

# ***La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias***

Rafael ARENAS GARCÍA  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universitat Autònoma de Barcelona

*Sumario:* I. Introducción. II. Arbitraje y jurisdicción en el sistema Bruselas I: 1. Antecedentes del caso *West Tankers*. 2. La excepción de arbitraje en el art. 1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y del Reglamento 44/2001. 3. La posición del TJCE. 4. Arbitraje y jurisdicción en el caso *West Tankers*. III. Arbitraje y efecto útil del Reglamento 44/2001: 1. La aplicación del Reglamento 44/2001 al procedimiento iniciado en Siracusa. 2. El efecto útil del Reglamento 44/2001 en el caso *West Tankers*. 3. Arbitraje y Reglamento 44/2001 tras la Sentencia *West Tankers*. IV. Conclusión.

**ABSTRACT:** This article analyses the decision of the European Court of Justice on *West Tankers*, taking into account its impact in the interpretation of the arbitration exclusion provided by art. 1 of Regulation 44/2001. The conclusion is that the decision does not understand properly the meaning of that exclusion, is not coherent with previous case law of the ECJ and falls into some serious mistakes while applying Regulation 44/2001. The doctrine that is established by this judgment implies that every judicial proceeding related to an arbitration agreement could be considered as incompatible with Regulation 44/2001. Potentially, the lack of jurisdiction of the courts that results of an arbitration agreement and, even, the proceedings before arbitral courts could also be considered as incompatible with Regulation 44/2001.

**KEY WORDS:** Regulation 44/2001 – Arbitration – Anti-suit injunction

**RESUMEN:** Este artículo analiza la decisión del TJCE en el caso *West Tankers*, considerando su impacto en la interpretación de la exclusión del arbitraje establecida en el art 1 del Reglamento 44/2001. La conclusión es que la decisión no interpreta correctamente el sentido de la mencionada exclusión, no es coherente con la jurisprudencia anterior del TJCE e incurre en algunos serios errores en la aplicación del Reglamento 44/2001. La doctrina que establece esta sentencia implica que todos los procedimientos judiciales vinculados con un acuerdo arbitral podrían ser considerados como incompatibles con el Reglamento 44/2001. Potencialmente, la falta de competencia de los tribunales estatales que se deriva de una cláusula compromisoria e, incluso, los procedimientos ante los tribunales arbitrales podrían también ser considerados incompatibles con el Reglamento 44/2001.

**PALABRAS CLAVE:** Reglamento 44/2001 – Arbitraje – *Anti-suit injunction*

## **I. Introducción**

1. Digámoslo ya: la STJCE de 10 de febrero de 2009 en el asunto *West Tankers*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> . STJCE (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, As.C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA y West Tanker Inc.*, las Conclusiones de la Abogada General Kokott fueron presentadas el 4 de septiembre de 2008. De forma rigurosa, el asunto debería designarse como “Allianz” y no como “West Tankers” (*vid.* la aguda crítica sobre este extremo de Th. Pfeiffer en <http://conflictoflaws.net/2009/pfeiffer-on-west-tankers/>, donde señala: “It seems that Britannia, despite of the outcome of this case, does not only still rule the waves but also the names”); pero en el presente

es una sentencia criticable. Por ser más claros, es una decisión cuyos desarrollos no se ajustan a las formas de razonar en Derecho a las que estamos acostumbrados. Esto no quiere decir, sin embargo, que nos encontremos ante una mala decisión. Para saber si algo es bueno o malo debemos preguntarnos si se ajusta al fin pretendido; y en este sentido es posible que la Sentencia que comentamos haya de ser calificada como buena, pese a lo extravagante de sus razonamientos (cuando los hay). Para llegar a esta conclusión debe examinarse a dónde quería llegar el Tribunal de Luxemburgo, qué es lo que pretendía con su decisión y, en definitiva, cuáles son los resultados de la misma, hacia donde nos orienta.

En este comentario se analizarán tanto los argumentos jurídicos utilizados por la resolución como sus consecuencias y efectos. Para ello, se situará esta sentencia en el contexto que le es propio: la interpretación de la exclusión del arbitraje en el art. 1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y del Reglamento 44/2001. Se comenzará por exponer los antecedentes del caso *West Tankers* para, a continuación, detenernos en el sentido originario de la exclusión del arbitraje en el Convenio de Bruselas y la interpretación que ha realizado el Tribunal de Luxemburgo de la mencionada exclusión. Tal como veremos esta interpretación marca una tendencia de progresiva incorporación del arbitraje al sistema comunitario en la que se incardina la Sentencia *West Tankers*. El análisis de los argumentos utilizados por esta decisión así como sus previsibles efectos, tanto en el Derecho procesal comunitario en general como, en concreto, en la materia arbitral ocuparán la última parte de este trabajo.

## II. Arbitraje y jurisdicción en el sistema Bruselas I

### 1. Antecedentes del caso *West Tankers*

2. El litigio en el que se enmarca la STJCE de 10 de febrero de 2009 tiene su origen en los daños causados en un embarcadero propiedad de la empresa *Erg Petrolis SpA*, situado en Siracusa, por un buque propiedad de la compañía *West Tankers*. Los aseguradores de *Erg*, *Allianz* y *Generali*<sup>2</sup>, pagaron a *Erg* los daños sufridos hasta el límite cubierto por el seguro. *Erg* se dirigió entonces contra *West Tankers* para solicitar la diferencia entre el daño efectivamente sufrido y lo abonado por su aseguradora, planteando una demanda arbitral en Londres. El recurso al arbitraje resultaba obligado, puesto que en el contrato entre *Erg* y *West Tankers* se incluía un convenio arbitral según el cual todas las controversias derivadas del contrato debían resolverse ante un tribunal de arbitraje en Londres<sup>3</sup>. Por su parte, los aseguradores de *Erg*, una vez abonadas a éste las cantidades debidas como consecuencia del siniestro ocasionado por *West Tankers*, presentaron demanda contra esta compañía en Siracusa, subrogándose en las acciones que pudiera ejercer *Erg*, con el fin de obtener el reembolso del dinero abonado a ésta

---

trabajo nos referiremos preferentemente a él como “West Tankers”, siguiendo así a la mayoría de los comentaristas que ha tenido hasta ahora esta decisión (*vid.* las distintas contribuciones en el Symposium Online sobre West Tankers en *Conflict of Laws*, <http://conflictoflaws.net/2009/west-tankers-online-symposium/>).

<sup>2</sup> . Parece ser que, inicialmente, los aseguradores de *Erg* eran *Riunione Adriatica di Sicurtà Spa* y *Generali Assicurazioni Generali*; sucede, sin embargo, que la primera compañía pasó a ser, desde el 1 de octubre de 2007, *Allianz SpA* (*vid.* núm. 16 de las Conclusiones presentadas por la Abogada General Kokott). La Sentencia que nos ocupa se refiere a ambas aseguradoras como *Allianza* y *otros*. Y aquí asumiremos esta identificación sin hacer cuestión de ella.

<sup>3</sup> . *Cf.* el punto 15 de las Conclusiones presentadas por la Abogada General J. Kokott.

última. Esta demanda fue presentada el 30 de julio de 2003<sup>4</sup>.

El 10 de septiembre de 2004, *West Tankers* presentó ante la *High Court* en el Reino Unido una demanda contra *Allianz* y otros para que se declarase que los actores en el procedimiento iniciado en Siracusa estaban vinculados por el convenio arbitral concluido entre *West Tankers* y *Erg*. Además, se solicitaba que se dictase una orden conminatoria por la que se prohibiera a las sociedades demandadas litigar ante un órgano jurisdiccional distinto del tribunal de arbitraje y, en particular, proseguir con el procedimiento en Siracusa<sup>5</sup>. La *High Court* acogió la demanda presentada. Se recurrió en la *House of Lords* y ésta planteó al TJCE una cuestión prejudicial con el fin de saber si era compatible con el Reglamento 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adoptara una resolución por la que se prohibiera iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro basándose en que dicho procedimiento infringía un convenio arbitral<sup>6</sup>.

3. Hasta aquí el resumen de los antecedentes del caso. El problema al que se enfrenta el TJCE es el de determinar si es compatible con el Reglamento 44/2001 una orden dictada por un Estado miembro en la que se establece la prohibición de iniciar actuaciones judiciales en otro Estado miembro sobre la base de la existencia de un procedimiento arbitral. Es decir, ha de dilucidarse si la doctrina sentada en la Sentencia *Turner*<sup>7</sup> ha de proyectarse sobre los supuestos en los que la prohibición de iniciar acciones judiciales se fundamenta en la existencia de un previo acuerdo arbitral eficaz entre las partes. Como es sabido, en la Sentencia *Turner*, el Tribunal de Luxemburgo estableció la incompatibilidad con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 de las *anti-suit injunctions* dictadas en un Estado miembro y destinadas a impedir la apertura o la continuación de un procedimiento judicial en otro Estado miembro.

Los argumentos que despliega la Sentencia *Turner* son discutibles<sup>8</sup>; pero aquí no se incidirá en ellos más que de una forma tangencial; porque, incluso aunque se compartiera la doctrina del Tribunal en esta decisión, la que ahora nos ocupa presenta una diferencia fundamental que hubiera forzado a mantener una solución distinta a la de aquella sentencia; y es que en el caso *West Tankers* la *anti-suit injunction* sobre la que tiene que pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo es solicitada en apoyo de un compromiso arbitral, lo que –a nuestro juicio– hubiera obligado al TJCE a responder la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que no es incompatible con el

---

<sup>4</sup> . Cf. el punto 17 de las Conclusiones.

<sup>5</sup> . Cf. el punto 18 de las Conclusiones.

<sup>6</sup> . Vid. el punto 20 de las Conclusiones y el punto 18 de la Sentencia.

<sup>7</sup> . STJCE (Pleno) de 27 de abril de 2004, As. C- 159/02, *Gregory Paul Turner y Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd, Changepoint SA*.

<sup>8</sup> . Vid. sobre esta decisión con una perspectiva crítica que compartimos sustancialmente M. Requejo Isidro, “Medidas antiproceto: *Turner v. Grovit*, final discutible de un debate”, *La Ley*, 2004, D-145, vol. 3, pp. 1997-2001; *id.*, “Nota”, *REDI*, 2004, vol. LVI, núm. 2, pp. 855-860; *id.*, “Espacio judicial europeo. Convenio de Bruselas: orden conminatoria que prohíbe a una parte iniciar o continuar un procedimiento ante otro órgano jurisdiccional”, *RJC*, 2005, año CIV, núm. 1, pp. 266-270. También critica la pobreza de los argumentos de la decisión H. Muir Watt en su comentario a esta sentencia (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, t-93, núm. 3, pp. 659-664, p. 659-660). La simplicidad de los argumentos del Tribunal también es señalada en el comentario a la decisión de Th. Kruger, (“The Anti-Suit Injunction in the European Judicial Space: *Turner v. Grovit*”. *ICLQ*, 2004, vol. 53, pp. 1030-1040, p. 1034). Otros comentarios, en cambio, son más favorables a la decisión, *vid.* R. Carrier, “Anti-suit injunction: La CJCE met fin à un anachronisme (à propos de l’arrêt de la CJCE du 27 avril 2004)”, *DMF*, 2004, año 56, núm. 648, pp. 403-412; Th. Rauscher, “Unzulässigkeit einer *anti-suit injunction* unter Brüssel I”, *IPRax*, 2004, año 24, núm. 5, pp. 405-409.

Reglamento 44/2001 dictar una orden conminatoria prohibiendo el inicio de actuaciones judiciales por la existencia de un procedimiento arbitral, tal como se desarrollará a continuación.

2. La excepción de arbitraje en el art. 1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y del Reglamento 44/2001

4. Tal como ya se ha indicado, la clave del caso al que se enfrentaba el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *West Tankers* se encontraba en la consideración del mismo como un supuesto arbitral, incardinable, por tanto, en la excepción de arbitraje del art. 1.2 del Reglamento 44/2001. La interpretación de esta excepción, el entendimiento de su función en el sistema de Bruselas I y las perspectivas de futuro de la misma son los elementos claves en el supuesto analizado.

Como es de sobra sabido, primero el Convenio de Bruselas y luego el Reglamento 44/2001 excluyen el arbitraje de su ámbito de aplicación material. Esta exclusión del arbitraje despliega dos efectos diferentes: por una parte, excluye del ámbito de aplicación de estos instrumentos los procedimientos judiciales en auxilio de un arbitraje. Por otra parte, la exclusión habilita a los tribunales de un Estado miembro, competentes de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Bruselas o en el Reglamento 44/2001, a dejar de dictar una sentencia sobre el fondo en un asunto del que estén conociendo sobre la base de la existencia de un compromiso arbitral eficaz respecto al asunto planteado<sup>9</sup>. Desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de decisiones la exclusión también implica que estos instrumentos no son aplicables al reconocimiento de decisiones arbitrales<sup>10</sup>.

5. La justificación de que el arbitraje no se incluyese en el Convenio de Bruselas, pese a que es una de las materias incluidas en el art. 293 del TCE (originalmente, art. 220 del Tratado de Roma), fue la existencia de varios instrumentos internacionales que ya se ocupaban de la materia arbitral, pretendiéndose que no existieran interferencias entre el instrumento comunitario y los mencionados instrumentos internacionales<sup>11</sup>. La interpretación de esta exclusión, sin embargo, no ha dejado de plantear problemas. Así, inicialmente, resultaba bastante claro que el Convenio de Bruselas no regiría ni el reconocimiento de laudos arbitrales ni la competencia en relación a los litigios encaminados a anular un laudo arbitral ni, finalmente, la ejecución de las decisiones judiciales que se adoptasen en relación a un arbitraje<sup>12</sup>. También planteaba pocas dudas que el sometimiento de un litigio a arbitraje implicaba la exclusión del Convenio de Bruselas para la determinación de la competencia judicial en relación a los litigios que pudieran surgir en el marco de la relación afectada por el arbitraje<sup>13</sup>. Se resolvía así la potencial contradicción entre el

---

<sup>9</sup> . Vid. R. Arenas García, *El ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Memoria de Investigación, Universidad de Oviedo, 1992, p. 48; *ibidem*, pp. 48-52 sobre la interpretación de la exclusión del arbitraje en relación a los litigios afectados por una cláusula compromisoria en los que hubiese conocido un tribunal estatal.

<sup>10</sup> . *Ibidem*, p. 49; *vid.* el Informe Jenard al Convenio de Bruselas (*DO*, núm. C 189 de 28 de julio de 1990, pp. 122-179, p. 134).

<sup>11</sup> . *Vid.* Informe Jenard, p. 134.

<sup>12</sup> . *Ibidem*.

<sup>13</sup> . *Vid.* R. Arenas García, *op. cit.*, p. 51. Resultan significativos en este sentido el Informe Schlosser al Convenio de adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido al Convenio de Bruselas (*DO*, núm. C 189 de 28 de julio de 1990, pp. 184-256, p. 203). *Vid.* también M. Desantes Real, *Competencia judicial en la*

sistema de reglas competenciales incluido en el Convenio y la obligación de abstención de los tribunales ante los que se presenta una demanda en un caso afectado por un compromiso arbitral válido, obligación que se deriva tanto de instrumentos internacionales (Convenio de Nueva York de 1958<sup>14</sup>, Protocolo sobre cláusulas de arbitraje de Ginebra de 1923<sup>15</sup>) como de la normativa de origen interno de los Estados<sup>16</sup>. El Convenio de Bruselas renunciaba a ocuparse de las cuestiones arbitrales cediendo en esta materia respecto a los instrumentos internacionales existentes y el Derecho de origen interno.

La exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas era una decisión prudente. El arbitraje y las relaciones entre arbitraje y jurisdicción plantean una relevante complejidad, siendo objeto de regulación detallada tanto a nivel convencional como interno. En estas circunstancias, o bien el Convenio de Bruselas asumía la tarea de abordar de una forma completa esta regulación, con las consiguientes dificultades que plantearía la articulación de la normativa resultante con los instrumentos convencionales que obligaban a los Estados parte, o bien optaba, como finalmente sucedió, por una alejamiento de las cuestiones arbitrales, reconociendo la primacía de la regulación existente sobre el propio Convenio.

6. De acuerdo con lo que se acaba de exponer, la excepción de arbitraje del art. 1 del Convenio de Bruselas presenta unas características particulares. Es una excepción peculiar, ya que no supone tanto una delimitación de las materias excluidas como una cláusula para dar preferencia a la regulación en materia arbitral sobre el propio Convenio. Esto es especialmente claro si consideramos que la exclusión del art. 1 permite que un tribunal competente de acuerdo con lo establecido en el Convenio se abstenga por considerar que existe una cláusula compromisoria eficaz respecto al litigio del que se encuentra conociendo. Esta posibilidad establece una limitación general en la eficacia del Convenio que no se reduce a unas materias determinadas; es por ello que esta manifestación de la exclusión del arbitraje es más bien un reconocimiento de la preferencia de la regulación en materia de arbitraje sobre la regulación convencional.

La amplitud de la excepción de arbitraje del art. 1 del Convenio de Bruselas no fue discutida por la doctrina ni la jurisprudencia durante las primeras décadas de aplicación de este instrumento. Cuando se produjo la incorporación al Convenio de Bruselas de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se planteó la necesidad de aclarar que la exclusión suponía que aquellas decisiones que hubiesen sido dictadas por autoridades judiciales en relación a litigios que estaban afectados por una cláusula compromisoria quedaban también fuera del ámbito de aplicación del Convenio; y sin que llegara a

---

*Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 135-136, donde cita la Sent. del Tribunal de Grande Instance de París de 2 de febrero de 1976, donde se lee: "El acuerdo de las partes previendo que todos los litigios que se produzcan con ocasión de la ejecución del contrato entre una sociedad francesa y una sociedad alemana serán resueltos por vía de arbitraje elimina la competencia de la jurisdicción alemana del domicilio del demandado prevista en el art. 2 de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968"; *vid. Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 824. También G.A.L. Droz, en su comentario señero al Convenio de Bruselas se manifestaba claramente por la exclusión de los litigios sometidos a arbitraje (*cf. G.A.L. Droz, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, París, Dalloz, 1972, p. 47).

<sup>14</sup> . Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, *BOE*, 9 y 11-VII-1977.

<sup>15</sup> . Protocolo sobre cláusulas de arbitraje, hecho en Ginebra el 24 de septiembre de 1923, *Gaceta* de 8-V-1926).

<sup>16</sup> . *Vid.* las referencias incluidas en R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 243, n. núm. 113.

formalizarse esta exclusión se dejó abierta dicha posibilidad<sup>17</sup>. En aquellos momentos, pues, la duda estaba en si podía beneficiarse de los mecanismos de reconocimiento del Convenio una decisión dictada en un Estado miembro que hubiese desconocido la existencia de una cláusula compromisoria; en ningún momento se ponía en duda que las competencias previstas por el Convenio podían ceder frente a los acuerdos arbitrales. Se trata de una interpretación amplia de la excepción que es manifestación de las particularidades que presenta la articulación de la normativa arbitral con el Convenio de Bruselas.

### 3. La posición del TJCE

7. En su primera decisión en relación a la excepción de arbitraje, el Tribunal de Luxemburgo no se apartó de la interpretación de la excepción de arbitraje que se acaba de presentar. Bien es cierto que el caso del que conoció en aquella ocasión el TJCE no era excesivamente complejo<sup>18</sup>. Se trataba de determinar si el Convenio de Bruselas era aplicable a un litigio en el que se solicitaba el nombramiento de un árbitro. La exclusión de un litigio de esta clase nunca pareció dudosa, por lo que el valor de la decisión del Tribunal de Luxemburgo que ratifica este extremo fue, en primer lugar, el de confirmar expresamente que la exclusión pudiera limitarse a los procedimientos desarrollados ante un árbitro y, en segundo término, aclarar que el hecho de que se discutiese sobre la eficacia del acuerdo arbitral no podía tener como consecuencia que no tuviera efecto la exclusión. Si la materia principal del litigio (el nombramiento del árbitro) está excluido del Convenio esta exclusión debe mantenerse incluso aunque el motivo de la exclusión (la eficacia del acuerdo arbitral) deba ser estudiado y resuelto con carácter previo a la decisión sobre la cuestión principal litigiosa.

No parecen, por tanto, plantearse excesivas dudas acerca de la irrelevancia del Convenio de Bruselas en los litigios afectados por una cláusula compromisoria: tanto el procedimiento ante los árbitros como los procedimientos judiciales vinculados a un arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Tan sólo queda abierta la cuestión de si se encuentran excluidas también aquellas decisiones que hayan podido ser dictadas por órganos jurisdiccionales desconociendo la eficacia de una cláusula compromisoria, tal como hemos visto.

8. La Sentencia *Van Uden* supone un cambio en la interpretación de la exclusión<sup>19</sup>. En esta decisión se planteaba la posibilidad de utilizar el Convenio de

---

<sup>17</sup> . Vid. R. Arenas García, *El ámbito de aplicación...*, op. cit., pp. 49-50; "Informe Schlosser", p. 202; vid. también las Conclusiones del Abogado General Marco Darmon en la STJCE de 25 de julio de 1991 (Pleno), As. C- 190/89, *Marc Rich & Co. Ag. c. Società italiana impianti pA*, Rec., pp. I-3865-3893, núm. 23 (p. I-3873). Tal como veremos más adelante esta interpretación es rechazada por el Tribunal de Luxemburgo en la Sent. *West Tankers*, apoyándose para ello en el Informe Evrigenis/Kerameus al Convenio de adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas (vid. *infra* apartado III.1).

<sup>18</sup> . La primera decisión en la que el TJCE se ocupó del alcance de la exclusión del arbitraje en el art. 1 del Convenio de Bruselas fue la Sentencia *Marc Rich & Co.*, vid. n. anterior.

<sup>19</sup> . STJCE de 17 de noviembre de 1998, As. C- 391/95, *Van Uden Maritime BV, que gira bajo el nombre comercial de Van Uden Africa Line y Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*. Vid. sobre esta decisión M. Requejo Isidro, "Sobre tutela cautelar y provisional y el arbitraje en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (Comentario a la STJCE –Pleno- de 17 de noviembre de 1998: Asunto C-391/95, *Van Uden/Deco Line*), RCEA, 1998, vol. XIV, pp. 85-97; E. Artuch Iriberry, "La solicitud de medidas cautelares ante el juez nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95", *La Ley*, 1998, D-343, vol. 6, pp. 2372-2378.

Bruselas para determinar la competencia para adoptar medidas cautelares o provisionales en un supuesto en el que las partes habían incluido en el contrato que las vinculaba un convenio arbitral<sup>20</sup>. Esto es, se trataba de determinar si la regulación específica del Convenio de Bruselas en materia cautelar, su art. 24, resultaba aplicable en relación a medidas solicitadas en apoyo de un procedimiento arbitral y no de un procedimiento judicial. La respuesta del tribunal fue la de que dicho art. 24 resultaba aplicable para la determinación de la competencia en la adopción de medidas provisionales, incluso aunque el procedimiento principal deba desarrollarse ante árbitros.

La conclusión podría ser, quizás, válida; aunque aquí no nos detendremos en ella más que lo estrictamente necesario para el análisis de la Sentencia *West Tankers*; pero más allá de la admisión de la utilización del art. 24 del Convenio de Bruselas para la identificación de órganos jurisdiccionales competentes para la adopción de medidas provisionales en los supuestos en los que el litigio en el marco del cual se solicitan las medidas está afectado por una cláusula compromisoria; interesa señalar que el Tribunal de Luxemburgo aprovechó esta decisión para matizar la exclusión del arbitraje del Convenio de Bruselas, sentando algunos principios en relación al arbitraje que merecen ser destacados, pues alguna relación parecen tener con la toma de postura a la que responde la decisión en el caso *West Tankers* y con los cambios en el sistema que, quizás, seguirán a esta decisión.

9. En el argumento del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Van Uden* destaca la tajante afirmación de que “cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existen, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio”<sup>21</sup>. Esta afirmación vendría a ratificar la segunda de las manifestaciones de la exclusión del arbitraje a las que nos referíamos en el párrafo 4 anterior: la competencia derivada del Convenio de Bruselas deja de ser obligatoria en aquellos supuestos en los que el litigio se encuentra afectado por una cláusula compromisoria. Ahora bien, la afirmación va más allá; puesto que la exclusión del Convenio de la materia arbitral no habría de conducir a la incompetencia de los tribunales designados para el caso por este instrumento, sino, más precisamente, a la no obligatoriedad del ejercicio de la competencia por parte de dichos tribunales, debiendo ser la normativa convencional o interna aplicable en materia de arbitraje la que debería determinar la forma en la que la cláusula compromisoria afectaría a la competencia del tribunal.

Esto podría, quizás, parecer un matiz puntilloso sin excesiva importancia; pero creo que debe ser destacado; puesto que denota que el Tribunal de Luxemburgo entiende que arbitraje y jurisdicción son incompatibles; o, dicho de otra forma, que la cláusula compromisoria, el acuerdo arbitral, priva de competencia a los órganos jurisdiccionales estatales. De esta forma, resulta que el compromiso arbitral tiene incidencia directa en la competencia.

No se trata aquí de negar que el arbitraje es un sustituto de la jurisdicción y que su fin es sustraer determinados litigios de los tribunales estatales. Que esto es así no creo que pueda ser objeto de discusión dada su propia evidencia; pero no creo ocioso apuntar que técnicamente el sometimiento de un litigio a arbitraje puede no implicar propiamente la incompetencia de los órganos jurisdiccionales que lo serían de no existir

---

<sup>20</sup> . *Vid.* núm. 17 de la sentencia.

<sup>21</sup> . *Cf.* núm. 24 de la decisión.

la cláusula compromisoria. Una opción posible es la de que el convenio arbitral se configure como un obstáculo a la posibilidad de que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto; pero sin llegar a privar de competencia judicial a los órganos jurisdiccionales estatales<sup>22</sup>. Es por esto que hubiera sido más oportuno que el Tribunal remitiera las consecuencias procesales de la existencia de una cláusula compromisoria a la normativa convencional o interna que debiera aplicar el órgano jurisdiccional que ha de resolver sobre la cuestión afectada por dicha cláusula en vez de pretender que el Convenio de Bruselas ofrecía una solución directa al problema. Tal como veremos, la asunción de que de la cláusula compromisoria se deriva de una forma automática la incompetencia de los órganos jurisdiccionales estatales condiciona el acercamiento del TJCE a los problemas arbitrales que se manifiestan en el caso *Allianz c. West Tankers*.

10. La decisión del Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Van Uden* muestra, además, una significativa vacilación del Tribunal sobre el alcance de la exclusión del arbitraje que realiza el art. 1 del Convenio de Bruselas. Tal como se ha adelantado, el TJCE sostiene que el art. 24 del Convenio puede ser utilizado para la determinación de la competencia para la adopción de medidas cautelares en auxilio del arbitraje si tales medidas se refieren a una cuestión comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio. Sorprende esta referencia al ámbito de aplicación material del Convenio pues la exclusión del arbitraje opera en todas las materias. Más que de una delimitación del ámbito material del Convenio de Bruselas se trata, tal como ya hemos indicado, de una cláusula de prevalencia de la regulación en materia de arbitraje.

Teniendo lo anterior en cuenta, a la cuestión que se planteó al TJCE en el asunto *Van Uden*, lo más lógico hubiera sido responder que la competencia para la adopción de medidas provisionales en auxilio del arbitraje se encuentra afectada por la exclusión del arbitraje en el art. 1, remitiendo la determinación de dicha competencia a la normativa que resulte aplicable en cada Estado parte. El Tribunal, sin embargo, opta por interpretar que, dado que las medidas provisionales no se adoptan en el procedimiento arbitral, sino de forma paralela a éste no están afectadas por la exclusión del “arbitraje como materia”<sup>23</sup>. Esta referencia a la materia arbitral es clave, puesto que implica reducir la exclusión del art. 1 solamente a una de sus dimensiones: la exclusión del Convenio de Bruselas de aquellos litigios vinculados al desarrollo de un procedimiento arbitral, dejando de lado la prevalencia de la regulación arbitral sobre la convencional en lo relativo a la incidencia del arbitraje sobre la competencia de los tribunales estatales<sup>24</sup>.

11. La STJCE *Van Uden* supone, por tanto, un primer retroceso del arbitraje respecto al régimen de Bruselas I. La doble dimensión de la exclusión del arbitraje no es percibida por el Tribunal de Luxemburgo –voluntaria o involuntariamente- abriéndose,

---

<sup>22</sup> . *Vid.* más extensamente sobre este acercamiento R. Arenas García, *El control de oficio...*, *op. cit.*, pp. 245-246. De acuerdo con esto, resultaría que, propiamente, no sería precisa la exclusión del arbitraje en el art. 1 del Reglamento para poder concluir que los órganos jurisdiccionales competentes de acuerdo con aquél pudieran abstenerse por existir un compromiso arbitral, ya que dicha abstención no cuestionaría la competencia derivada del Reglamento.

<sup>23</sup> . *Cf.* núm. 33 de la Sentencia.

<sup>24</sup> . M. Requejo Isidro (“Sobre tutela cautelar...”, *loc. cit.*, p. 86) destaca también esta referencia a la materia arbitral, interpretando que la doctrina sentada en la Sentencia *Van Uden* en este punto excluye la posibilidad de interpretar que todos los litigios afectados por una cláusula compromisoria están excluidos del Convenio de Bruselas, tal como había pretendido el Reino Unido. Como veremos, la Sentencia *West Tankers* confirma esta interpretación restrictiva de la exclusión del arbitraje. *Vid. supra* notas núms. 13 y 17.



por tanto, la posibilidad de reducir la exclusión a la “materia arbitral”, permitiendo la aplicación del régimen del Convenio en supuestos en los que las partes en el litigio han pactado el sometimiento a arbitraje. Es muestra, por tanto, de una tendencia a la ocupación del territorio arbitral por el Convenio de Bruselas (actualmente Reglamento 44/2001) que se ve confirmada por la Sentencia que ahora nos ocupa, *West Tankers*.

#### 4. Arbitraje y jurisdicción en el caso *West Tankers*

12. El caso *West Tankers* llega en un momento en el que, como habíamos visto, se había establecido ya la incompatibilidad con el sistema de Bruselas I de las medidas antiproseso. La proyección de esta prohibición sobre los casos en los que la medida se basa en la existencia de un compromiso arbitral solamente podía ser impedida por la consideración de la especificidad del arbitraje<sup>25</sup>; sin embargo, tal como se ha desarrollado en el epígrafe anterior, el Tribunal de Luxemburgo daba muestras ya de pretender reducir el alcance de la exclusión del arbitraje contenida en el art. 1 del Convenio de Bruselas y del Reglamento 44/2001. La Sentencia de 10 de febrero de 2009 ha confirmado esta tendencia.

13. Como hemos visto en el epígrafe II.1 anterior, el caso al que se enfrentaba el Tribunal de Luxemburgo se incardinaba plenamente en la materia arbitral. Se trataba de determinar si era compatible con el Reglamento 44/2001 la adopción de una orden conminatoria que prohibía continuar con un procedimiento judicial iniciado en Sicilia. La prohibición se basaba en la existencia de una cláusula compromisoria eficaz respecto al proceso iniciado en Italia. El procedimiento en el que se solicitaba la adopción de la medida antiproseso era, por tanto, un procedimiento de auxilio al arbitraje que debería entrar en el ámbito de la exclusión del art 1.2.d) del Reglamento 44/2001.

Pese a lo claro de la exclusión, sorprende que el Tribunal de Justicia asuma ésta con la rotundidad con que lo hace. En el número 23 de la Sentencia confirma sin ningún matiz que el procedimiento que se desarrolla en Inglaterra, en el curso del cual se plantea la cuestión prejudicial que contesta mediante esta decisión, no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001<sup>26</sup>. Ahora el sorprendido puede ser el lector; pero todo tiene una explicación, y es que, por claro que pueda estar desde una perspectiva objetiva que un procedimiento en el que solicita la adopción de una determinada medida sobre la base de un arbitraje entra de lleno en la exclusión del art. 1.2.d) del Reglamento, no debemos olvidar que, tal como se acaba de indicar, en la Sentencia *Van Uden* se había mantenido que la solicitud de determinadas medidas provisionales en apoyo de un arbitraje sí entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento. Desde luego, no compartimos la doctrina de la Sentencia *Van Uden*, pero cabría esperar que el Tribunal de Justicia sí lo hiciera y que, por tanto, basándose en la discutible distinción entre procedimientos que aplican un procedimiento arbitral y los procedimientos paralelos al procedimiento arbitral, mantuviera que el que se desarrollaba en Londres no debía ser incluido en la excepción de arbitraje. Si pretendiéramos entrar en la lógica del Tribunal argumentos se encontrarían para apuntalar esta línea de razonamiento.

---

<sup>25</sup>. En algunos de los comentarios a la Sentencia *Turner* ya se había planteado en qué forma ésta afectaría a las *anti-suit injunctions* basadas en la existencia de un compromiso arbitral, *vid.* H. Muir Watt, *loc. cit.*, p. 662; M. Requejo Isidro, *REDI*, 2004, *loc. cit.*, p. 859; Th. Rauscher, *loc. cit.*, p. 409.

<sup>26</sup>. “Por consiguiente, un procedimiento como el del caso de autos, que aboca a la adopción de una “anti-suit injunction”, no puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001”.

14. A pesar de tener esta puerta abierta, el Tribunal de Luxemburgo opta por hacer caso a la razón jurídica y mantener que un proceso como el iniciado en el Reino Unido por *West Tankers* no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. Podría pensarse que aquí concluye el caso: si el procedimiento en el curso del cual se plantea la cuestión prejudicial no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario, difícilmente puede ser incompatible con éste. Es cierto que en Derecho hay pocas cosas claras; pero ésta debería ser una de ellas: si “algo” cae fuera del ámbito de aplicación de una determinada norma, no es posible que ese “algo” sea incompatible con la norma. Las normas jurídicas solamente despliegan efectos en el ámbito de sus competencias; fuera de ellas no tienen eficacia obligatoria. Cuestión distinta es, por supuesto, que sea más o menos sencillo identificar el ámbito cubierto por uno u otro instrumento. Puede haber zonas oscuras, zonas grises, competencias compartidas, competencias implícitas, competencias indirectas, competencias funcionales... todo lo que se quiera; pero si el supuesto no entra en el ámbito de aplicación de la norma, definido éste, si se quiere y se puede, de la forma más amplia posible; el supuesto no es contrario a la norma, la norma no afecta al supuesto.

Aquí, sin embargo, nos encontramos con una excepción a esta regla. El Tribunal de Luxemburgo mantiene que el procedimiento en el curso del cual se solicita la *anti-suit injunction* no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y, sin embargo, acaba concluyendo que la adopción de la orden solicitada en dicho procedimiento es incompatible con el Reglamento 44/2001. ¿Cómo puede ser eso posible? La respuesta se encuentra en la doctrina del efecto útil del instrumento, tal como examinaremos en el siguiente epígrafe.

### III. Arbitraje y efecto útil del Reglamento 44/2001

#### 1. La aplicación del Reglamento 44/2001 al procedimiento iniciado en Siracusa

15. Para llegar a la conclusión de que la orden solicitada en Londres es contraria al Reglamento 44/2001 el Tribunal de Luxemburgo pasa a fijar su atención en el procedimiento iniciado en Siracusa y respecto al cual se solicita la medida antiproseso. De acuerdo con el Tribunal el procedimiento italiano entra en el ámbito de aplicación del Reglamento. Creo que la respuesta es solamente correcta en parte. Como habíamos visto, en el momento en el que se incorporaron al Convenio de Bruselas Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se había planteado considerar que estaban excluidos del ámbito de aplicación del Convenio todos los procedimientos que estuvieran afectados por una cláusula compromisoria. De acuerdo con este planteamiento, por tanto, la afirmación de que el procedimiento en Italia entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento pudiera ser cuestionada.

El TJCE parece ser consciente de la dificultad que se acaba de apuntar ya que busca apoyo a su aserto en el Informe Evrigenis/Kerameus al Convenio de adhesión de Grecia al Convenio de Bruselas<sup>27</sup>, donde se mantiene que el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje es “propio del Convenio”<sup>28</sup>. De aquí deriva el Tribunal,

---

<sup>27</sup> . *Vid.* el núm. 26 de la Sentencia.

<sup>28</sup> . *Cf.* “Informe de los profesores D. Evriyenis y K.D. Kerameus sobre la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *DO*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, núm. 35: “Por el contrario, cabe considerar como propio del Convenio el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje solicitado por una de las partes con vistas a cuestionar la competencia internacional de la jurisdicción ante la que

no solamente que la alegación ante el tribunal de Siracusa de la existencia de una cláusula de arbitraje no extrae el litigio principal del ámbito de aplicación del Reglamento; sino también que la competencia para resolver sobre la validez de dicha cláusula está también incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento<sup>29</sup>.

La primera aserción –la alegación de la existencia de un convenio arbitral no supone la exclusión del procedimiento en el que se produce dicha alegación del ámbito de aplicación del Reglamento- puede ser compartida. Ciertamente, se trata de una cuestión debatida y existen elementos para llegar a una solución contraria; pero, a la vez, tampoco resulta exorbitante interpretar que una vez que un tribunal estatal ha descartado que su competencia pueda verse afectada por el compromiso arbitral alegado, la decisión que adopte pueda beneficiarse de los mecanismos de reconocimiento previstos en el Reglamento comunitario. Tal como hemos visto, se ha planteado con seriedad la posibilidad contraria y entiendo que no es excesivamente riguroso desecharla sobre la exclusiva base de una referencia al informe Evrigenis/Kerameus, sin mencionar siquiera la alternativa que se planteaba en el Informe Schlosser<sup>30</sup>; pero ello no es óbice para compartir con el Tribunal que hemos de interpretar que en un caso como el planteado en Siracusa el Reglamento 44/2001 es aplicable en la determinación de la competencia judicial internacional, aunque la existencia de una cláusula compromisoria eficaz supondría que la competencia, caso de derivarse del Reglamento, no sería imperativa, pudiendo el órgano jurisdiccional competente abstenerse sobre la base del acuerdo arbitral.

16. El Tribunal de Luxemburgo no se limita, sin embargo, a afirmar que el Reglamento 44/2001 es aplicable a la determinación de la competencia de los tribunales italianos en el caso considerado; sino que dicho Reglamento también se aplica en la determinación de la competencia para la resolución de la cuestión previa relativa a la validez de la cláusula arbitral. Esa es una afirmación sorprendente, pues choca con el generalizado entendimiento de que el instrumento comunitario (anteriormente el Convenio de Bruselas) se aplica para determinar la competencia judicial respecto a la cuestión principal del litigio, correspondiendo a la *lex fori* determinar el régimen competencial respecto a las cuestiones incidentales que puedan plantearse durante el procedimiento<sup>31</sup>. La doctrina que sienta aquí el TJCE implica que si el Reglamento

---

está convocada en aplicación del Convenio”.

<sup>29</sup> . *Vid.* el núm. 26 de la Sentencia: “debe considerarse que si por objeto del litigio, es decir, por la naturaleza de los derechos que deben salvaguardarse en un procedimiento, como una demanda de indemnización de daños y perjuicios, ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez, está igualmente comprendida en ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

<sup>30</sup> . En las Conclusiones de la Abogada General J. Kokott sí se presentaban las distintas opciones de interpretación de la exclusión del arbitraje, *vid.* núms. 39 a 54.

<sup>31</sup> . *Cf.* las Conclusiones del Abogado General M. Darmon en el caso *Marc Rich*: “He de subrayar aquí con vehemencia que, en el sistema de Bruselas, la competencia para conocer de una cuestión previa por parte de un Juez que conozca de una cuestión principal no incluida en el ámbito de aplicación del Convenio en ningún caso se rige por el Convenio sino por la *lex fori*, y ello aunque la cuestión previa esté incluida en el ámbito de aplicación del Convenio” (*Rec.*, p. I-3875); y más adelante, en estas mismas conclusiones, comentando la referencia en el Informe Evrigenis/Kerameus a la exclusión del arbitraje, se dice: “Con carácter previo debo indicar que pondría seriamente en duda la procedencia de este pasaje si significara que es el Convenio quien atribuye al Juez que conoce de una acción principal incluida en su ámbito de aplicación competencia para conocer de una cuestión incidental exterior a dicho ámbito. En efecto, tal posibilidad vendrá determinada por la *lex fori* del Juez que conoce del asunto y no por el Convenio”. La exclusión del Convenio respecto a las cuestiones incidentales que puedan plantearse en un

atribuye competencia al órgano jurisdiccional para conocer de la cuestión principal planteada, esta competencia se extiende también a los incidentes que puedan plantearse durante el procedimiento, incluso aunque tales incidentes se planteen en relación a materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, tal como sucede en el caso que nos ocupa, en el que la cuestión incidental planteada, validez de una cláusula compromisoria, claramente cae fuera del ámbito de aplicación del Reglamento como consecuencia de la exclusión del arbitraje contemplada en su art. 1.

El planteamiento del Tribunal es claramente inadmisibile. Podría discutirse si el Reglamento se aplica en la determinación de la competencia para conocer de las cuestiones incidentales, sin que se limite su eficacia a la competencia para conocer de la cuestión principal litigiosa. Es cierto que la interpretación que se había seguido hasta ahora era la contraria; pero también es preciso reconocer que no existen argumentos positivos que impidan llegar a otra solución; ahora bien, de aquí no podría deducirse nunca que esta extensión del Reglamento a las cuestiones incidentales alcanza también a aquellas que caen fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento. Las exclusiones del art. 1 del Reglamento son Derecho positivo y en ningún punto se indica que tales exclusiones no operan cuando se trata de cuestiones incidentales respecto a una cuestión que sí entra en el ámbito de aplicación del Reglamento.

17. De acuerdo con lo anterior, por tanto, no puede compartirse la afirmación del Tribunal de Luxemburgo de que la cuestión incidental relativa a la validez del compromiso arbitral es, de acuerdo con el Reglamento, competencia del Tribunal de Siracusa ante el que se planteó la demanda contra *West Tankers*<sup>32</sup>. Es cierto que, seguramente, este desacuerdo carece de consecuencias desde una perspectiva estrictamente competencial, ya que lo habitual será que los diferentes ordenamientos prevean que la competencia para conocer de la cuestión principal se extiende a las incidentales que puedan plantearse; pero no está de más señalar el planteamiento del TJCE ya que esta atribución de competencia a los tribunales italianos será un elemento que reforzará la conclusión de la incompatibilidad del procedimiento iniciado en Londres con el Reglamento comunitario, tal como veremos a continuación.

## 2. El efecto útil del Reglamento 44/2001 en el caso *West Tankers*

18. Tal como hemos visto, el TJCE interpreta la exclusión del arbitraje en el art. 1 del Reglamento 44/2001 de tal forma que acaba concluyendo que la determinación incidental de la validez del compromiso arbitral incluido en el contrato entre *Erg* y *West Tankers* es, de acuerdo con el Reglamento, competencia de los tribunales de Siracusa. Ahora bien, esta conclusión aún no resuelve la cuestión prejudicial planteada, pues ésta

---

litigio parecía cuestión pacífica en la doctrina. Vid. P. Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, Professional Books, 1987, p. 151. Vid. las referencias contenidas en R. Arenas García, *El control de oficio...*, op. cit., pp. 114-115.

<sup>32</sup>. En la Sentencia se indica que la competencia es "exclusiva". Cf. el núm. 27 de la Sentencia: "De ello se deduce que la excepción de incompetencia propuesta por *West Tankers* ante el Tribunale di Siracusa basada en la existencia de un convenio arbitral, incluida la cuestión relativa a la validez de éste, está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 y que, por tanto, corresponde exclusivamente a dicho órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la referida excepción y sobre su propia competencia, en virtud de los artículos 1, apartado 2, letra d) y t, apartado 3, de dicho Reglamento". Desde luego, no había noticias de que la competencia derivada del art. 5.3 del Reglamento fuera exclusiva; de hecho, hasta ahora afirmar la exclusividad de las competencias incluidas en el art. 5 del Reglamento comunitario podía ser motivo suficiente para suspender un examen de la materia Derecho internacional privado. Quizás debamos modificar a partir de ahora los criterios de corrección.

es, recordemos, si es compatible con el Reglamento comunitario la adopción de una orden conminatoria sobre la base de la existencia del compromiso arbitral, no si los tribunales italianos son competentes para pronunciarse sobre la validez de la mencionada cláusula compromisoria. La conexión entre la cuestión prejudicial planteada y la determinación de la competencia de los tribunales italianos se hace mediante la utilización de la doctrina del efecto útil del Reglamento. Tal como veremos inmediatamente, en la proyección de la doctrina del efecto útil al supuesto que nos ocupa se encuentra el verdadero núcleo de la doctrina que se deriva de la Sentencia *West Tankers* y donde se hallan las claves de hacia dónde nos puede conducir la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento que de ella se deriva.

19. De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, el procedimiento iniciado en Londres no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001; pero, sin embargo, la adopción de la orden conminatoria que en él se solicita es incompatible con el Reglamento por tener consecuencias contrarias al “efecto útil” del Reglamento<sup>33</sup>. Esta vulneración del efecto útil justificaría por tanto esta declaración de incompatibilidad, pese a que el supuesto no entrara en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Tal como ya se ha indicado, no resulta posible mantener simultáneamente que el Reglamento no se aplica al procedimiento en el que se plantea la cuestión prejudicial que resuelve el Tribunal de Luxemburgo y, a la vez, que tal procedimiento es incompatible con el Reglamento. Así pues, habremos de entender que la Sentencia *West Tankers* tiene como consecuencia la ampliación del ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 a ciertos procedimientos vinculados a un arbitraje; pero que tienen la virtualidad de perjudicar el efecto útil del Reglamento. Hecha esta salvedad, a continuación asumiremos, sin embargo, el enfoque del TJCE y, en vez de referirnos a una ampliación implícita del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, lo haremos, en aras a la brevedad y a la claridad, a la incompatibilidad con el Reglamento de los procedimientos que se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación.

20. El planteamiento en sí no creo que sea piedra de escándalo jurídico. La doctrina del efecto útil, correctamente entendida, es compatible con la ortodoxia jurídica, ya que no implica más que la consideración que el contenido normativo de un precepto o un instrumento puede extender sus efectos a normas o instituciones que *aparentemente* se ocupan de materias diferentes de las que son objeto de la norma considerada. La clave para la adecuada apreciación del efecto útil de un determinado instrumento se encuentra en la correcta identificación del contenido normativo de la norma en cuestión. Así, por ejemplo, y tal como se cita en las Conclusiones de la Abogada General Kokott en el caso *West Tankers*<sup>34</sup>, en la Sentencia *Hagen*<sup>35</sup> se estableció que era incompatible con el Convenio de Bruselas la normativa procesal de un Estado miembro (en este caso, los Países Bajos) que limitaba la admisibilidad de una acción en garantía, de las previstas en el art. 6.2 del Convenio de Bruselas, sobre la base de la residencia o domicilio en un Estado miembro diferente del Estado del foro de la parte que es atraída a la jurisdicción por la acción en garantía<sup>36</sup>. Con anterioridad, ya en

---

<sup>33</sup> . Vid. núm. 24 de la Sentencia.

<sup>34</sup> . Vid. núm. 36 de las Conclusiones.

<sup>35</sup> . STJCE (Sala Primera) de 15 de mayo de 1990, As. C- 365/88, *Kongress Agentur Hagen GmbH c. Zeehaghe BV*.

<sup>36</sup> . Vid. núm. 21 de la Sentencia.

el caso *Goderbauer*<sup>37</sup> se había mantenido que la normativa procesal holandesa, que impedía la abstención de oficio por falta de competencia judicial internacional en los asuntos que se encontraban ya ante el Tribunal Supremo era contraria al efecto útil de la normativa sobre control de oficio de la competencia contenida en el Convenio de Bruselas<sup>38</sup>. En ambos supuestos se trata de identificar cuáles son las exigencias que se derivan de la norma preferente (en este caso el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968) y depurar aquellos productos jurídicos (normas o decisiones) que entren en contradicción con el contenido de la norma cuya aplicación se trata de garantizar. No se trata, por tanto, más que de interpretar correctamente la norma, teniendo en cuenta, particularmente, su objetivo y finalidad. En definitiva, nada nuevo respecto a los procedimientos de interpretación clásicos<sup>39</sup>.

El problema que plantea la Sentencia *West Tankers* no es, por tanto, el recurso al efecto útil del Reglamento, sino la forma en que éste es utilizado como mero recurso estilístico sin proceder, realmente, a un análisis riguroso del contenido y alcance que cabe derivar del Reglamento 44/2001, teniendo en cuenta el objeto y fin original de la exclusión del arbitraje que se incluye en su art. 1; y sin considerar las consecuencias que se derivarían de la generalización de los argumentos empleados.

21. De acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, la orden conminatoria solicitada en Londres es contraria al efecto útil del Reglamento porque “impide que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro ejerza las competencias que tiene atribuidas en virtud del Reglamento nº 44/2001”<sup>40</sup>. Se parte de la base de que la competencia “exclusiva” para pronunciarse sobre la validez del compromiso arbitral corresponde al Tribunal de Siracusa y que la *anti-suit injunction* que puedan dictar los tribunales británicos tendría la virtualidad de impedir que el tribunal italiano se pronuncie sobre aquello para lo que es competente (la validez del compromiso arbitral y su propia competencia).

Como hemos visto, es dudoso que el Tribunal de Siracusa sea competente, de acuerdo con el Reglamento, para pronunciarse sobre la validez del compromiso arbitral; y menos claro es aún que esa hipotética competencia sea “exclusiva”, como afirma el Tribunal de Luxemburgo; pero, incluso admitiendo todo esto, seguiría sin darse el presupuesto que justifica la construcción del TJCE; y es que la orden dictada por el Tribunal inglés no tendría como efecto impedir que los tribunales italianos se pronunciaran sobre su propia competencia. Estrictamente hablando, además, no es en absoluto incompatible, tal como hemos visto, que un tribunal resulte competente y, a la vez, no pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado por existir un acuerdo arbitral eficaz respecto al litigio planteado. Ciertamente, en este punto es relevante la injustificada ampliación que, vimos, hace el Tribunal de Luxemburgo del ámbito del Reglamento 44/2001, extendiendo su aplicación a la determinación de la competencia para determinar la validez de un acuerdo arbitral; ya que, tomando esto en consideración y teniendo en cuenta que en el procedimiento británico se solicita que se declare que el litigio entre *Allianz* y *West Tankers* debe someterse a arbitraje; resultaría que existiría una incidencia formal entre el procedimiento abierto en el Reino Unido y

---

<sup>37</sup> . STJCE (Sala 4ª) de 15 de noviembre de 1983, As. C- 288/82, *Ferdinand M.J.J. Duijnste c. Lodewijk Goderbauer*.

<sup>38</sup> . Vid. números 14 y 15 de la Sentencia.

<sup>39</sup> . Vid., por ejemplo, K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho* (trad. por E. Gimbernat Ordeig de *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín/Gotinga/Heidelberg, Springer, 1960), Barcelona, Ariel, 1966, pp. 254-271.

<sup>40</sup> . Vid. núm. 24 de la Sentencia *West Tankers*.

el procedimiento abierto en Italia. Ahora bien, en la decisión no se profundiza en este aspecto, quizás porque de hacerlo habría que reconocer que no carece de lógica que los tribunales británicos del lugar en el que se ha de desarrollar el arbitraje asuman competencia para pronunciarse sobre la eficacia del acuerdo arbitral, cuestionando de esta forma la “exclusiva” competencia de los tribunales italianos para pronunciarse sobre este extremo.

22. El TJCE no opta, por tanto, por profundizar en las relaciones formales entre el procedimiento abierto en el Reino Unido y el procedimiento abierto en Italia; sino que insiste en la proyección sobre el caso que le ocupa de la doctrina sentada en la Sentencia *Turner*<sup>41</sup>, manteniendo que la emisión de una *anti-suit injunction* en relación a un procedimiento abierto en un Estado miembro impide que éste pueda pronunciarse sobre su propia competencia. La clave ya no está en la incidencia formal que la *anti-suit injunction* despliegue respecto al proceso que se ve afectado por ella; sino que la propia existencia de la orden se interpreta como una injerencia en la competencia del órgano jurisdiccional al que se refiere la medida antiproceso<sup>42</sup>.

Tal como veremos, el hecho de que en la Sentencia *West Tankers* la construcción del Tribunal de Luxemburgo se proyecte sobre la materia arbitral tiene una especial relevancia; pero antes de entrar en este punto es preciso señalar que, incluso en los supuestos en los que nos encontramos con un procedimiento excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento, la utilización del argumento del “efecto útil” del Reglamento en relación a las medidas antiproceso plantea algunos problemas.

Estos problemas traen causa de la falta de justificación positiva de la contradicción entre el Reglamento 44/2001 y la adopción de la *anti-suit injunction*. Como habíamos visto, la doctrina del efecto útil impide que la regulación contenida en el Reglamento, en concreto la relativa a la determinación de la competencia judicial internacional se vea privada de eficacia como consecuencia de la aplicación de normativa aparentemente no competencial. Dado que no existe una diferencia tajante entre la regulación de los fueros competenciales y cierta normativa procesal no resulta en absoluto desacertado proyectar sobre dicha normativa, aparentemente no competencial, la doctrina del efecto útil de la regulación competencial con el fin de testar la adecuación de aquella con ésta<sup>43</sup>. Ahora bien, esta proyección no debe hacerse a partir de un análisis intuitivo de la incidencia fáctica de una normativa en otra, sino que debe partir del contenido normativo de los preceptos cuyo efecto útil pretende determinarse. En relación a las *anti-suit injunctions* se hace necesario concretar en qué forma su pronunciamiento incide en la regulación competencial. Solamente mediante un análisis riguroso de estos extremos podrá determinarse si la emisión de una orden conminatoria que prohíbe iniciar o continuar un procedimiento judicial es contraria o no al efecto útil del Reglamento. Solamente en el caso de que la orden suponga un pronunciamiento sobre la competencia del órgano judicial al que se refiere la *antisuit* podríamos plantearnos la contradicción de ésta con el Reglamento; pero no en aquellos

---

<sup>41</sup> . *Vid. supra* n. núm. 8.

<sup>42</sup> . *Vid.* el núm. 27 de la Sentencia *Turner*: “Pues bien, la prohibición impuesta por un órgano jurisdiccional a una parte, bajo pena de sanción, de iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional extranjero va en detrimento de la competencia de éste para resolver el litigio. En efecto, dado que se prohíbe al demandante mediante una orden conminatoria que inicie tal procedimiento, es preciso constatar que existe una injerencia en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero, que, como tal, es incompatible con el régimen del Convenio.”

<sup>43</sup> . *Vid.* R. Arenas García, *El control de oficio...*, *op. cit.*, esp. pp. 34-39 para un ejemplo concreto de lo que se señala en el texto en materia de verificación de la competencia judicial.

casos en los que la medida antiproceso se dicta por razones no competenciales<sup>44</sup>.

23. En el caso *West Tankers* nos encontramos, precisamente, con un supuesto en el que la orden solicitada no se basa en la falta de competencia del órgano jurisdiccional al que se refiere ésta; sino en la existencia de un compromiso arbitral que, como hemos visto, no supone la falta de competencia de los órganos judiciales. El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción; pero la conclusión de una cláusula compromisoria no implica, necesariamente, la incompetencia de los órganos jurisdiccionales que podrían conocer sobre el fondo del asunto de no existir el acuerdo arbitral. Será, por tanto, difícil justificar que una *anti-suit injunction* como la solicitada en el caso que nos ocupa ante los tribunales británicos perjudique el efecto útil del Reglamento 44/2001, para ello sería preciso identificar en el Reglamento comunitario una regulación específica del arbitraje, regulación que no existe pues, como debería ser de sobra sabido el arbitraje se encuentra excluido del ámbito de aplicación del Reglamento.

Ante la ausencia de esta regulación, mantener que es incompatible con el Reglamento 44/2001 la orden conminatoria de no proseguir con un procedimiento judicial por la existencia de un compromiso arbitral, supone legitimar el control de compatibilidad con el Reglamento de todos los procedimientos que, de una u otra forma, puedan conducir a limitar las posibilidades de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya presentado o se pueda presentar una demanda en relación a un litigio determinado pueda dictar una decisión sobre el fondo del asunto. Con la Sentencia *West Tankers* el Tribunal de Luxemburgo supera los límites estrictos de la competencia judicial y, una vez superados estos no se alcanza dónde fijar la frontera entre las materias a las que afecta el Reglamento y aquéllas que se encuentran libres de su influencia. Procedimientos orientados a determinar la legitimación para actuar o la capacidad procesal de los litigantes podrían ser considerados incompatibles con el Reglamento comunitario, en tanto en cuanto quien carece de legitimidad o capacidad procesal no podrá obtener una decisión sobre el fondo del asunto, lo que, en la concepción que parece abrirse paso en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, podría suponer una limitación a la posibilidad de ejercer las competencias derivadas del Reglamento 44/2001<sup>45</sup>. Incluso cabría plantearse si los honorarios excesivamente altos de los abogados no limitan el efecto útil del Reglamento, puesto que, al ser imprescindible el concurso de los letrados en muchos sistemas para la presentación de la demanda, podría resultar que una alta cuantía de las minutas dificultara el ejercicio de las acciones judiciales ante los tribunales que resultan competentes de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 44/2001<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> . Tal como sucedía, por ejemplo, en el caso resuelto por la Sentencia *Turner*, donde la orden antiproceso no se fundamentaba en la falta de competencia de los tribunales españoles, sino en la mala fe del demandante. Destaca el carácter no estrictamente competencial del fundamento de la *anti-suit injunction* M. Requejo Isidro (“Medidas antiproceso...”, *loc. cit.*, pp. 1998-1999; *REDI*, 2004, *loc. cit.*, p. 857).

<sup>45</sup> . Esta consecuencia de la jurisprudencia comunitaria en relación a las *anti-suit injunctions* ya había sido señalada por M. Requejo Isidro (Nota a la Sentencia *Turner*, *REDI*, 2004, *loc.cit.*): “Nos parece entender que a juicio del TJ el Convenio y la orden de *anti-suit* chocan porque una vez establecida la competencia judicial internacional de un determinado Tribunal, la *anti-suit injunction* frustra la consecuencia “normal” derivada de ser competente, que es celebrar el proceso. El motivo no se puede compartir, salvo que deba entenderse desde ahora que la falta de cualquier presupuesto del proceso ha de ser irrelevante, por cuanto otra actitud anularía el efecto útil del Convenio.”, *cf. ibidem*, pp. 857-858.

<sup>46</sup> . *Vid.*, por ejemplo, en relación a los honorarios de los abogados británicos la Sent. de la *Cour de Cassation* francesa (Sala 1ª Civil) de 16 de marzo de 1999 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, t-89, núm. 2, pp.



24. La Sentencia *West Tankers* abre, por tanto, un campo extraordinariamente rico a la construcción jurídica; pero quizás sea más prudente no entusiasmarse en exceso. La posibilidad de identificar consecuencias jurídicas relevantes del Reglamento 44/2001 en cuestiones tales como la legitimación, la capacidad procesal o la cuantía de los honorarios presuponen la generalización de los argumentos utilizados en la Sentencia de 10 de febrero de 2009 y, como sabemos, este instrumento básico del razonamiento jurídico, la generalización de los argumentos, no es excesivamente caro al Tribunal de Luxemburgo, por lo que es probable que no se lleguen a materializar todas las consecuencias que resultarían de una rigurosa aplicación de la doctrina contenida en esta Sentencia.

Sí que se puede aventurar, sin embargo, que la Sentencia resultará relevante en materia arbitral. Tal como se viene desarrollando en este trabajo, la decisión en el caso *West Tankers* confirma una línea de progresiva reducción del ámbito de la exclusión del arbitraje del art. 1 del Reglamento, y que ya había comenzado con la Sentencia *Van Uden*<sup>47</sup>. Tras *West Tankers* resulta que, de acuerdo con el Tribunal de Luxemburgo, la competencia derivada del Reglamento para conocer de un determinado asunto, se extiende también a la determinación de la aplicabilidad al caso de un compromiso arbitral. Además, se extiende a la materia arbitral el test de compatibilidad con el Reglamento, de tal forma que si un procedimiento vinculado a un arbitraje tiene como efecto limitar la posibilidad de que un tribunal de un Estado miembro ejercite las competencias derivadas del Reglamento dicho procedimiento puede ser considerado incompatible con el Reglamento. Esta última consecuencia de la decisión merece ser tratada de forma autónoma, puesto que es previsible que despliegue ciertos efectos en el futuro cercano. Nos ocuparemos de ella en el siguiente epígrafe.

### 3. Arbitraje y Reglamento 44/2001 tras la Sentencia *West Tankers*

25. De entre los distintos elementos llamativos que adornan la decisión del Tribunal de Justicia en el caso *West Tankers* el que, a mi juicio, resulta más significativo es la consagración de que cualquier procedimiento, incluso los que se encuentren expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, puede ser declarado incompatible con el Reglamento si perjudica el “efecto útil” de éste; entendido este efecto útil, tal como hemos visto, de una forma muy amplia, que no se limita al examen de las consecuencias normativas de la regulación, sino que se extiende a las limitaciones que puedan surgir para que los tribunales de los Estados miembros ejerciten las competencias que puedan derivarse del Reglamento. Tal como se ha adelantado en el epígrafe anterior, esta doctrina está llamada a desplegar importantes efectos en materia arbitral porque es claro que los procedimientos arbitrales y los procedimientos vinculados al arbitraje pueden afectar al ejercicio de las competencias derivadas del Reglamento comunitario. Hasta ahora se venía asumiendo que la exclusión del arbitraje en el art. 1 del Reglamento 44/2001 (y antes en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968) evitaba el conflicto entre la regulación arbitral y la del sistema “Bruselas I”; pero tras la Sentencia *West Tankers* ya no puede seguir manteniéndose esta postura, con lo que resulta previsible que el conflicto se planteará cada vez de una forma más aguda.

---

223-224). *Vid.* sobre esta decisión G.A.L. Droz, “Variations *Pordea* (À propos de l’arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>er</sup> Chambre civile, du 16 mars 1999), *ibid.*, pp. 181-197.

<sup>47</sup> . Tal como, acertadamente, señala C. Kessedjian (“Kessedjian on *West Tankers*, <http://conflictoflaws.net/2009/kessedjian-on-west-tankers/>).

26. Así, en primer lugar puede plantearse la compatibilidad con el Reglamento de los procedimientos de auxilio a un arbitraje. Se trata de procedimientos claramente excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento; pero ya hemos visto que esta exclusión no impide –en la lógica del Tribunal de Luxemburgo– examinar su compatibilidad con el Reglamento. Y si se procede a este examen nos encontraremos con que se trata de procedimientos que contribuyen a limitar el ejercicio de las competencias que puedan corresponder a los órganos jurisdiccionales estatales de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 44/2001<sup>48</sup>. No resultaría, por tanto, imposible que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se vieran privados de la posibilidad de nombrar árbitros o adoptar medidas provisionales en auxilio de un procedimiento arbitral, al menos en aquellos casos en los que el procedimiento arbitral se desarrolla en forma paralela a un procedimiento judicial relativo al mismo asunto en un Estado miembro.

El siguiente paso en la ocupación del terreno arbitral por parte del Reglamento 44/2001 exigiría la revisión de la tradicional asunción de que las competencias derivadas del Reglamento comunitario no son obligatorias en aquellos supuestos en los que existe un acuerdo arbitral eficaz. Como habíamos visto, ésta era una de las manifestaciones de la exclusión del arbitraje en el art. 1 del Convenio de Bruselas, primero, y del Reglamento 44/2001 después. Ahora bien, no puede desconocerse que el reconocimiento de esta eficacia al compromiso arbitral supone una limitación en el ejercicio de las competencias derivadas del Reglamento comunitario, por lo que la proyección de la doctrina *West Tankers* sobre este supuesto conllevaría la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, competentes de acuerdo con el Reglamento comunitario, pudieran abstenerse sobre la base de la existencia de un acuerdo arbitral. Tan sólo la necesaria consideración del Convenio de Nueva York de 1958, que obliga a dicha abstención, podría impedir este resultado. En este punto quizás el Tribunal de Luxemburgo estimara que una actuación legislativa fuera necesaria para garantizar la supremacía del Reglamento comunitario; pero tampoco podemos estar seguros de ello.

Finalmente, ¿por qué detenernos en la consideración de la actuación de los órganos jurisdiccionales estatales? ¿No es cierto que los propios árbitros y tribunales arbitrales limitan, por sí solos, el ejercicio de las competencias derivadas del Reglamento comunitario? ¿Puede ser posible que habiéndose presentado una demanda ante un órgano jurisdiccional competente de acuerdo con lo que prevé el Reglamento 44/2001 se inicie o continúe la tramitación de un procedimiento arbitral que, inevitablemente, condicionará por su mera existencia la actuación de las partes ante los tribunales competentes de acuerdo con la normativa comunitaria? No creo descabellado que la doctrina sentada en la Sentencia *West Tankers* pueda ser utilizada para mantener que no es compatible con el efecto útil del Reglamento 44/2001 mantener una jurisdicción privada paralela a la que resulta del propio instrumento comunitario.

27. Quizá pueda parecer un tanto exagerado el panorama que se apunta en el párrafo anterior, pero no debemos olvidar que la inclusión en el Reglamento 44/2001 del arbitraje se ha planteado en las Conclusiones de la Abogada General Kokott como una vía para solucionar los desajustes que se derivan de la convivencia de jurisdicciones

---

<sup>48</sup>. Ya había apuntado esta posibilidad en *Conflict of Laws.Net* (vid. “Rafael Arenas on West Tankers”, <http://conflictoflaws.net/2009/rafael-arenas-on-west-tankers/>)

estatales y arbitrales<sup>49</sup>. Estamos lejos, por tanto, de los planteamientos iniciales en los que se basó la exclusión del arbitraje en el Convenio de Bruselas. Entonces se pensaba que resultaría pernicioso que el nuevo instrumento incidiese en el régimen convencional y autónomo del arbitraje, optándose por dar preferencia a éste frente a aquél. En la última década las Sentencias *Van Uden* y *West Tankers* nos muestran que las tornas están cambiando y que el arbitraje ya se encuentra en el punto de mira comunitario. Lo lógico quizás hubiera sido que se comenzara por una acción normativa (legislativa) y que en tanto no se produjera ésta el Tribunal de Luxemburgo continuara aplicando el sistema vigente de acuerdo a criterios jurídicos ortodoxos; pero, claro, hacerlo de esta forma quizás hubiera desincentivado la actuación legislativa en un marco complejo como es el Comunitario y, al fin y al cabo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya hace tiempo que ha asumido un rol que se encuentra a medio camino entre el legislador y el auténtico juzgador. No debe, por tanto, extrañarnos que esta auténtica revolución normativa se inicie en Luxemburgo y no en Bruselas.

#### IV. Conclusión

28. Al comienzo de este comentario indicaba que la STJCE de 10 de febrero de 2009 no era, necesariamente una mala sentencia, ya que para poder afirmar esto era preciso averiguar qué objetivo perseguía. Si el objetivo de esta decisión era profundizar en la prohibición de las *anti-suit injunctions* en aras a la armonización procesal en Europa, igualar las condiciones de Londres como centro de arbitraje con otras plazas europeas y provocar la necesidad de una regulación comunitaria del arbitraje no tendríamos más remedio que concluir en que se trata de una Sentencia excelente. Ahora bien, si el objetivo de la decisión era responder a la cuestión prejudicial planteada mediante una interpretación rigurosa del Reglamento 44/2001, entonces no tendríamos otra alternativa que calificar esta sentencia como mala, incardinándose así en una ya larga serie de decisiones del Tribunal de Luxemburgo cuestionables en materia de DIPr.

29. Desde luego, la valoración de la calidad de la jurisprudencia del TJCE en cualquier materia es siempre una cuestión opinable; en un reciente artículo en el *Journal du droit international* se mantiene que el Reglamento Roma I es un barco estable con adecuados instrumentos de navegación y se añade que “con la guía de la luz del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podrá evitar los arrecifes y llegar a puerto seguro”<sup>50</sup>. Siento no compartir una visión tan positiva del TJCE o, mejor dicho, de su jurisprudencia en materia de DIPr. En este trabajo he pretendido mostrar cómo en la Sentencia *West Tankers* y antes en la Sentencia *Van Uden* se ha apartado de los criterios ortodoxos de interpretación jurídica, no ha conseguido ni siquiera mantener la coherencia con sus decisiones anteriores, ha incurrido en lo que, hasta ahora, se consideraban errores de bulto (calificar como exclusiva la competencia derivada del art. 5 del Reglamento 44/2001) y ha defendido planteamientos que resultan difícilmente generalizables sin caer en el absurdo; todo ello al servicio de un activismo judicial que

---

<sup>49</sup> . Vid. núm. 73 de las Conclusiones. Como es sabido, la propuesta de la inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001 no es nueva, *vid.*, señaladamente, B. Hess, Th. Pfeiffer y P. Schlosser, *The Brussels I- Regulation (EC) No 44/2001. The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*, Múnich, C.H. Beck, 2008, pp. 35-40.

<sup>50</sup> . H. Kenfack, “Le règlement Rome I: navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journ. dr. int.*, 2009, núm. 1. Extraigo la información de *Conflict of Laws* (<http://conflictoflaws.net/2009/first-issue-of-2009s-journal-du-droit-international/>).

hace dudar de la firmeza de la separación de funciones entre el legislativo y el judicial en el ámbito comunitario

Creo que la Sentencia *West Tankers* nos muestra que el Tribunal de Justicia, más que un faro seguro para la navegación se asemeja más a aquellas luces que, en tiempos, los habitantes de ciertas costas peligrosas encendían para confundir a los buques y dirigirlos a los arrecifes o acantilados con el fin de poder apropiarse de los restos del naufragio. Al igual que aquellas luces traicioneras, y en forma opuesta a como sucede con los faros, el movimiento constante e inconsistente es una característica que casi se ha convertido en consustancial al Tribunal de Luxemburgo.