

FACULTAD DE DERECHO

**EL ARBITRAJE EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU
EVOLUCIÓN**



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

Autor: Itziar Martínez-Pardo Armand

4º E-1

Derecho Internacional Privado

Tutora: Isabel Lázaro González

Madrid

Abril de 2022

RESUMEN

Al incrementarse el uso del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, ha aumentado la necesidad de regular el reconocimiento de sus laudos y de garantizar la seguridad jurídica a las partes de dichas controversias. Por ello, se va a analizar las diferentes interpretaciones del TJUE de la normativa europea para concluir cuál es la cabida del arbitraje en el marco comunitario.

En primer lugar, se realizará un análisis de las sentencias *Marc Rich*, *Van Uden* y *Turner*, que nos llevarán a *West Tankers* y el punto de inflexión en la consideración del arbitraje comercial en Europa, así como la revisión del Reglamento de Bruselas y sus consecuencias, para terminar con la sentencia *Gazprom*. En segundo lugar, se analizarán las sentencias *Achmea* y *PL. Holdings*, relativas al arbitraje de inversión en Europa, y se estudiarán las consecuencias de dichos pronunciamientos en las inversiones entre Estados miembros de la Unión.

Palabras clave: arbitraje comercial, Convenio de Bruselas 1968, Reglamento (CE) 44/2001, Reglamento (UE) 1215/2012, Convenio de Nueva York, arbitraje de inversión, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ABSTRACT

Since the use of arbitration as a dispute resolution mechanism has increased, the need to regulate the recognition of arbitral awards and to ensure legal certainty for the parties to said disputes has grown. Due to this, the interpretations of the CJEU of the relationship between arbitration and European law will be analysed in order to conclude what the place of arbitration in the Community framework is.

Firstly, an analysis will be made of the *Marc Rich*, *Van Uden* and *Turner* judgments, which will lead us to *West Tankers* and the turning point in the consideration of commercial arbitration in Europe, as well as the revision of the Brussels Regulation and its consequences, to conclude with the *Gazprom* judgment. Secondly, the *Achmea* and *PL. Holdings*, concerning investment arbitration in Europe, and the consequences of these rulings on investments between EU Member States will be studied.

Keywords: commercial arbitration, Brussels Convention 1968, Regulation (EC) 44/2001, Regulation (EU) 1215/2012, New York Convention, investment arbitration, Treaty on the Functioning of the European Union.

ÍNDICE	
INTRODUCCIÓN	5
ARBITRAJE COMERCIAL	7
CUESTIONES PREVIAS	7
Convenio De Nueva York	7
Convenio De Ginebra	8
EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA AL CASO WEST TANKERS	8
Marc Rich c. Impianti	9
Van Uden	11
Turner	14
CASO WEST TANKERS	16
Importancia del caso	16
Contexto	16
Caso	18
Interpretación del TJCE	19
Consecuencias	21
REVISIÓN DEL RBI	21
El libro Verde de la Comisión	21
Opinión de la Comunidad Internacional	22
Propuesta de Revisión del Reglamento de Bruselas 2010	22
REGLAMENTO N° 1215/2012	23
EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL POSTERIOR A WEST TANKERS	24
Sentencia Gazprom.	24
ARBITRAJE DE INVERSIÓN	27
CASO ACHMEA	28
CASO PL. HOLDINGS	32
CONCLUSIONES	34
BIBLIOGRAFÍA	37

LISTADO DE ABREVIATURAS

CB	Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 27 de septiembre de 1968.
CNY	Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.
RBI	Reglamento (CE) 44/2001 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 22 de diciembre de 2001.
RBIBis	Reglamento (UE) 1215/2012 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 12 de diciembre de 2012.
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa, 13 de diciembre 2007.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea, Maastricht, 7 de febrero de 1992
UE	Unión Europea
WBR	Wetboek van Burgerlijke Rechtsverordering (Ley de Enjuiciamiento Civil neerlandesa)

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende dar respuesta a las dudas sobre la cabida del arbitraje, tanto comercial como de inversión, en la normativa europea. En concreto, se persigue entender, a partir de la evolución jurisprudencial del TJUE, la posición de la doctrina frente a la relación entre arbitraje y procedimientos jurisdiccionales.

El arbitraje es un método privado y vinculante que, si bien nace de un acuerdo entre las partes, está regulado por el Estado y sujeto a su ejecución.¹ Por lo tanto, cuando hablamos del arbitraje internacional, tenemos que tener en cuenta la regulación de los Estados, para el mutuo reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. A nivel internacional, es la Convención de Nueva York de 1958 la norma por excelencia regulatoria del arbitraje. A nivel europeo el arbitraje se regula por el Convenio de Ginebra, complementario del CNY. Además, desde 1968, existe una regulación específica relativa a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,² pero ha mantenido al arbitraje excluido de su ámbito de aplicación.

El conflicto entre el arbitraje y la normativa europea radica en que el arbitraje es un instrumento esencial, consolidado y de carácter universal en los litigios de carácter transnacional que puede colisionar con el objetivo esencial de la Unión de asegurar un espacio de libertad, seguridad y justicia que facilite el acceso a la justicia y el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.³ Por ello, y dado el incremento de procedimientos arbitrales internacionales, la exclusión del arbitraje ha sido motivo de dudas y conflictos, por lo que el TJUE ha tenido que enfrentarse en numerosas ocasiones a la interpretación de dicha exclusión.

a. OBJETO DEL TRABAJO E INTERÉS

Será objeto del presente trabajo analizar la cabida del arbitraje en la Unión Europea. Para abordar esta materia, el trabajo se dividirá en dos partes: en primer lugar, el arbitraje comercial y, en segundo lugar, el arbitraje de inversión.

¹ Latham & Watkins, “Guía del Arbitraje Internacional”, 2013 (Disponible en: <https://www.lw.com/thoughtleadership/2013-guide-to-international-arbitration-spanish-edition>)

² Comenzando por el Convenio de Bruselas, pasando por el RBI y, finalmente, el RBI bis.

³ Fernández Rozas, J. C., “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro” *La Ley*, nº 9, 2013, p. 7.

Para ello se estudiarán los pronunciamientos del TJUE de las últimas décadas respecto al arbitraje y su relación con la normativa europea, así como la repercusión de las posturas adoptadas por el Tribunal en la legislación y en la doctrina. Este trabajo tiene como objetivo aclarar la posición que mantiene la Unión Europea frente al arbitraje y, en particular, respecto al arbitraje comercial, arrojar un poco de luz sobre el alcance de la exclusión en una normativa que, de primeras, no parece del todo clara en lo que respecta a la materia arbitral.

b. METODOLOGÍA

Para conseguir los objetivos pretendidos, este trabajo se ha realizado partir del estudio de diferentes pronunciamientos del TJUE, que han supuesto un antes y un después en la interpretación de la exclusión del arbitraje comercial y de la compatibilidad del arbitraje de inversión en la Unión Europea. Además, se ha realizado una comparativa de la doctrina y legislación comunitaria e internacional para contextualizar las posturas del Tribunal, utilizando para ello se han utilizado materiales bibliográficos como revistas, libros y tesis.

El presente trabajo se divide en dos partes principales. Primero, se tratará el arbitraje comercial. Para ello, se realizará un estudio de la jurisprudencia del TJUE, exponiendo de forma cronológica los pronunciamientos del TJUE que han ido aclarando el alcance de la exclusión a través de una interpretación de la normativa y un análisis minucioso del concepto del arbitraje y los procedimientos que puedan tener relación con él, como las medidas provisionales o las órdenes conminatorias. En primer lugar, se verá la evolución jurisprudencial previa a la sentencia *West Tankers*, estudiando las interpretaciones del TJUE en las sentencias *Marc Rich*, *Van Uden* y *Turner*. En segundo lugar, se estudiará la sentencia *West Tankers* y su valor, así como el debate y los cambios normativos que suscitó. Por último, se estudiará la sentencia *Gazprom* y la posición actual de la doctrina.

En segundo lugar, se tratará el arbitraje de inversiones. Primero, se realizará una breve exposición de la trayectoria del arbitraje de inversión y se explicará la necesidad de tratar esta materia por separado. Después se analizará el caso *Achmea* y su repercusión, hasta llegar al análisis de la Declaración de Nulidad de los TBIs del 2019 y la situación actual.

2. ARBITRAJE COMERCIAL

Cada día aumenta la aceptación del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, especialmente, en el contexto del comercio internacional. Esto es así hasta el punto en que la voluntad de recurrir al arbitraje en las relaciones comerciales privadas internacionales ya no es solo “un dato excepcional de la práctica, sino la regla.”⁴ La globalización y el auge de las nuevas tecnologías han hecho que se valore, más que nunca, la rapidez, la especialidad o la flexibilidad, aspectos del arbitraje que contrastan con la lentitud y sobrecarga de los órganos jurisdiccionales.

a. CUESTIONES PREVIAS

Antes de proceder a desarrollar el contenido principal del trabajo, es conveniente contextualizarlo. Para ello, cabe destacar la Convención de Nueva York, a nivel internacional, que va a servir como justificación de determinadas interpretaciones, y, a nivel europeo, el Convenio de Ginebra.

i. Convenio De Nueva York

Este convenio se firmó el 10 de junio de 1958, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Es un instrumento internacional de grandísima acogida, pues son 169 los Estados parte y en varios de ellos ha llegado a convertirse en la norma general del arbitraje internacional. Al firmar dicho instrumento, los Estados tenían la intención de armonizar sus normas en materia arbitral, intentando dar cierta uniformidad a la regulación sobre los pactos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en el extranjero.

De acuerdo con el primer artículo de la Convención, esta es aplicable al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pida y a los laudos arbitrales que no sean considerados como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.⁵ Principalmente, persigue que los Estados parte reconozcan y ejecuten los laudos arbitrales, sea cual sea el

⁴ Azcárraga Monzonís, C., “Heidelberg, West Tankers, Endesa. La revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral: ¿reformar para mejorar?” *Arbitraje*, vol. IV, nº 2, 2011, p. 398 (Disponible en: <http://hdl.handle.net/10637/12978>)

⁵ Artículo I CNY

país en que se dicte. Así, se evita que un laudo extranjero sea discriminado frente a uno nacional, recibiendo el mismo reconocimiento.

Además, si las partes de una controversia suscribiesen un “acuerdo por escrito” en el que se obliguen a someter sus controversias a un procedimiento arbitral, y una de ellas recurre a la justicia, la CNY permite al tribunal nacional remitir a ambas partes al arbitraje.⁶ Con esta facultad que se les otorga a los órganos jurisdiccionales se pretende dar plena eficacia a los convenios arbitrales, evitando que estos se vean vulnerados o que los procedimientos se alarguen más de lo que deberían.

ii. Convenio De Ginebra

El Convenio de Ginebra surge de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, que tuvo lugar en Ginebra, el 21 de abril 1961, a raíz del deseo de sus Estados partes de “promover el desarrollo del comercio europeo eliminando, en la medida de lo posible, ciertas dificultades que pueden entorpecer la organización y el funcionamiento del arbitraje comercial internacional en relaciones entre personas naturales o jurídicas de diferentes países europeos”.⁷

Es el instrumento más importante en materia arbitral, a nivel comunitario, ya que fue redactada principalmente para el arbitraje entre partes de Estados miembros. Regula los acuerdos de arbitraje, el procedimiento arbitral y los laudos arbitrales. No obstante, importante destacar su carácter complementario respecto del CNY. Esto significa que, lo no regulado por este, quedará regulado por el Convenio de Ginebra.

b. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL PREVIA AL CASO WEST TANKERS

Las sentencias que procedemos a analizar en este apartado se encuentran en el marco del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.⁸

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, creado por el Tratado de Roma de 1957, no otorgaba competencia legislativa a los órganos comunitarios. Esto

⁶ Artículo 3 CNY

⁷ Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961

⁸ Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 27 de septiembre de 1968, 98/C 27/01.

impedía la creación de un reglamento a nivel europeo, por lo que la única forma de regular la cooperación judicial en materia civil y mercantil era mediante la creación de Convenios entre Estados. Así surgió el Convenio de Bruselas, que, si bien sirvió para facilitar el reconocimiento y ejecución recíprocos de las decisiones judiciales, no lo hizo para el de los laudos arbitrales, como sugería el Tratado de Roma.⁹

El Convenio, en su artículo primero, excluye de su ámbito de aplicación al arbitraje, generando numerosas dudas sobre la aplicación del Convenio a litigios que mantienen, de una forma u otra, relación con el arbitraje, como en los casos que se estudiarán a continuación.

i. Marc Rich c. Impianti¹⁰

1. Caso

En el año 1991, la Court of Appeal de Londres presentó ante el TJUE una petición relativa a la interpretación del Convenio de Bruselas sobre la exclusión del arbitraje. En este caso existen dos partes enfrentadas: por un lado, la sociedad Marc Rich & Co. AG, domiciliada en Suiza, (compradora) y, por otro, la sociedad Impianti PA, domiciliada en Italia (vendedora).

El día 23 de enero de 1987, Marc Rich realiza una oferta de compra a Impianti, que la acepta dos días después, con condiciones. Marc Rich acepta esas condiciones el día 26, pero realiza el envío del contrato el día 28, vía télex. En este nuevo télex añade una cláusula que establece que el contrato debía regirse por la ley inglesa y que, de surgir diferencias entre las partes, estas debían ser sometidas a arbitraje. Concretamente, el procedimiento tendría que llevarlo tres árbitros en Londres, cuyo laudo sería definitivo y vinculante para las dos sociedades.

Marc Rich recibe la mercancía acordada, pero alega haberla recibido gravemente deteriorada. Es entonces cuando Impianti PA la demanda ante la justicia italiana, solicitando que se la declarase exenta de responsabilidad. La razón por la cual esta decide dirigirse a la justicia italiana es por estar domiciliada en Italia y por permitirlo así el

⁹ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), Roma, 25 de marzo de 1957, Artículo 220: “Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales (...) la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de (...) los laudos arbitrales”.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 1991, C-190/89, caso Marc Rich

Convenio de Bruselas. No obstante, no podemos olvidarnos de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que aquí juega un importante papel.

En la última versión del contrato, Marc Rich incluyó una cláusula, mediante la cual se acordaba resolver potenciales controversias mediante arbitraje. Así, Marc Rich alegó la incompetencia del Tribunal Italiano e inició el procedimiento de arbitraje. Sin embargo, Impianti no reconocía la existencia o la validez de la cláusula arbitral, por haberse incluido en el contrato después de haberse aceptado.

Como Impianti se negaba a participar en el arbitraje, Marc Rich solicitó la designación de un árbitro a la High Court de Londres, quien autorizó notificar a Impianti del escrito de interposición de la demanda. Impianti se mantenía firme en su posición y solicitó que se anulase dicha autorización, explicando que el conflicto entre las dos consistía en determinar si el contrato inicial contenía o no una cláusula arbitral. Para Impianti, la controversia queda incluida en el Convenio de Bruselas y, por ello, la justicia italiana era competente. Para Marc Rich, quedaba excluida, acogándose al artículo 1 del Convenio, por tratarse del arbitraje.

La High Court declaró que el Convenio no debía aplicarse, ya que se había pactado someter el contrato a la ley inglesa. Impianti interpuso recurso de apelación ante la Court of Appeal, que suspendió el procedimiento y planteó ante el TJCE unas cuestiones prejudiciales sobre la excepción del arbitraje y sobre la interpretación de otros artículos del Convenio.

2. Interpretación del TJCE

La Court of Appeal preguntó al TJCE sobre la aplicación la excepción del arbitraje a cualquier litigio o proceso, y, en concreto, a los litigios o procesos en los que se discute si existe o no una cláusula arbitral. En caso de recibir una respuesta afirmativa, preguntó también si Marc Rich podría someterse a los tribunales ingleses y, en caso de ser posible, si debería suspender el procedimiento.

Para responder a la primera pregunta, el TJCE establece un concepto amplísimo de arbitraje. Por esta interpretación, queda excluido del ámbito de aplicación del Convenio, tanto el arbitraje en sí, como cualquier medida que tenga una estrecha relación con él. A partir de esta sentencia, para determinar si un litigio está incluido o no, únicamente debe

tenerse en cuenta el objeto de dicho litigio¹¹ y no el de las cuestiones previas que pueda suscitar.

Por lo tanto, en este caso, no es aplicable el Convenio al procedimiento para la designación del árbitro, por mantener una relación directa con el arbitraje. El hecho de que se hayan suscitado cuestiones previas sobre la validez o, incluso, existencia del convenio arbitral, no altera esta exclusión.¹²

A partir de este pronunciamiento, cualquier medida que tuviese una estrecha relación con el arbitraje caería fuera del ámbito de aplicación del Convenio. Esta interpretación se debe a motivos de seguridad jurídica. Por ejemplo, pongamos que una parte quisiese acogerse al Convenio, le bastaría con plantear cuestiones previas comprendidas en su ámbito de aplicación. Según el TJCE, iría en contra de los objetivos del Convenio permitir que la aplicabilidad de la exclusión prevista en el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 dependiera de la existencia de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento.¹³

ii. Van Uden ¹⁴

La exclusión del arbitraje establecida por el Convenio de Bruselas, siguió siendo un asunto controvertido, ya que, en 1998, unos años después de la Sentencia Marc Rich, el TJUE volvió a enfrentarse a otra cuestión prejudicial sobre ello. Esta vez fue el Hoge Raad der Nederlanden quien presentó la petición de interpretación, y lo hizo en el asunto C-391/95, Van Uden Africa Line c. Deco-Line.

1. Caso

En este caso las partes son Van Uden (demandante) con domicilio social en Rotterdam, y Deco-Line (demandada), con domicilio social en Hamburgo. Ambas partes firmaron un contrato por el que Van Uden se comprometía a poner a disposición de Deco-Line un espacio de carga en los buques que aquella explotase, a cambio de que esta última pagase una determinada cantidad. En dicho contrato incluyeron un convenio arbitral, por lo que, de surgir controversias entre las partes, deberían resolverse por medio de un arbitraje.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 25 de julio de 1991, C-190/89, caso Marc Rich, párrafo 26

¹² Gómez Jene, M. “Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la sentencia Gazprom del TJUE), Cuadernos de derecho transnacional, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 446

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, C-190/89, caso Marc Rich, párrafo 27

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, caso Van Uden

Van Uden cumplió con sus obligaciones y envió las facturas correspondientes a Deco-Line, que no pagó lo que debía. Van Uden hizo uso del convenio arbitral establecido en el contrato iniciando el procedimiento arbitral en los Países Bajos. Sin embargo, se vio obligado a abandonarlo y recurrir al presidente del Rechtbank te Rotterdam para presentar una demanda de medidas provisionales, ya que Deco-Line no colaboraba en la designación de árbitros, solicitando condenar a este a pagar las cantidades debidas.

La respuesta de Deco-Line ante la demanda fue interponer la excepción de incompetencia del juez de medidas provisionales neerlandés. Es una sociedad que estaba domiciliada en Alemania y creía firmemente que solo podría ser demandada ante los tribunales de ese Estado, ya que, al firmar un convenio arbitral, el Convenio de Bruselas ya no sería de aplicación.

La excepción fue desestimada porque una medida solicitada en un procedimiento de medidas provisionales se incluye en el ámbito de aplicación del Convenio.¹⁵ Deco-Line interpuso un recurso de apelación y posteriormente uno de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden, quien planteó varias cuestiones prejudiciales ante el TJCE sobre la competencia del Juez de medidas provisionales en virtud del Convenio.

2. Interpretación del TJCE

En esta sentencia, el TJCE afirma que el tribunal que sea competente para conocer el fondo del asunto según el CB, lo será también para adoptar las medidas provisionales que se soliciten. No obstante, en el momento en que las partes acuerden atribuir un litigio a un órgano arbitral, no existirá ningún tribunal estatal con competencia para conocer del fondo del asunto. La única forma en la que un tribunal estatal podría estar facultado para adoptar medidas provisionales, es en virtud del artículo 24 del CB. Este artículo establece que se podrán solicitar estas medidas ante el Estado Contratante que las tenga previstas en sus leyes, incluso cuando, en virtud del CB, otro Estado fuese competente.

Así, el Juez neerlandés se consideró competente, ya que la WBR, la ley neerlandesa, prevé las medidas provisionales solicitadas por Van Uden. En concreto, establece que un convenio arbitral no puede ser razón para privar a las partes de su derecho a solicitar dichas medidas. Por lo tanto, en un primer momento, Van Uden podría demandar a Deco-Line ante un juez neerlandés, independientemente de lo que establezca el CB.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, caso Van Uden, párrafo 11

Sin embargo, el TJCE insiste en que la aplicación del artículo 24 queda supeditada a la existencia de un vínculo real entre el objeto de las medidas que se solicitan y la competencia del juez, del Estado Contratante, que conoce del asunto. No podemos invocar el artículo 24 para casos en los que las medidas provisionales solicitadas sean relativas a materias excluidas del Convenio, como es, por ejemplo, el arbitraje. Por lo tanto, las medidas que sirvan para aplicar un procedimiento arbitral, quedarán excluidas.

Por todo lo anterior, es fundamental conocer el objetivo principal de las medidas provisionales solicitadas por Van Uden, ya que, dependiendo de esto, podrán incluirse o no en el ámbito de aplicación del artículo 24, pudiendo aplicarse o no el CB. El TJCE indica que las medidas en este caso no aplican un procedimiento arbitral, sino que lo apoyan. Esto es así porque las medidas se adoptan en paralelo al arbitraje que debería llevarse a cabo para solucionar las controversias entre las partes y su objeto es salvaguardar derechos, no el arbitraje en sí. Por lo tanto, se puede concluir que quedan incluidas en el ámbito de aplicación del CB y el artículo 24 es aplicable.

En la sentencia Marc Rich, el TJCE aplica la teoría de la exclusión amplia, en virtud de la cual cualquier procedimiento judicial instrumental a un arbitraje está excluido del ámbito de aplicación material del CB. Sin embargo, en esta sentencia, el TJCE adopta una visión diferente, más abierta, a través de la cual las medidas provisionales serán simplemente apoyo del procedimiento arbitral, en lugar de un instrumento necesario.

Lo que debemos concluir de esta sentencia, es la importancia del objetivo, además del objeto, de las medidas provisionales. Por ello, habrá que diferenciar entre aquellas que buscan apoyar un procedimiento arbitral de aquellas que buscan aplicarlo. Por un lado, serán de *apoyo* aquellas medidas que soliciten la tutela de derechos que estén dentro del ámbito de aplicación del CB, siempre que dichas medidas no sean fundamentales para el desarrollo de un arbitraje. Por otro lado, serán de *aplicación* aquellas medidas que sean fundamentales para el desarrollo del arbitraje, como por ejemplo la designación de un árbitro.¹⁶

En este caso, Van Uden exige un pago en concepto de contraprestación contractual. El TJCE, por lo general, no lo considera medida provisional en el sentido del artículo 24 del

¹⁶Gascón Inchausti, F. y Gómez Jene, M., “Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de la sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto Van Uden c. Deco Line)” *Revista Española de Derecho procesal*, nº 4, 1999 p 303

Convenio. Sin embargo, no cierra la puerta a la posibilidad de considerarlo como tal, ya que para ello establece dos requisitos. En primer lugar, “que se garantice al demandado la devolución de la cantidad concedida si el demandante no viera estimadas sus pretensiones sobre el fondo del asunto. En segundo lugar, que la medida solicitada sólo se refiera a determinados bienes del demandado que estuvieren situados dentro de la esfera de competencia territorial del juez que conozca del asunto.”¹⁷

En definitiva, esta sentencia cambia la interpretación de la exclusión del arbitraje del Convenio de Bruselas. A partir de esta sentencia, se consideran incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio las demandas de medidas provisionales o cautelares que apoyen un arbitraje. Lo que se diferencia de la postura anterior de excluir todos aquellos procedimientos que mantengan una estrecha relación con el arbitraje.

iii. Turner¹⁸

I. Caso

En el año 2004 se le plantea al TJUE, en el asunto C-159/02, una petición sobre la interpretación del Convenio de Bruselas, distinta a las dos anteriores. En este caso, el punto controvertido no es la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Convenio, sino la exclusión o inclusión de las llamadas “anti-suit injunctions”¹⁹ u órdenes conminatorias.

En este caso las partes son, por un lado, el Sr. Turner, nacional británico domiciliado en el Reino Unido, y, por otro lado, el Sr. Grovit y las sociedades Harada Ltd. (domiciliada en el Reino Unido) y Changepoint S.A. (domiciliada en España).

El Sr. Turner trabajaba en Reino Unido para Harada Ltd, quien le transfirió a Madrid en 1997. Dos meses más tarde, el Sr. Turner dimite de su cargo y demanda a Harada Ltd. en Londres, alegando que esta intentó involucrarle en actividades ilegales para poder despedirle.

Por otro lado, el Sr. Turner es contratado por el grupo Changepoint, dirigido por el Sr. Grovit. En julio de 1998, el grupo demandó al Sr. Turner, por su inapropiada conducta

¹⁷ Apartado 5 del fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1998, C-391/95, caso Van Uden

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2004, asunto C-159/02, caso Turner

¹⁹Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico: “Institución propia de los países del *common law* consistente en un mandato del tribunal a una conducta de hacer o de no hacer, con anterioridad o durante el proceso, o una vez recaída una sentencia favorable al demandante.”

profesional, ante el juzgado de primera instancia de Madrid, pero se negó a aceptar la notificación e impugnó la competencia del órgano español.

La cuestión que se plantea al TJCE comienza cuando, el 18 de diciembre de 1998, el Sr. Turner pide a la High Court of Justice que prohibiese al Sr. Grovit, a Harada Ltd. y a Changepoint continuar sus procedimientos en España. Es decir, solicita al órgano jurisdiccional británico que dicte una orden conminatoria. Este órgano rechazó la solicitud, y fue, posteriormente, la Court of Appeal quien dictó dicha orden, basándose en que los procedimientos se habían iniciado de mala fe.

Tras dictarse la orden conminatoria, el Sr. Grovit, Harada y Changepoint recurrieron ante la House of Lords alegando que los órganos jurisdiccionales ingleses no están facultados para impedirles iniciar o continuar procedimientos entablados ante órganos jurisdiccionales extranjeros a los que se aplica el Convenio de Bruselas.

Cabe señalar que este tipo de orden se dirige contra el litigante “rebelde”, aquel que intenta alterar el curso de los procedimientos, con mala fe, y no contra el órgano jurisdiccional extranjero.²⁰ Sin embargo, si bien la intención de la orden es afectar directamente al litigante, afecta también, de forma indirecta, al tribunal, ya que se le restringe su competencia para conocer del asunto.²¹

2. Interpretación del TJCE

Por todo lo anterior, el TJCE afirma que el órgano jurisdiccional de un Estado contratante no puede prohibir, a una parte de un procedimiento en curso ante él, iniciar o continuar un procedimiento judicial ante el órgano jurisdiccional de otro Estado contratante. Ni siquiera cuando se actúe de mala fe o con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso. Esto es así porque uno de los principios fundamentales del Convenio consiste en que ningún tribunal pueda examinar la competencia de otro, por lo que permitir las órdenes conminatorias irían en contra del propio Convenio.

Ahora bien, esta afirmación que hace el TJCE no hace referencia al arbitraje, lo cual deja abierto a la interpretación si caben o no, en el marco de Bruselas, órdenes conminatorias en un proceso arbitral. Un sector de la doctrina interpretó que el fallo del TJCE es general,

²⁰ Beltrán de Lubiano, J., “Controlando al litigante rebelde: las anti-suits injunctions en los tribunales españoles” *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 32, 2015, pp. 78

²¹ Marcuello Salto, J.I., “La sentencia West Tankers y su jurisprudencia derivada. La inclusión del arbitraje en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, 2011 pp. 98

es decir, que pretende prohibir todas las órdenes conminatorias. Entiende que los remedios nacionales utilizados por los tribunales en apoyo del arbitraje quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, por estar relacionados estrechamente con el arbitraje.²² El sector doctrinal de Reino Unido, de donde son características estas órdenes, interpretó que la ilegalidad de dichas órdenes no alcanzaba a las órdenes conminatorias dictadas para proteger convenios arbitrales, por quedar el arbitraje excluido del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas.²³

c. CASO WEST TANKERS²⁴

i. Importancia del caso

Esta sentencia debe estudiarse por separado, ya que supone un antes y un después en la forma de interpretar la exclusión del arbitraje. El Reglamento Bruselas I excluye expresamente al arbitraje de su ámbito de aplicación y el TJUE, en las sentencias previamente estudiadas, ha ido interpretado qué entra y qué no en dicha exclusión.

Sin embargo, en el caso West Tankers, el TJUE ha abierto el debate sobre la necesidad de incluir en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I el arbitraje. La interpretación del tribunal, en el momento en que se realizó, dio pie a que se alzarán las voces que abogaban por un cambio.

ii. Contexto

Para poder entender el valor de esta sentencia, es importante contextualizarla. Como se ha explicado con anterioridad, hasta entrado el siglo XXI, el TUE mantenía una dualidad de bases jurídicas que implicaba la elaboración de Convenios entre los Estados miembros,²⁵ para “simplificar las formalidades del reconocimiento y ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y laudos arbitrales”.²⁶ No obstante, tras años de reflexión y negociación sobre cuestiones institucionales, se firmó en 2007 el Tratado de Lisboa,²⁷

²²Fentiman, R., “Arbitration and the Brussels Regulation”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nº. 3, 2007, p. 495

²³ Sierra Noguero, E., “Un revés europeo al arbitraje londinense: la anti-suit injunction en apoyo del convenio arbitral es incompatible con el Derecho comunitario.”, *Arbitraje*, vol. 2, nº 1, 2009, p. 442

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, caso West Tankers

²⁵ Borrás, A. “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz Bilbao*, 2001, p. 295

²⁶ Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE)

²⁷ Cortés Martín, J.M., “El Tratado de Lisboa y las regiones”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 2 nº 3, p. 263

que sustituye el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El TFUE, en su artículo 81, establece que la UE deberá desarrollar “una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales” y que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán medidas para garantizar, entre otras cosas, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales y extrajudiciales de los Estados Miembros.²⁸ Es en este contexto de comunitarización del Derecho Internacional Privado, en el año 2009, que se desarrolla el Caso West Tankers.

Tanto el Convenio de Bruselas como el Reglamento, mantienen fuera de su ámbito de aplicación el arbitraje. En este caso, el TJCE realiza una interpretación, de nuevo, amplia de dicha exclusión. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriormente estudiados, nos encontramos en una época de numerosos cambios, que invitaban a reflexionar sobre la idoneidad de la exclusión o inclusión del arbitraje.

1. El informe Heidelberg²⁹

Este informe fue presentado por la Comisión, en cumplimiento de la obligación establecida por el Reglamento³⁰, para valorar su propio funcionamiento y analizar sus puntos fuertes y débiles. Según el informe, el funcionamiento del Reglamento había sido satisfactorio en términos generales, pero había ciertas disposiciones que requerían revisión y mejora.³¹

Después del revuelo que la exclusión del arbitraje del Reglamento había generado, era evidente que la falta de una normativa europea común sobre el arbitraje sería uno de los temas a tratar por este informe. De hecho, gran parte de su contenido relativo a posibles reformas está dedicado al arbitraje, en concreto sobre el reconocimiento judicial del convenio arbitral, la ejecución del laudo y los conflictos entre laudos y resoluciones judiciales.³²

²⁸ Artículo 81 TFUE

²⁹ Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., “Informe sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I en los Estados miembros”, Bruselas, septiembre de 2007.

³⁰ Artículo 73 del RBI

³¹ Rodríguez Vázquez, M.A., “Una Nueva Fórmula para la Supresión del Exequátur en la Reforma del Reglamento de Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, p. 332

³² Apartados 117-120 del Informe Heidelberg.

El informe indicó que el Reglamento no debería solaparse con el CNY, sin perjuicio de las disposiciones complementarias que se pudieran adoptar para resolver las relaciones entre ambos instrumentos. Así, las soluciones que se proponen a este respecto son dos: o bien eliminar por completo la exclusión del arbitraje o bien resolver expresamente su relación con la normativa comunitaria.³³

El informe se inclina por una posición intermedia, es decir, por una eliminación parcial de la exclusión del arbitraje. Esto consiste en suprimir la exclusión del arbitraje, de forma general, siempre que se desarrollen mecanismos para impedir fraudes procesales y evitar el riesgo de decisiones contradictorias.³⁴ Así, los procedimientos arbitrales disfrutarían de todas las herramientas previstas por el Reglamento, aumentando la seguridad jurídica y la eficiencia, al fin y al cabo.

iii. Caso

El 10 de febrero de 2009, el TJCE se pronunció sobre una petición de decisión prejudicial, sobre la interpretación del Reglamento de Bruselas, planteada por la House of Lords en el procedimiento entre las aseguradoras Allianz y Generali, y la sociedad West Tankers Inc.

El conflicto comienza en agosto de 2000 cuando un buque propiedad de West Tankers, colisiona en un embarcadero de Erg, en Italia, provocando cuantiosos daños. El contrato de fletamento suscrito por ambas partes estaba sujeto a Derecho inglés y contenía un convenio arbitral por el que establecían llevar a cabo el arbitraje en Londres.

Erg se dirigió a Allianz y Generali, sus aseguradoras, para obtener la indemnización del daño provocado por la colisión. No obstante, el seguro cubría hasta cierto límite, por lo que se dirigió a West Tankers para obtener la diferencia entre la indemnización obtenida y la cuantía total del daño. Para ello, inició un procedimiento arbitral contra West Tankers, quien negó cualquier responsabilidad.

Una vez las aseguradoras pagaron la indemnización, demandaron a West Tankers ante la justicia italiana, reclamando la cantidad pagada, en virtud del Código Civil italiano. Sin embargo, West Tankers propuso una excepción de incompetencia por existir un convenio

³³ Azcárraga Monzonis, C. "Heidelberg, West Tankers, ..." p 404

³⁴ Esparza Adot, X. "La exclusión del arbitraje en el Reglamento (CE) 44/2001 y el Reglamento (UE) 1215/2012" *Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra*, 2014, p. 24.

arbitral. Así, inició un procedimiento ante la High Court of Justice solicitando que se considerase que su litigio con Allianz y Generali debía someterse a arbitraje. Para ello solicitó que se dictase una orden conminatoria que prohibiese a las aseguradas instar cualquier procedimiento distinto del arbitraje y les obligase a interrumpir el procedimiento iniciado en Italia.

Como se ha visto anteriormente, las consecuencias de la Sentencia Turner dejaron cierto margen de interpretación sobre las órdenes conminatorias en materia arbitral. Este margen fue aprovechado por los tribunales británicos, quienes acogen positivamente esta figura. De hecho, la respuesta de la High Court of Justice a la solicitud de West Tankers fue acoger sus pretensiones, pese las alegaciones de las aseguradoras, que consideraban la medida contraria al Reglamento. Así, se dictó la orden conminatoria solicitada contra Allianz y Generali, quienes interpusieron recurso de apelación ante la House of Lords alegando que dicha orden era contraria al Reglamento de Bruselas.

La House of Lords hizo referencia a la Sentencia Turner, reconociendo que una orden conminatoria no es compatible con el sistema que establece el Reglamento de Bruselas. Sin embargo, reconoció que esto no puede ampliarse al arbitraje, ya que queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Además, señala los otros dos casos estudiados, Marc Rich y Van Uden, recordando que la exclusión del arbitraje en el Reglamento de Bruselas se aplica tanto al arbitraje en sí, como a los procedimientos judiciales que tengan el arbitraje como objeto principal.

No obstante, lo anterior, la House of Lords suspendió el procedimiento y planteó al TJCE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de las órdenes conminatorias, que prohíben procedimientos que infringen un convenio arbitral, con el Reglamento de Bruselas.

iv. Interpretación del TJCE

En primer lugar, el TJCE afirma que el procedimiento iniciado ante la justicia italiana está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento. Esto así porque el objeto del litigio consiste en una acción de responsabilidad contractual por daños y perjuicios, que está incluida, independientemente de que suscite una cuestión previa sobre la validez o existencia de un convenio arbitral. De esta forma, tanto la demanda de las aseguradoras

como la excepción de incompetencia propuesta por West Tankers, ambas ante el tribunal italiano, quedan incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento.

En segundo lugar, el TJCE aborda las órdenes conminatorias. Por un lado, el litigio iniciado ante la High Court of Justice no está comprendido en el Reglamento. Esto es así porque su objeto principal es el arbitraje, excluido de su ámbito de aplicación, y el derecho que se pretende salvaguardar es el de resolver el litigio por ese medio. Por otro lado, el tribunal italiano tiene competencia exclusiva para pronunciarse sobre su propia competencia, en virtud del propio Reglamento.³⁵ Por ello, como se concluye de la Sentencia Turner, una orden conminatoria que pretenda arrebatarle dicha competencia no puede ser compatible con el Reglamento.

Es importante destacar esto: las órdenes conminatorias no solo no se incluyen en el ámbito de aplicación del Reglamento, sino que además son incompatibles con él.³⁶ Impedir a un órgano jurisdiccional el ejercicio de las facultades que le son conferidas por el Reglamento “va en contra de la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales”³⁷. Esto significa que se estaría yendo en contra del efecto útil del Reglamento, impidiendo el cumplimiento de sus objetivos.

Por lo tanto, en respuesta a la petición, el TJCE concluye que la adopción de una orden conminatoria, siempre que sea por el órgano jurisdiccional de un Estado Miembro, es incompatible con el Reglamento no 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, por vulnerar el principio de confianza mutua.

En definitiva, este caso supone el fin de las órdenes conminatorias en el espacio de libertad, seguridad y justicia.³⁸ No obstante, esto no conlleva la eliminación absoluta de este tipo de medidas, pues seguirán pudiendo emitirse siempre que se dirijan a tribunales de terceros Estados, o se den en Estados Miembros que lo contemplen en su ordenamiento jurídico para procedimientos a nivel interno.

³⁵ En virtud de los artículos 1, apartado 2, letra d) y 5, apartado 3, del Reglamento n° 44/2001.

³⁶ Marcuello Salto, J.I. “La sentencia West Tankers y ...” p. 101

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07, caso West Tankers, párrafo 30

³⁸ Marcuello Salto, J.I. *loc. cit*

v. Consecuencias

La Abogada General del Tribunal de Justicia, Juliane Kokkot, en el párrafo 51 de sus Conclusiones, indica que “si la aplicabilidad de la exclusión dependiese de la existencia de una cuestión previa, que las partes pueden plantear en cualquier momento, se vulneraría el principio de seguridad jurídica”. Además, en el párrafo 73, indica que convendría buscar una solución por vía normativa, en lugar de la vía coercitiva, por lo que habría que incluir el arbitraje en el Reglamento. No obstante, hasta que esto ocurra, los tribunales estatales no tienen motivo alguno para no remitir a las partes al tribunal de arbitraje llamado a resolver la controversia, cuando exista una cláusula arbitral sobre la que no existan dudas.

Por lo tanto, la solución que aporta el TJUE en esta sentencia no llegó a ser del todo satisfactoria. Ha generado mucho debate en la doctrina, por carecer una justificación convincente, por provocar inseguridad jurídica y “trampas” como el *fórum shopping*.³⁹

A pesar de los esfuerzos realizados por el Tribunal de Justicia para aclarar cuestiones concretas, la práctica judicial ha demostrado que los límites entre el arbitraje y la normativa europea no estaban demasiado claros. Esto genera problemas para incorporar el arbitraje al sistema europeo, ya que clasificar qué cuestiones relacionadas con el arbitraje entran o no en el ámbito material del Reglamento puede resultar difícil y forzado.⁴⁰ Llegados a este punto, estaba claro que el Reglamento nº 44/2001, debía revisarse, por lo que la Comisión Europea propuso modificarlo.

d. REVISIÓN DEL RBI

i. El libro Verde de la Comisión⁴¹

Unos meses después de la Sentencia *West Tankers*, en abril de 2009, la Comisión publicó el Libro Verde. Este acompaña al Informe Heidelberg, y tiene por objeto las posibles formas de mejorar la aplicación del Reglamento en relación con los puntos que se plantean en el Informe.

³⁹ Marcuello Salto, J.I. “La sentencia *West Tankers* y ...” p. 107

⁴⁰ Azcárraga Monzonís, C., “Heidelberg, *West Tankers*...” pp. 399

⁴¹ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento del Consejo (CE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 21 de abril de 2009

Este Libro Verde reconoce que la propuesta del Informe Heidelberg de suprimir parcialmente la exclusión del arbitraje, permitiría mejorar la relación entre el arbitraje y los procedimientos judiciales.⁴² Así podrían incluirse, de forma general, en el ámbito de aplicación del Reglamento, los procedimientos judiciales que apoyen soluciones arbitrales, como se ha podido concluir de la jurisprudencia del TJUE. Además, reconoce que adoptar una norma específica de atribución de competencia en este tipo de procedimientos reforzaría la seguridad jurídica. Por otro lado, sería también conveniente dar el mayor efecto posible a los acuerdos arbitrales, así como promover y facilitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos. En definitiva, parece que el pensamiento comunitario se dirigía hacia perfeccionar la exclusión del arbitraje que tanta inestabilidad había generado.

ii. Opinión de la Comunidad Internacional

La Comunidad Internacional no se ha mantenido al margen del debate o reflexión provocados por el Informe Heidelberg y el Libro Verde. Estos dos fueron elaborados en base a estadísticas y entrevistas que recopilaban la opinión de organismos tan variados como Gobiernos, Universidades o incluso empresas. Según Azcárraga, (Azcárraga, 2011), especial mención merecen las diferentes Asociaciones de Arbitraje que aportaron su opinión, como la International Bar Association, Association for International Arbitration, Camera Arbitrale di Milano o el Comité français de l'arbitrage. En general, su postura se inclina hacia la conservación de la exclusión del arbitraje tal y como está recogida en el Reglamento de Bruselas.

iii. Propuesta de Revisión del Reglamento de Bruselas 2010

Una vez valorada la información recopilada, la Comisión redactó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En su exposición de motivos, la Comisión destaca que “conviene mejorar la articulación entre el arbitraje y la vía judicial”, ya que “al impugnar un convenio de arbitraje ante un tribunal, una parte puede desvirtuar efectivamente dicho convenio y crear un

⁴² Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) 44/2001. COM (2009). 175 final, de 21 de abril 2009. página 10

procedimiento judicial paralelo e ineficiente, que podría culminar en soluciones inconciliables.”⁴³

Existían tres opciones de reforma: mantener la exclusión del arbitraje, y manteniendo la inseguridad que había dejado la sentencia *West Tankers*; eliminar totalmente la exclusión, contraviniendo el Libro Verde; o perfeccionar la exclusión y poner solución a la incertidumbre generada durante los años de funcionamiento del Convenio.⁴⁴ Aparentemente, la mejor era esta última, pues tenía el respaldo de los Informes y del Libro Verde.

e. REGLAMENTO N° 1215/2012

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, una vez vista la propuesta de la Comisión Europea, adoptó el Reglamento n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, sustituyendo al Reglamento (CE) 44/2001.

Este nuevo reglamento revisa alguna de las normas de su sucesor, pero no con la intensidad pretendida por la Comisión en su Propuesta.⁴⁵ Después del debate suscitado por la Sentencia de *West Tankers* sobre la conveniencia de mejorar la relación entre el arbitraje y la vía judicial, fue de gran asombro que el RBIBis mantuviese la exclusión del arbitraje, en su artículo 1.2, apartado d). El Parlamento decidió mantener la exclusión total del arbitraje, por no ver una necesidad de cambio, existiendo la CNY, y por ser la opinión generalizada de la doctrina.

No obstante, no aparta el tema del arbitraje, sino que lo aborda, dedicándole un largo considerando. En este establece que, “ningún elemento del Reglamento deberá impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional.” Además, señala la primacía del Convenio de Nueva York sobre el Reglamento.⁴⁶ Este

⁴³ Propuesta de Reglamento del Parlamento y europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil - C7-0433/10 pág. 4

⁴⁴ Marcuello Salto, J.I. “La Sentencia *West Tankers* y ...” p. 111

⁴⁵ Maestre Casas, P., “Reforma del sistema de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil” *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. °, 2013 p. 193

⁴⁶ Considerando (12) del Reglamento (UE) No 1215/2012 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

considerando intenta aclarar el debate sobre la exclusión del arbitraje, suponiendo la base jurídica de una nueva interpretación. Es decir, el nuevo considerando justificaría una reinterpretación de la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de la exclusión del arbitraje.⁴⁷

f. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL POSTERIOR A WEST TANKERS

i. Sentencia Gazprom.

1. Caso

Los mayores accionistas de la sociedad Lietuvos Dujos eran Gazprom, domiciliada en Rusia, y la República de Lituania, posteriormente sustituida por el Ministerio de Energía de la República de Lituania. Estos firmaron en marzo de 2004 un acuerdo de accionistas, por el que garantizaban una serie de obligaciones y en el que establecían que cualquier controversia debería ser resuelta mediante el arbitraje y a través del Derecho lituano.

En marzo de 2011, la República de Lituania presenta ante el Tribunal regional de Vilna una demanda solicitando la apertura de una investigación sobre la actividad de Lietuvos Dujos, persona jurídica; y la de miembros de su dirección, personas físicas de nacionalidad rusa y nombrados por Gazprom. Gazprom considera que dicha demanda es contraria al acuerdo de accionistas, pues acordaron someter sus controversias al arbitraje. Así, en agosto de 2011, presentó una demanda de arbitraje contra el Ministerio ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, solicitando órdenes conminatorias para el Ministerio, obligándole así a cerrar el asunto pendiente ante el Tribunal de Vilna.

En julio de 2012, el Tribunal Arbitral declaró que se había infringido el acuerdo de accionistas y obligó al Ministerio a retirar o reducir sus pretensiones ante la justicia lituana. No obstante, en septiembre de ese mismo año, el Tribunal de Vilna estima la demanda y ordena la apertura de la investigación solicitada, señalando que las investigaciones de personas jurídicas es su competencia, sin poder ser nunca objeto de arbitraje, según el Derecho lituano.

Gazprom solicitó al Tribunal de Apelación de Lituania el reconocimiento y la ejecución en Lituania del laudo arbitral, que había sido dictado en Estocolmo. Sin embargo, esta demanda fue desestimada, mediante auto dictado en diciembre de 2012, porque el

⁴⁷Gómez Jene, M., “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I refundido”, *Arbitraje*, vol. 8, nº 1, 2015, p. 18

Tribunal Arbitral se había pronunciado sobre una cuestión que ya estaba siendo examinada por el Tribunal de Vilna. El Tribunal Arbitral estaba limitando la capacidad del Ministerio de solicitar una investigación, a la vez que estaba limitando al Tribunal lituano de pronunciarse sobre su propia competencia. Esto vulnera la soberanía nacional de la República de Lituania y es contrario al orden público, tanto lituano como internacional, y al Convenio de Nueva York.⁴⁸

Por otro lado, Lietuvos Dujos y los miembros de su dirección, aquellos sobre los que recaería la investigación, habían presentado un recurso de apelación contra la resolución que aprobaba dicha investigación. No obstante, el Tribunal de Apelación desestimó el recurso, mediante auto dictado en febrero de 2013, confirmando así la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos para examinar el asunto.

Ambos autos fueron recurridos en casación ante el Tribunal Supremo de Lituania, que suspendió la tramitación del recurso interpuesto contra el segundo auto en tanto no resolviera el recurso de casación contra al primero, relativo al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Por lo tanto, la cuestión planteada ante el TJUE consiste si el Reglamento nº 44/2001 ha de interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute, o a que se niegue a reconocer y ejecutar, un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro.

2. Interpretación del TJUE

Antes de analizar la respuesta del TJUE, conviene destacar que la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo al TJUE no era necesaria. El objeto del litigio no era arbitrable según el Derecho Lituano, ya que, abrir la investigación es competencia de los

⁴⁸En su artículo V, apartado 1, letra a), establece que “se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”

órganos jurisdiccionales. Por ello, era suficiente denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral que contenía la orden conminatoria.

Ahora bien, una vez planteada la cuestión, el TJUE procede a responderla. Como hemos visto en la evolución jurisprudencial, especialmente en la sentencia *Marc Rich*, para determinar si un litigio está incluido o no en el ámbito de aplicación del Reglamento, hay que estar al objeto del litigio principal. En este caso, una orden conminatoria dictada por un Tribunal Arbitral que pretende obligar al Ministerio a retirar o reducir las pretensiones formuladas ante un órgano jurisdiccional.

El TJUE ha establecido, a partir del caso *Turner*, que las órdenes conminatorias son incompatibles con el Reglamento, por suponer una injerencia en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero y por vulnerar la “confianza mutua” que los Estados otorgan a sus sistemas e instituciones jurídicos. Recordando la sentencia *West Tankers*, el TJUE señala que el Reglamento no autoriza a los órganos jurisdiccionales de un Estado Miembro a entrar a valorar la competencia del de otro, ya que dicha valoración deberá hacerse acorde con las normas establecidas en el propio Reglamento. Por lo tanto, una orden conminatoria por la que se prohíbe a una parte entablar o continuar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del Reglamento nº 44/2001, no es compatible con dicho Reglamento.

La orden conminatoria en cuestión proviene de un laudo arbitral, que pretende decidir sobre la competencia de un órgano jurisdiccional. Ante esta situación, el TJUE recuerda que el arbitraje es materia excluida del Reglamento y que este rige los conflictos de competencia que se den únicamente entre órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, una orden conminatoria en forma de laudo no vulnera la “confianza mutua” ni priva a la parte de la protección judicial reconocida por el Reglamento, siempre que esta pueda oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral y el órgano jurisdiccional pueda decidir si procede o no hacerlo.

En definitiva, el TJUE afirma que se debe interpretar el Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que “no se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro acepte o rechace reconocer y ejecutar un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, dado

que dicho Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro.

3. *Repercusión*

Es conveniente tener en cuenta que, el Reglamento 1215/2012 no entró en vigor hasta el año 2015, por lo que el Considerando 12 aún no podía utilizarse para la interpretación en el caso Gazprom. No obstante, esta sentencia aporta mucho al debate sobre el alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento.

Primero de todo, el TJUE realiza un análisis de la cuestión con vocación de permanencia en el futuro. Por un lado, confirma la interpretación que hizo en la sentencia *Marc Rich*, sobre la inclusión o exclusión de las cuestiones incidentales sobre la validez del convenio arbitral del ámbito de aplicación material del Reglamento, estableciendo que tendrá que tenerse en cuenta únicamente el objeto del litigio. Por otro lado, reitera los argumentos de la sentencia *West Tankers*, destacando su gran importancia, al analizar los principios y valores del Reglamento.⁴⁹

Por todo ello, si bien el Considerando 12 del nuevo Reglamento puede aportar una nueva visión sobre la exclusión del arbitraje, la sentencia *Gazprom* consolida la interpretación de esta que se ha ido forjando a lo largo de los años. Por ello, podría decirse que la entrada en vigor del nuevo reglamento, no aclarará el debate más de lo que puede hacerlo la jurisprudencia existente.

3. ARBITRAJE DE INVERSIÓN

A mediados del siglo XX, surge el arbitraje de inversión como mecanismo de resolución de conflictos entre un inversor extranjero y un Estado. En esta relación se debe proteger al inversor de la inseguridad jurídica y riesgos políticos que pueda afrontar, como, por ejemplo, cambios normativos repentinos o la imparcialidad de los tribunales del Estado receptor. Esto se intenta conseguir a través del Derecho internacional de inversiones, cuyo fundamento son los Tratados Bilaterales o Multilaterales de inversión. Aquí se puede ver

⁴⁹ Gómez Jene, M. “Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia *Gazprom* del TJUE)” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, p 447

una de las grandes diferencias con el arbitraje comercial: la relación entre las partes y el origen de los procedimientos arbitrales.

El arbitraje comercial se fundamenta en el consentimiento que las partes otorgan para someter sus controversias al arbitraje. Es decir, la base de este tipo de arbitraje es la autonomía de la voluntad. El consentimiento se reflejará a través de un convenio arbitral, en el contrato que vincula a las partes, por lo que la relación entre ellas será de igualdad.

En la relación entre Inversor y Estado no existe un contrato, sino un Tratado internacional suscrito por el Estado receptor y el Estado del que sea nacional el inversor. Así, el fundamente de este tipo de arbitrajes no se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, sino que podrá ser el inversor quien, unilateralmente, inicie el arbitraje. Esto se establece así dada la posición de superioridad del Estado, para poder resolver las controversias que surjan entre ellos, protegiendo la seguridad jurídica del inversor.

En la década de los noventa, el arbitraje de inversiones comienza a crecer a pasos agigantados, “pasando de ser un fenómeno francamente excepcional a ser un objeto preeminente de estudio para cualquiera que se acerque al ámbito de las inversiones extranjeras”.⁵⁰ A pesar de su crecimiento, este sistema no se libra de las críticas, pues se trata de un mecanismo que enfrenta como iguales a una persona privada y a un Estado. Si bien el Derecho internacional de inversiones pretende luchar por la transparencia, la igualdad y la imparcialidad, cada vez son más las denuncias que merman la legitimidad del sistema.⁵¹

No obstante, el 19 de enero de 2019, los representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea firmaron la declaración de nulidad de los Tratados Bilaterales de Inversión, (TBI), en apoyo a la sentencia del TJUE sobre el Caso Achmea, que declaró la incompatibilidad de la cláusula de arbitraje incluida en un Tratado Bilateral de Inversión entre Estados miembros.

a. CASO ACHMEA

i. Caso

⁵⁰ Fernández Masiá, E. “Arbitraje Inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla”” p. 2

⁵¹ Lascu, G. S., “El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro” Fernández Pérez, A. (Dir.) Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2019, p. 8

Este caso se desarrolla en el marco de un litigio entre la República Eslovaca y la sociedad Achmea. El 1 de enero de 1993, la República Eslovaca, se subrogó en los derechos y obligaciones de su predecesora, la República Federal Checa, con arreglo al TBI suscrito entre esta y la operadora de seguros de enfermedad Achmea. En el artículo 8 de dicho tratado, las partes acordaron resolver toda controversia relacionada con la inversión por acuerdo amistoso, siempre que fuese posible. En caso contrario, acordaron someterse a un procedimiento arbitral.

El 1 de mayo de 2004, la República Eslovaca pasó a ser un Estado miembro de la Unión Europea. Ese mismo año, reformó la normativa de su sistema sanitario y permitió acceder al mercado de seguros de enfermedad privado tanto a empresas nacionales como a extranjeras. Este último caso es el de Achmea, perteneciente a un grupo holandés, que creó en Eslovaquia una filial y la dotó de capital.

Dos años después, hubo otra reforma, a través de la cual la República Eslovaca dejó parcialmente sin efecto la liberalización del mercado de los seguros de enfermedad privados. En concreto, mediante una ley, prohibió la distribución de los beneficios derivados de las actividades en el mercado de seguros. No obstante, el Tribunal Constitucional declaró que esta prohibición era contraria a la Constitución eslovaca, por lo que la República se vio obligada a autorizar de nuevo la distribución de dichos beneficios.

Tras este vaivén de normativa, Achmea consideró haberse visto perjudicada, por lo que inició un arbitraje contra la República de Eslovaquia, en virtud de lo acordado en el TBI. Al haber sido elegido Fráncfort del Meno (Alemania) como lugar del arbitraje, el Derecho aplicable al procedimiento arbitral era el alemán.

La respuesta a esto de la República Eslovaca fue interponer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Al haberse adherido a la Unión Europea, la República alegaba que el convenio arbitral establecido por el artículo 8 del TBI era incompatible con el Derecho de la Unión. No obstante, el tribunal desestimó la excepción mediante un auto, y los recursos a este tampoco prosperaron, ni en primera instancia ni en apelación. Finalmente, el tribunal arbitral condenó a la República Eslovaca a pagar a Achmea una indemnización por daños y perjuicios. La República recurrió este laudo ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal Alemán, pero también fracasó. La razón de esto es que dicho Tribunal no compartía sus dudas acerca de la compatibilidad del convenio arbitral con el

Derecho Europeo. Sin embargo, como no había pronunciamientos del TJUE sobre la materia que pudiesen aclarar la situación, el Tribunal alemán planteó una petición de decisión prejudicial sobre esto. Así las cosas, el TJUE debía responder si el artículo 344 ó 267 del TFUE eran contrarios a un convenio arbitral contenido en un TBI suscrito entre Estados miembros.

ii. Interpretación del TJUE

El TJUE comienza su respuesta recordando el principio que establece el artículo 344 del TFUE, en virtud del cual un acuerdo internacional no puede en ningún caso vulnerar el orden de competencias ni la autonomía del sistema jurídico de la Unión Europea. Por lo tanto, para respetar este principio, los Estados miembros no deben someter las controversias relativas a los Tratados a un procedimiento arbitral, por ser distinto de los procedimientos establecidos por el Derecho Europeo. Respetar este principio es fundamental, ya que, al hacerlo, se favorece “un diálogo de juez a juez” entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, garantizando una interpretación coherente, eficaz y uniforme del Derecho de la Unión.

En un primer momento, cabría afirmar que el convenio arbitral, por sí solo, no es incompatible con estos dos artículos. Lo sería, si la función del arbitraje fuese la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión Europea. No obstante, en este caso, el hecho de que el Estado receptor de la inversión sea un Estado miembro de la Unión es el quid de la cuestión. El Derecho europeo forma una “red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí”, por proceder de una fuente autónoma, como son los Tratados⁵² Por todo esto es importante recordar la diferencia entre arbitrajes comerciales y de inversión, ya que, no estamos ante un contrato, sino ante un tratado internacional por el que dos Estados comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales los conflictos que puedan surgir entre ellos.

Así, el Derecho de la UE no solo forma parte de los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, sino que también se deriva de los tratados internacionales que estos últimos puedan celebrar. Por lo tanto, al ser el TBI en cuestión un tratado entre Estados

⁵² Dictamen 2/13 de Adhesión de la Unión al CEDH, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 165 a 167

miembros (Países Bajos y la República Eslovaca), el tribunal arbitral que surja de iniciar un arbitraje en virtud del artículo 8 del TBI podría verse obligado a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión.

Además, el TJUE señala que, dicho tribunal arbitral, al estar creado por dos Estados miembros, automáticamente debería formar parte del sistema jurisdiccional de la Unión, considerándose como órgano jurisdiccional a efectos del artículo 267 del TFUE. Sin embargo, al ser un tribunal arbitral, constituido en Alemania, Estado distinto de los que suscribieron el TBI y para resolver esta controversia, esto no puede ocurrir. Por otro lado, la posibilidad de que este órgano “no europeo”, resuelva una controversia entre Estado e inversor está establecida por el artículo 8 de un Tratado celebrado por dos Estados miembros y no por la propia Unión Europea. En consecuencia, el TJUE afirma que dicho artículo no es compatible con el principio de cooperación leal, y, por lo tanto, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

Por todo lo anterior, el TJUE concluye que los artículos 267 y 344 del TFUE se deben interpretar como opuestos a disposiciones como el artículo 8 del TBI suscrito por Achmea y la República Eslovaca. Cuando las partes de un arbitraje de inversión sean dos Estados miembros, el arbitraje será intracomunitario y no habrá motivos para sustraer deliberadamente unas materias determinadas del conocimiento de los órganos jurisdiccionales europeos.

iii. Consecuencias

La respuesta del TJUE fue una sorpresa, ya que fue en un sentido completamente opuesto al de las conclusiones presentadas el 19 de septiembre de 2017 por el Abogado General Melchior Wethélet. Este interpretó que los artículos 267 y 344 del TFUE no impedían la aplicación de un mecanismo de resolución de conflictos entre inversor y Estado, establecido en un TBI previo a la adhesión a la Unión Europea de uno de los Estados Contratantes.

Sin embargo, el TJUE decidió responder a la cuestión planteada en sentido contrario, suponiendo un antes y un después en el arbitraje de inversión en la Unión Europea, ya que da pie a un debate sobre los riesgos que dicha institución pueden suponer. Si bien antes de pronunciarse el TJUE, había cierto consenso sobre la intención del arbitraje de inversión (la protección del inversor frente al Estado), a partir de esta sentencia se plantea

la posibilidad de que dicho objetivo suponga un riesgo para el principio de inmunidad soberana de los Estados.⁵³

Así, el 15 de enero de 2019 los Estados miembros de la Unión Europea firmaron un acuerdo, comprometiéndose a poner a fin los tratados bilaterales de inversión entre ellos, en concordancia con el pronunciamiento del TJUE en el caso Achmea, teniendo en cuenta el TUE, el TFUE y los principios generales del Derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, cualquier cláusula arbitral incluida en un TBI no podrá servir como base jurídica para comenzar un procedimiento de arbitraje.⁵⁴

b. CASO PL. HOLDINGS

i. Caso

El pasado 26 de octubre de 2021, el TJUE se pronunció de nuevo sobre los arbitrajes de inversión y el Derecho de la Unión Europea. Esta vez lo hizo en el marco de un litigio entre la sociedad PL Holdings y la República de Polonia.

PL Holdings adquirió acciones de dos bancos polacos. Estos, en 2013, se fusionaron, por lo que PL Holding pasó a ser propietaria del 99% de las acciones del nuevo banco. Por esa razón, en julio de ese mismo año, la Comisión de Supervisión Financiera de Polonia suspendió los derechos de voto de PL Holdings y ordenó la venta forzosa de sus acciones.

Es importante recordar que, en mayo de 1987, los Gobiernos de Bélgica y de Luxemburgo, suscribieron un TBI con Polonia, para la protección recíproca de inversiones que se hiciesen. En su artículo 9, las partes acordaron que las controversias podrían resolverse por medio de un arbitraje en Estocolmo. Invocando dicho artículo, PL Holdings inició un procedimiento arbitral contra Polonia.

Polonia se opuso a dicho procedimiento por considerarlo contrario al Derecho de la Unión, e impugnó la competencia del tribunal arbitral por nulidad del artículo 9 del TBI, pero lo hizo pasado el plazo establecido por el Derecho sueco. No obstante, el tribunal arbitral se consideró competente y la condenó a pagar una indemnización.

Polonia recurrió el procedimiento. PL Holdings afirmó que, aunque inició el procedimiento arbitral en base al artículo 9, la solicitud de arbitraje no era una aceptación

⁵³ Lascu, G. S., “El arbitraje internacional ...” p. 114

⁵⁴ Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 15 de enero de 2019.

del artículo sino una nueva propuesta de arbitraje, aceptada implícitamente por Polonia, que no había impugnado la competencia del tribunal en plazo.

Así, el Tribunal de Apelación de Estocolmo reconoció que, si bien es verdad que el artículo 9 del TBI es nulo, a la luz de la sentencia *Achmea*, esta nulidad no significa la imposibilidad de celebrar, en un momento posterior, un convenio arbitral *ad hoc* entre un Estado miembro y un inversor de otro estado miembro. No obstante, suspendió el procedimiento y preguntó al TJUE si los artículos 267 y 344 TFUE implican que un convenio arbitral, celebrado entre un Estado miembro y un inversor, es inválido al no haber propuesto el Estado una excepción de incompetencia.

ii. Interpretación del TJUE

El TJUE reconoce que la cláusula arbitral recogida en el artículo 9 del TBI es nula por vulnerar el Derecho de la Unión y sus principios, por lo que no puede iniciarse ningún arbitraje en virtud de dicho artículo. Sin embargo, al afirmar PL Holding que la solicitud de arbitraje se basaba en un convenio distinto al establecido por el artículo, el TJUE decide reformular la cuestión planteada por el Tribunal Supremo. Así, responde a la pregunta sobre si los artículos 267 y 344 del TFUE son contrarios a que un Estado miembro celebre con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc* que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado en base a un TBI.

El TJUE estudia el caso e interpreta que un convenio arbitral *ad hoc* en esta situación produciría los mismos efectos que un convenio arbitral establecido por un TBI. La razón de ser de este convenio sería sustituir a la cláusula arbitral recogida en el TBI, intentando escapar los efectos de la nulidad de esta última.

Así, en aras de proteger la autonomía del Derecho de la Unión Europea, la confianza de los Estados en este, así como la uniformidad de interpretación del mismo, el TJUE considera que los artículos 267 y 344 del TFUE se oponen a que una normativa nacional permita a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral *ad hoc*, del mismo modo que se oponen a los convenios arbitrales incluidos en TBIs.⁵⁵

En definitiva, no solo serán nulos los TBIs y los convenios arbitrales que estos contengan, como establece la sentencia *Achmea* y el Acuerdo firmado por los Estados miembros,

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de octubre de 2021, C-109/20, caso PL Holdings

sino que lo serán también los convenios de arbitraje ad hoc. Por lo tanto, queda clara la postura del TJUE: absoluto rechazo a resolver las controversias que puedan surgir entre un Estado miembro y el inversor de otro Estado miembro, por medio de un arbitraje.

4. CONCLUSIONES

El arbitraje es cada vez más utilizado como mecanismo de resolución de conflictos, especialmente, en el contexto internacional. Es por ello que, ahora más que nunca, se necesita seguridad jurídica sobre el reconocimiento de los laudos arbitrales. Dada la gran variedad de normativa, desde el Convenio de Nueva York, sobre arbitraje a nivel internacional, hasta el Reglamento de Bruselas, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias a nivel europeo; es normal que se genere confusión sobre la cabida del arbitraje en la Unión Europea. Por ello, con este trabajo, se ha pretendido aclarar la situación del arbitraje dentro de la normativa comunitaria, en un intento de aportar mayor seguridad jurídica.

En primer lugar, se ha analizado la jurisprudencia del TJUE sobre el arbitraje comercial. Se ha visto que este tipo de arbitraje se ha generalizado tanto como método de resolución de conflictos en Europa que, se podría decir, se ha vuelto la norma, en lugar de excepción. No obstante, dada la exclusión del arbitraje de la norma europea sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, la cabida y protección del arbitraje comercial en Europa no ha sido clara.

Primero se ha visto la sentencia *Marc Rich*, en la que se inicia un procedimiento ante un órgano jurisdiccional en paralelo a un arbitraje, por debatirse la existencia del convenio arbitral. El TJUE interpreta la exclusión arbitral de CB de forma amplísima. Así, a partir de esta sentencia, el CB debe interpretarse como que excluye el arbitraje en sí, así como todos los procedimientos que tengan un estrecho vínculo con él, en base al objeto principal del litigio. El TJUE pretende dar mayor seguridad jurídica, ya que, de no interpretarse así, los arbitrajes podrían verse ralentizados o suspendidos por el planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre ellos ante órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, se ha visto la sentencia *Van Uden*, que modifica la interpretación anterior abriendo, en cierto modo, la puerta del Convenio de Bruselas al arbitraje. En este caso el conflicto se encuentra en la solicitud de medidas provisionales ante un órgano jurisdiccional, habiéndose iniciado previamente un procedimiento arbitral.

El TJUE interpreta que para permitir la aplicación del CB es necesario diferenciar entre las medidas provisionales de apoyo y de aplicación del arbitraje, centrándose, como se dijo en *Marc Rich*, en el objeto principal del litigio. Así, si las medidas son de aplicación del arbitraje no podrá aplicarse el Convenio. Sin embargo, si son meramente de apoyo, podrá aplicarse.

En tercer lugar, se analizó la sentencia *Turner*, que trata las órdenes conminatorias. El TJCE interpretó que este tipo de órdenes no deben permitirse, ya que el órgano jurisdiccional de un Estado no puede prohibir iniciar procedimientos ante otros órganos jurisdiccionales. Lo interesante de esta sentencia es que nada dice de las órdenes conminatorias en un procedimiento arbitral. Así, queda abierto a la interpretación. No obstante, si anteriormente se dijo que las medidas de aplicación del arbitraje no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento, por mantener un vínculo demasiado estrecho con el arbitraje, considero que estas órdenes conminatorias tampoco deberían entrar.

Este margen de interpretación desapareció con la sentencia *West Tankers*, en la que el TJUE interpretó que las órdenes conminatorias no solo no entraban en el ámbito de aplicación del Reglamento, por tener como objeto principal el arbitraje, materia excluida, sino que eran incompatibles con el mismo y con su efecto útil, por impedir a un órgano jurisdiccional el ejercicio de las facultades que le son conferidas por el Reglamento. En la sentencia *Gazprom*, el TJUE afirma que el RBI no se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro acepte o rechace reconocer y ejecutar una orden conminatoria en forma de laudo que prohíba iniciar procedimientos ante el órgano jurisdiccional de ese mismo Estado, dado que dicho Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro.

La sentencia *West Tankers* dio pie a un gran debate doctrinal, incrementado por la sentencia *Gazprom*, sobre la necesidad de incluir el arbitraje en el Reglamento de Bruselas. No obstante, tras la revisión del Reglamento, lo único que se consiguió es incluir un Considerando que abordase el arbitraje sin llegar a incluirlo.

Llegados a este punto, está claro que el TJUE interpreta una normativa excluyente, en el sentido más incluyente posible, dejando la puerta del Reglamento de Bruselas semiabierta al arbitraje. El Parlamento Europeo mantiene al arbitraje totalmente excluido del RBI bis por considerar innecesaria su inclusión, ya que la CNY ya regula suficientemente el

arbitraje. Personalmente, considero que, si bien es verdad que la CNY ya aborda el arbitraje internacional, a nivel europeo debería existir una normativa que regule de forma completa y suficiente el arbitraje en el marco de la Unión Europea. A la luz de los diferentes pronunciamientos del TJUE, es evidente que la normativa actual suscita dudas. Por ello, creo conveniente una normativa que recoja y las interpretaciones que el TJUE ha hecho a lo largo de los años, y así garantizar a las partes de los posibles conflictos una mayor seguridad jurídica.

En segundo lugar, se ha analizado la jurisprudencia del TJUE sobre el arbitraje de inversión. Tras estudiar la sentencia *Achmea*, queda claro que los Tratados Bilaterales de Inversión con convenios arbitrales entre Estados miembros no son bienvenidos en la Unión Europea, por ir en contra de la autonomía del Derecho europeo y sus principios generales. No obstante, dicho pronunciamiento, a pesar del posterior acuerdo de los Estados miembros de terminar todos los TBIs con convenios arbitrales, no frenó los arbitrajes entre Estados miembro e inversor de otro Estado miembro. Visto el caso *PL Holdings*, el inversor pretendió marcar la diferencia entre el convenio arbitral del TBIs de una mera solicitud de arbitraje ad hoc, en un intento de “salirse con la suya”. No obstante, el TJUE interpretó que estos arbitrajes ad hoc, entre inversor y Estado miembro tenía los mismos efectos que los del caso *Achmea*. Por lo tanto, la conclusión en cuanto al arbitraje de inversión en la Unión Europea es clara: queda prohibido este tipo de arbitraje entre inversores de un Estado miembro y otro Estado miembro.

5. BIBLIOGRAFÍA

a. LEGISLACIÓN

Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961.

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 27 de septiembre de 1968.

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.

Reglamento (CE) 44/2001 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 22 de diciembre de 2001.

Reglamento (UE) 1215/2012 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, 12 de diciembre de 2012.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Roma, 25 de marzo de 1957.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa, 13 de diciembre 2007.

b. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1991, Asunto C-190/89, ECLI:EU:C:1991:319, *Marc Rich & Co AG c. Società Italiana Impianti P.A* [Versión electrónica - base de datos EUR-lex European Court Reports 1991 I-03855]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998, asunto C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, *Van Uden Africa Line c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*. [Versión electrónica - base de datos EUR-lex European Court Reports 1998 I-07091]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de abril de 2004, asunto C-159/02. ECLI:EU:C: 2004:228, *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed*

Ismail Grovit, Harada Ltd y Changepoint SA. [Versión electrónica - base de datos EUR-lex European Court Reports 2004 I-03565]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de febrero de 2009, asunto C-185/07. ECLI:EU:C:2009, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.* [Versión electrónica - base de datos EUR-lex European Court Reports 2009 I-00663]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2015, asunto C-536/13, ECLI:EU:C:2015:316, *procedimiento Gazprom OAO* [Versión electrónica - base de datos InfoCuria, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=164260&doclang=ES>]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16. ECLI:EU:C:2018:158, *Slowakische Republik c. Achmea BV*. [Versión electrónica - base de datos InfoCuria, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=305849>]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2021, Asunto C-109/20, ECLI:EU:C:2021:875, *Republiken Polen c. PL Holdings Sàrl*. [Versión electrónica - base de datos InfoCuria, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=248141&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307008>]. Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022

c. OBRAS DOCTRINALES

Arenas García, R., “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias.”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, nº 2, 2009, pp. 401–427

- Azcárraga Monzonís, C. “Heidelberg, West Tankers, Endesa: la revisión del Reglamento Bruselas I en materia arbitral, ¿reformular para mejorar?” *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 4, nº. 2, 2011, pp. 397-446
- Beltrán de Lubiano, J., “Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 32, 2015-II, pp. 75-98
- Borrás, A. “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* Bilbao, 2001, pp. 285-318
- Bouza Vidal, N., “Procedimientos paralelos en torno a la validez del convenio arbitral: nuevos planteamientos después de West Tankers.”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, nº 3, 2009, pp. 675–708
- Cordón Moreno, F., “Panorámica europea del arbitraje comercial internacional”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 2, nº3, 1999, pp. 571-591
- Cortés Martín, J.M., “El Tratado de Lisboa y las regiones” *Revista de Estudios Regionales*, núm. 86, 2009, pp. 263-273
- De la Mata, F., “El arbitraje y el Nuevo Reglamento 1215/2012. Una solución de compromiso al duelo de titanes” *Justicia*, nº 1, 2015, pp. 265-283
- Esparza Adot, X. “La exclusión del arbitraje en el Reglamento (CE) 44/2001 y el Reglamento (UE) 1215/2012” Belinxton Martín, U (Dir.) *Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Pública de Navarra*, 2014
- Esplugues, C., “El Arbitraje En Europa: El Difícil Encaje De Una Institución Floreciente En El Proceso De Armonización Del Derecho En La Unión Europea.”, *Proyecto de investigación MEC/SEJ2007-64594 “Hacia una cultura de las ADRs: de la mediación al arbitraje”*, 2010
- Fentiman, R., “Arbitration and the Brussels Regulation”, *The Cambridge Law Journal* Vol. 66, Nº. 3 (2007), pp. 493-495

- Fernández Masiá, E., “Arbitraje inversor-Estado: de “bella durmiente” a “león en la jungla”” *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 26
- Fernández Rozas, J. C., “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley (Unión Europea)*, nº 9, 2013, pp. 5-23.
- Gascón Inchausti, F. y Gómez Jene, M., “Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (a propósito de la sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto Van Uden c. Deco Line)” *Revista Española de Derecho procesal*, nº 4, 1999 pp. 303- 318
- Gómez Jene, M., “Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia Gazprom del TJUE).” *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7, Nº. 2, 2015, pp. 440-447
- Gómez Jene, M., “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I Refundido”. *Arbitraje*, vol. 8, nº 1, 2015, pp. 15–48
- Gómez Jene, M. “Propuestas de inclusión del arbitraje en el reglamento 44/2001”. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, nº 1 2010, pp. 339-358.
- Lascu, G. S., “El arbitraje internacional de inversiones: panorama presente y perspectivas de futuro” Fernández Pérez, A. (Dir.) *Trabajo fin de máster*, Universidad de Alcalá, 2019
- Latham & Watkins, “Guía del Arbitraje Internacional”, 2013 (disponible en <https://www.lw.com/thoughtleadership/2013-guide-to-international-arbitration-spanish-edition>)
- López Rodríguez, A. M., “El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo” *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 57, 2017, págs. 29-68
- Maestre Casas, P., “Reforma del sistema de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, 163-223

- Marcuello Salto, J.I. “La sentencia West Tankers y su jurisprudencia derivada. La inclusión del arbitraje en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 24, 2011-II, pp. 95-118
- Olaiz González, J., “Análisis acerca de la convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)” *Ars iuris*, nº 33 y 34 pp. 229-248
- Orbegozo Miguel, X., “Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta (jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el ámbito marítimo”, Álvarez Rubio, J. J. (Dir.) *Tesis doctoral*, Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco
- Requejo Isidro, M., “West Tankers: otra vez no a las antisuit injunctions.” *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*. vol. 3, n. 2, 2009, pp. 429-437
- Rey Vallejo, P., “El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización” *Revista de Derecho Privado*, nº 38, junio, 2007, pp. 3-23
- Rodríguez Vázquez, M.A., “Una Nueva Fórmula Para la Supresión del Exequátur en la Reforma del Reglamento de Bruselas I., *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, nº 1, pp. 330-347
- Rueda García, J.A., “La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, pp. 203-232
- Sáenz de Jubera Higuero, B “Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia “Achmea” a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)” *Revista electrónica de Direito*, vol. 21, nº 1, pp. 151-177
- Sánchez Lorenzo, S.A., “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (“Bruselas I bis”)", *La Ley (Unión Europea)*, nº 25, 2015

Sierra Noguero, E., “Un revés europeo al arbitraje londinense: la anti–suit injunction en apoyo del convenio arbitral es incompatible con el Derecho comunitario”, *Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2009, pp. 439–458

d. RECURSOS DE INTERNET

de Miguel Asensio, P., “El arbitraje y el Reglamento de Bruselas I a la luz de la sentencia *Gazprom*”, 13 de mayo de 2015, <https://pedroemiguelasensio.blogspot.com/2015/05/el-arbitraje-y-el-reglamento-bruselas-i.html>

Torralba Mendiola, E., “Nulidad del convenio arbitral ad hoc que reproduce el contenido de un APPRI entre Estados miembros”, 5 de noviembre de 2021, <https://www.gapp.com/publicaciones/nulidad-del-convenio-arbitral-ad-hoc-que-reproduce-el-contenido-en-un-appri-entre-estados-miembros/>