Estados miembros fueren parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones*).

4. El primero de los problemas prácticos abunda en el que ya ha sido enunciado al hacer referencia al asunto *Marc Rich*, se trata del reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre validez del acuerdo arbitral adoptadas por un tribunal nacional, así como de las *anti-suit injunctions* que impidan a las partes demandar en tribunales ordinarios. Dado que, según la jurisprudencia de algunos Estados miembros, estas decisiones no son susceptibles de reconocimiento al amparo de los arts. 32 y ss. del Reglamento debido a la exclusión del art. 1.2.d, la cláusula arbitral puede ser válida en un Estado miembro y nula en otro, con el resultado del desarrollo de procesos y decisiones paralelas ó potencialmente contradictorias - en distintos países de la UE.

Para hacer frente a esta situación algunos autores (Schlosser y Wagner) han propuesto eliminar la exclusión general del art. 1.2.d. ó lo que permitiría el reconocimiento de las decisiones sobre validez - e incluir las decisiones sobre la validez o nulidad del acuerdo arbitral en el ámbito de aplicación del Reglamento a través de alguna fórmula que proteja los acuerdos arbitrales de manera semejante a la protección que se otorga a los acuerdos de elección de foro. Se trataría de una norma en línea con el art. 23.3 del Reglamento (*los tribunales de otro Estado miembro sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia*) que podría articularse como un nuevo art. 27 A con el siguiente tenor: *Un tribunal de un Estado miembro suspenderá el procedimiento cuando el demandado cuestione la competencia del tribunal por la existencia y alcance de un acuerdo arbitral si el tribunal de Estado miembro designado como sede del arbitraje es requerido para dictar una resolución declarativa sobre la existencia, validez y/o alcance de dicho acuerdo arbitral* (*A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of*

arbitration in the arbitration agreement is seised for declaratory relief in respect to the existence, the validity, and/or scope of that arbitration agreement) o, en otra formulación, *El proceso judicial habrá de ser suspendido cuando se inicie el procedimiento declarativo sobre el carácter vinculante de un acuerdo arbitral en el país sede del arbitraje a su debido tiempo (que será decidido por el tribunal ante el que se presentó la demanda*) (*Court proceedings, are to be stayed once proceedings for declaratory relief regarding the binding effect of an alleged arbitration agreement are instituted in the country of the place of the arbitration in due time (to be decided by the court seised)*). Este planteamiento, junto con el que sigue, precisan afrontar la potencialmente problemática determinación de la sede del arbitraje, cosa que se hace en los términos que más abajo se indican.

5. El segundo problema se refiere a las medidas complementarias o auxiliares al arbitraje que realizan tribunales ordinarios, tales como el nombramiento de un árbitro, la adopción de medidas provisionales, la asistencia para la obtención de pruebas así como las decisiones sobre costas relativas al auxilio judicial. Como primera opción, la antes mencionada supresión del art. 1.2.d permitiría extender el ámbito de aplicación del Reglamento a todas ellas. De este modo la competencia para adoptar de medidas auxiliares en apoyo al arbitraje no sólo estaría amparada, como ahora, por el art. 31 cuando el Derecho nacional lo permite, sino que también los tribunales de todos los Estados miembros podrían decidir las sobre la base de las normas de competencia de los arts. 2-26.

No obstante, algunos especialistas se inclinan por abordar el arbitraje en el Reglamento de forma *positiva*; añadiendo una nueva competencia en materia de procesos auxiliares, bien con carácter concurrente (art. 5), bien con carácter exclusivo (art. 22) ó Van Houte -, para los tribunales del Estado de la sede del arbitraje. Ambas opciones plantean problemas en cuanto a la determinación de la sede del arbitraje, pero esta última parece la más recomendable ya que los fueros concurrentes no excluirían el desarrollo de otros procesos. Consecuentemente, la solución más ajustada sería proponer la incorporación de un nuevo párrafo al art. 22 estableciendo la competencia exclusiva, con independencia del domicilio, *en procesos auxiliares para apoyar el arbitraje, los tribunales del Estado miembro que sea la sede del arbitraje*) (*in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place*).

Para hacer frente a la eventual indeterminación de la sede del arbitraje sería apropiado introducir una norma que estableciera que éste será el elegido por las partes o situarse en el Estado miembro en el que tiene lugar el arbitraje. La formulación de la norma podría realizarse en los términos siguientes: *La sede del arbitraje dependerá del acuerdo de las partes o será determinado por el tribunal arbitral. En otro caso, el tribunal de la capital del Estado miembro designado será competente, faltando esa designación será competente el tribunal que tendría competencia sobre la diferencia si no existiera acuerdo arbitral*) (*The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated Member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement*).

6. El tercer, y más complejo, grupo de problemas gira en torno a la incidencia del arbitraje sobre el reconocimiento y ejecución en el marco del Reglamento con el fin de evitar la existencia de diversidad de decisiones inconciliables entre sí en los Estados

miembros. En este aspecto, por una parte, se plantean posibles situaciones en las que solicite el reconocimiento conforme al Reglamento de sentencias judiciales que se han dictado aún existiendo acuerdo arbitral; por otra parte, hay que considerar si la existencia de acuerdos arbitrales o de procesos arbitrales en curso en un Estado miembro ó o incluso de laudos arbitrales susceptibles de ser reconocidos -, frenan el desarrollo de procesos judiciales en otros Estados miembros teniendo en cuenta que las decisiones que se obtengan serían susceptibles de ser reconocidas en ellos. La respuesta de los tribunales nacionales frente a estas situaciones es heterogénea.

7. En la primera hipótesis, cuando el demandado no esgrime en tiempo y forma la existencia del acuerdo arbitral, se produce, obviamente, una sumisión tácita a la luz del art. 24 del Reglamento (conforme con el art. II.3 del Convenio de Nueva York) y el reconocimiento de la decisión judicial se puede llevar a cabo sin mayores problemas de acuerdo con los arts 32 y ss. Más allá de este supuesto, la práctica de los tribunales de los Estados miembros revela que la falta de consideración de la existencia de un acuerdo arbitral por el tribunal de origen de una sentencia no incide en absoluto sobre su reconocimiento en otro Estado miembro. Estas sentencias se reconocen sin más pues los arts. 34 y 35 del Reglamento no incluyen esta circunstancia ó y ninguna otra relativa al arbitraje - como causa para rechazarlo. Algunos autores, sin embargo, creen que podría esgrimirse a estos efectos la excepción de orden público (art. 34.1) si bien los informes nacionales no dan testimonio de ningún caso que apoye esta afirmación. De ahí que la opción por introducir una nueva causa para el no reconocimiento relativa a estos supuestos ó defendida por Van Houte - cambiaría considerablemente la situación actual.

8. En cuanto a la existencia de cláusulas compromisorias, procesos arbitrales pendientes o laudos susceptibles de ser reconocidos, el art. II.3 del Convenio de Nueva York ya aborda la incidencia de procesos arbitrales sobre el inicio de procesos judiciales en otra jurisdicción, por lo que las normas del Reglamento relativas a la litispendencia (arts. 27 y 30), reconocimiento de sentencias cuando ya existe otra (art. 34.3 y 4) y control de competencia del juez de origen en el reconocimiento (art. 35) no resultan, en principio, aplicables. Sin embargo, en algunos Estados miembros las sentencias judiciales relativas al reconocimiento de laudos arbitrales se reconocen al amparo del art. 32 del Reglamento (*õse entenderá por õresoluciónö, a los efectos del presente Reglamento, cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del procesoö*), mientras que en otros se rechaza, sin más, la aplicación de este instrumento sobre la base de su art. 1.2.d. Más allá de la posibilidad de considerar las sentencias sobre reconocimiento de laudos arbitrales dictados en los Estados miembros como reconocibles al amparo del art. 32, también aquí, la solución se encontraría en ampliar la lista de causas de exclusión del reconocimiento del art. 34.

9. El principal problema de la inserción de los laudos arbitrales en el art. 32 y de la inclusión de nuevas causas relativas al arbitraje para rechazar el reconocimiento de sentencias reside en que parte de la asimilación de un laudo arbitral a una decisión judicial que exigiría existiese entre los Estados miembros la misma confianza mutua en el terreno del arbitraje que en el marco de los procesos judiciales y, dado que los procesos arbitrales son muy heterogéneos y es necesario un control judicial residual de las garantías procesales en los mismos ó tal y como reconoce el propio art. 5 del Convenio de Nueva York -, no parece que sea recomendable extender la aplicación del

art. 32 a los laudos arbitrales ni incluir causas de no reconocimiento relativas al arbitraje.

10. El reconocimiento y ejecución de laudos en la UE debería, entonces, abordarse en un documento específico armónico y complementario a las normas del Reglamento para las decisiones judiciales. En todo caso, las causas para rechazarlo deben limitarse a las especificadas en el art. 5 del Convenio de Nueva York. Además, el tribunal de la sede del arbitraje debería tener competencia exclusiva para su reconocimiento y su decisión sería obligatoria y, por lo tanto, susceptible de ejecución en otros Estados miembros, sin ninguna formalidad adicional, de forma paralela al título ejecutivo europeo que es posible obtener en materia de deudas incontestadas sobre la base del Reglamento 805/2004.

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN