

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. MARCO DARMON

presentadas el 19 de febrero de 1991 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

pasar por alto su tenor literal, su espíritu y la coherencia de sus disposiciones.

1. La interpretación del Convenio de Bruselas (en lo sucesivo, «Convenio») suscita numerosas dificultades, pues a la complejidad propia de esta materia viene a sumarse la utilización de conceptos que han sido definidos con precisión en los Derechos nacionales pero con frecuencia de un modo divergente entre ellos, lo que conduce a menudo a que este Tribunal de Justicia extraiga un significado autónomo. Para cumplir esta misión, los objetivos del Convenio —es decir, garantizar la «libre circulación de las resoluciones judiciales»— constituyen sólidos puntos de referencia que permiten desechar aquellas soluciones que darían lugar a la multiplicación de los procesos ante diferentes Tribunales y al correlativo riesgo de que recaigan resoluciones inconciliables.¹

2. Estas preocupaciones constantes y justificadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tienen, sin embargo, un límite evidente: el que marca el ámbito de aplicación del propio Convenio. La presente cuestión prejudicial, relativa al alcance del punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio, que excluye al arbitraje de su ámbito de aplicación, constituye una magnífica ocasión para recordar a este respecto que, por muy constructiva y determinada que sea, la interpretación que del Tratado haga este Tribunal de Justicia no puede conducir a

3. Me inspiran estas observaciones preliminares ciertos análisis que se han efectuado en el caso de autos y que invocan de un modo algo ritual los objetivos del Convenio, dejando de lado cualquier otra consideración, aunque venga dictada por la lógica del texto del Convenio y por las características específicas del problema de que se trata: el arbitraje internacional. A este respecto, no puede abordarse la presente dificultad sin haber evocado antes la importancia fundamental que reviste en la actualidad el arbitraje en el seno de la «comunidad internacional de los comerciantes», para utilizar aquí una expresión que ha consagrado la doctrina.² Propiciado por la expansión del comercio mundial, el arbitraje internacional se ha convertido a escala universal en el «modo más frecuente de resolver los litigios del comercio internacional».³ Esta tendencia general⁴ viene ilustrada por la siguiente disposición del Acta Final de Helsinki (CSCE), de fecha 1 de agosto de 1975:

«Los Estados participantes, considerando que la solución rápida y equitativa de las controversias que puedan surgir de transacciones comerciales relativas a bienes y servicios, y de contratos de cooperación indus-

* Lengua original: francés.

1 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de diciembre de 1987, Gubisch/Palumbo (144/86, Rec. p. 4861), en la que este Tribunal de Justicia configuró un concepto autónomo y extensivo de litispendencia; en lo que atañe a esta sentencia, véanse sobre todo Gaudemet-Tallon, H.: *RCDIP*, 1988, p. 371; Huet, A.: *Clunet*, 1988, p. 537, y Linke: *R/W*, 1988, pp. 818 y 822.

2 — Fouchard, P.: *L'arbitrage commercial international*, Dalloz Paris, 1965, p. 25.

3 — Mayer, P.: «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1989, V, tomo 217, p. 321, Martinus Nijhof, 1990.

4 — Sobre el carácter mundial del recurso al arbitraje internacional, véase sobre todo Gaudet, M.: *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Story-Scientia, 1989, pp. 339 y ss.

trial contribuiría a la expansión y promoción del comercio y de la cooperación; considerando que el arbitraje es un medio apropiado para solucionar tales controversias; recomiendan a las organizaciones, empresas y firmas de sus países que, cuando así proceda, incluyan en los contratos comerciales y en los contratos de cooperación industrial, o en los acuerdos especiales, cláusulas de arbitraje; recomiendan que las disposiciones relativas al arbitraje prescriban un arbitraje conforme a un conjunto de reglas mutuamente aceptables y permitan el arbitraje en un tercer país, teniendo en cuenta los acuerdos intergubernamentales y de otro carácter ya existentes en esta materia.»

also appoint a person of their choice having expert knowledge in the field.»

Y el autor continua:

«These and other advantages are only potential until the necessary legal framework can be internationally secured. This legal framework should at least provide that the commitment to arbitrate is enforceable and that the arbitral decision can be executed in many countries, precluding the possibility that a national court review the merits of the decision.»

4. El autor de una obra fundamental consagrada al Convenio de Nueva York de 1958⁵ —principal instrumento multilateral en materia de arbitraje— describe perfectamente las profundas necesidades a las que obedece recurrir al arbitraje internacional y que marcan su muy destacado carácter específico con respecto al arbitraje interno:

«The foreign court can be an alien environment for a businessman because of his unfamiliarity with the procedure which may be followed, the laws to be applied, and even the mentality of the foreign judges. In contrast, with international commercial arbitration parties coming from different legal systems can provide for a procedure which is mutually acceptable. They can anticipate which law shall be applied: a particular law or even a *lex mercatoria* of a trade. They can

5. Ahora bien, el fallo que este Tribunal de Justicia ha de dictar en el caso de autos tendrá necesariamente incidencia en la estabilidad jurídica de que disfrute el arbitraje internacional en el territorio de la Comunidad. En efecto, algunas de las tesis sugeridas podrían dar lugar, caso de que este Tribunal de Justicia las hiciese suyas, a cuestionar principios ya consolidados, perturbando por tiempo indefinido las expectativas en la materia. Por lo demás, como perfectamente sabe este Tribunal de Justicia, en el territorio de la Comunidad Europea existen centros fundamentales del arbitraje internacional cuyo desarrollo se ha visto favorecido, en el transcurso del período reciente, por una intensa actividad doctrinal, legislativa y jurisprudencial. Esto quiere decir que debe prestarse una minuciosa atención al examen de las dificultades que suscita la cuestión prejudicial remitida por la Court of Appeal.

6. El Tratado de Roma, y siendo así que, por lo demás, el Derecho comunitario dista

5 — Van den Berg, A. J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, T. M. C. Asser Institute, La Haya, 1981, p. 1.

mucho de no tener relación alguna con el arbitraje,⁶ había previsto en su 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 las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.»

7. A pesar de la redacción de esta disposición, el Convenio de Bruselas previó lo siguiente en su artículo 1 (cuyo texto lo mantuvieron invariable en este punto los Tratados de adhesión):

«El presente Convenio se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional [...]

Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio:

1) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;

2) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;

3) la Seguridad Social;

4) el arbitraje.»⁷

8. Sin abordar en este momento la cuestión de qué alcance tiene esta disposición, recordaré aquí los motivos tal como se expusieron en el informe del Comité de expertos que elaboró el proyecto de Convenio:

«Ya hay numerosos acuerdos internacionales que regulan la materia del arbitraje que se menciona igualmente en el artículo 220 del Tratado de Roma. Además, el Consejo de Europa ha elaborado un convenio europeo que establece una ley uniforme en materia de arbitraje al que probablemente se añadirá un protocolo destinado a facilitar en mayor grado de lo que se hace en el Convenio de Nueva York, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.»⁸

7 — El subrayado es mío.

8 — Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1979, C 59, pp. 1 y ss., especialmente p. 13. Véase también el informe de los profesores D. Evrigenis y K. D. Kerameus relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio (DO 1986, C 298, pp. 1 y ss., especialmente p. 10):

«La exclusión del arbitraje, institución propia del marco de las relaciones de Derecho civil, y más específicamente, de Derecho mercantil, establecida en el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1, se justifica por la existencia de numerosos Convenios internacionales multilaterales que regulan dichas relaciones.»

6 — Para un análisis global de las relaciones entre Derecho comunitario y arbitraje, véanse sobre todo Kovar, R.: «Droit communautaire de la concurrence et arbitrage», *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, 1982, p. 109; Goffin, L.: «Arbitrage et droit communautaire», *L'arbitrage, travaux offerts au professeur Albert Feitweis*, Story-Scientia, 1989, p. 159, y De Mello, X.: «Arbitrage et droit communautaire», *Revue de l'arbitrage*, 1982, p. 349; recuérdese que en la sentencia de 23 de marzo de 1982, Nordsee (102/81, Rec. p. 1095), este Tribunal de Justicia excluyó que un árbitro pueda plantearle cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 177.

9. Es necesario hacer aquí una breve reseña histórica de la elaboración de los Convenios internacionales en materia de arbitraje internacional.⁹ Hasta después de la primera guerra mundial, el Derecho en la materia se encontraba regulado casi exclusivamente¹⁰ por los Derechos nacionales, los cuales, al igual que los Tribunales, consideraban con frecuencia de un modo desfavorable el fenómeno del arbitraje. El desarrollo del arbitraje internacional consecutivo al final de la primera conflagración mundial condujo a una importante actividad normativa internacional bajo la égida de la Sociedad de Naciones.¹¹ La mejora de la situación jurídica del arbitraje internacional fue consecuencia de la adopción del Protocolo de Ginebra de 1923,¹² que afirmó la validez de las cláusulas compromisorias, hasta ese momento prohibidas por numerosos Derechos nacionales, y que impuso a los Tribunales estatales la obligación de remitirse al arbitraje en aquellos litigios en relación con los cuales se hubiesen celebrado convenios arbitrales, así como de la adopción posterior, en 1927,¹³ del Convenio de Ginebra sobre ejecución de sentencias extranjeras.

10. No obstante, algunos aspectos restrictivos de esos Convenios limitaban aún la incidencia de su contribución a un funcionamiento plenamente satisfactorio del arbitraje internacional.¹⁴ Por ejemplo, la interpretación que se hizo del artículo 1 del Convenio de Ginebra de 1927, que exigía que la sentencia por reconocer o ejecutar se hubiese convertido en firme en el país en el que fue dictada, condujo frecuentemente a imponer un «doble *exequatur*» el primero

por parte de los Tribunales del lugar del arbitraje y el segundo por parte de los Tribunales del Estado requerido. Una vez finalizada la segunda guerra mundial, se continuó con la búsqueda de soluciones internacionales. De este modo, en el marco de los trabajos del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas se elaboró el Proyecto del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Este texto, que contiene numerosas y significativas modificaciones con relación a los Convenios de Ginebra,¹⁵ regula dos facetas esenciales del arbitraje comercial internacional: la eficacia de los convenios de arbitraje¹⁶ y la ejecución de los laudos arbitrales. Es importante subrayar que fue suprimida la exigencia del «doble *exequatur*». Más de ochenta Estados, entre ellos once de la CEE,¹⁷ se han adherido a este Convenio, motor del arbitraje internacional contemporáneo.

«The modern tendency is for a coming together of the different systems of law which govern the procedural aspects of international commercial arbitration and the recognition and enforcement of international awards. This is partly because of the unifying effect of conventions on arbitration, most importantly the New York Convention.»¹⁸

«The New York Convention [...] is easily the most important international treaty relating to international commercial arbitration. The general level of success of the conven-

9 — Véase, en particular, A. J. van den Berg, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

10 — No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo XIX se habían celebrado algunos convenios bilaterales, concretamente entre países europeos.

11 — Y a la iniciativa de la Cámara de comercio internacional, cuyo papel fue particularmente activo en el proceso contemporáneo de elaboración de los Convenios internacionales en materia de arbitraje.

12 — Sociedad de Naciones, *Recopilación de los Tratados* 158 (1924).

13 — Sociedad de Naciones, *Recopilación de los Tratados* 302 (1929-1930).

14 — Véase, a este respecto, A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 7.

15 — Para una descripción sintética a este respecto, véase A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 9.

16 — Que viene garantizada por el apartado 3 del artículo II del Convenio: «El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

17 — Portugal, Estado signatario de los Convenios de Ginebra, no se ha adherido hasta la fecha al Convenio de Nueva York.

18 — Redfern, A., y Hunter, M.: *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres, 1986, p. 43.

tion may be seen as one of the factors responsible for the rapid development over recent decades of arbitration as a mean of resolving international trade disputes.»¹⁹

11. Si el Convenio de Nueva York constituye, pues, un instrumento fundamental del arbitraje internacional, debe hacerse asimismo mención a las virtualidades de la reciente Ley modelo Cnudci (Uncitral) de 1985, relativa al arbitraje comercial internacional,²⁰ cuyas disposiciones proporcionan a las legislaciones nacionales²¹ un marco de referencia que abarca el convenio de arbitraje, la composición del Tribunal arbitral, el procedimiento arbitral, el pronunciamiento del laudo, los recursos contra el laudo, así como su reconocimiento y ejecución. Haciéndose eco de la evolución de los Derechos nacionales, la Ley modelo incorpora el principio de la «competencia-competencia»²² del árbitro, en virtud del cual el árbitro puede apreciar por sí mismo su propia competencia, sin perjuicio del posterior control judicial.

«In adopting the concept of "competence/competence", the Model Law has recognized the general trend of modern national legal systems, and of international conventions, which allow an arbitral tribunal to determine its own jurisdiction. However, the Model Law does not give an arbitral tribunal the final word; there is position for concurrent control by the court specified by article 6.»²³

12. Junto a estos instrumentos,²⁴ existen numerosos Convenios regionales en materia de arbitraje comercial internacional. Si nos circunscribimos a Europa, deben mencionarse dos Tratados: el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961,²⁵ y el Convenio europeo sobre la Ley uniforme en materia de arbitraje, de 20 de enero de 1966 (Convenio de Estrasburgo)²⁶. El primero de estos textos, complemento del Convenio de Nueva York, limita las causas para negarse al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales. Más concretamente, la anulación del laudo por los Tribunales del Estado en el que se ha dictado únicamente puede justificar la negativa del *exequatur* cuando la anulación lo haya sido por ciertos motivos específicos.²⁷ Por otra parte, el Convenio europeo de 1961 sienta el principio de la «competencia-competencia» de los árbitros y regula el supuesto de litispendencia entre el procedimiento arbitral y un posterior conocimiento por los Tribunales estatales. Este Convenio vincula a veinte Estados contratantes, siete de los cuales forman parte de la Comunidad.²⁸ En cambio, el Convenio de Estrasburgo no obtuvo el éxito que inicialmente se le auguraba, ya que hasta la fecha tan sólo un Estado, Bélgica, lo ha ratificado.

13. Paralelamente, los Derechos nacionales han reconocido cada vez más la necesidad del arbitraje comercial internacional, al consagrar la importancia de la autonomía de la

19 — *Ibidem*, p. 362.

20 — Sobre este texto, véanse Jarvin: «La loi type de la Cnudci», *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 509; Fouchard: «La loi type de la Cnudci sur l'arbitrage commercial international», *CJinet*, 1987, p. 861; Redfern y Hunter, *op. cit.*, pp. 402 y ss.

21 — Para un ejemplo de legislación adaptada a la Ley modelo, véase Alvarez, A.: «La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 529.

22 — Sobre esta cuestión, véanse principalmente Fouchard, *op. cit.*, pp. 135 y ss.; Mayer, *op. cit.*; Redfern y Hunter, *op. cit.*, pp. 213 a 215; Musill y Boyd: *Commercial arbitration*, Londres, Butterworths, 1982, pp. 516 y ss.

23 — Redfern y Hunter, *op. cit.*, p. 395.

24 — A este respecto, debe mencionarse asimismo el Convenio para la solución de las controversias relativas a inversiones que surjan entre Estados y nacionales de otros países, de 1965, denominado Convenio de Washington (Organización de las Naciones Unidas, *Recueil des traités*, 1966, vol. 575, p. 160, n° 8359); este Convenio se aplica a los litigios relativos a una inversión que surjan entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado miembro.

25 — En relación con este texto, véase sobre todo Hascher, D.: «Commentary on the European Convention on Commercial Arbitration», *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XV, 1990, p. 619.

26 — Serie de los Tratados europeos, 1966.

27 — Artículo IX del Convenio.

28 — Bélgica, Dinamarca, Alemania, España, Francia, Italia y Luxemburgo; los Estados no europeos pueden adherirse al Convenio.

voluntad en el ordenamiento jurídico internacional. Esta tendencia es particularmente nítida en Europa y se manifiesta tanto en el ámbito legislativo²⁹ como en la actitud de los Tribunales estatales; exentos de cualquier consideración desfavorable hacia el arbitraje internacional.

14. «It used occasionally to be suggested that the English courts were hostile to the process of arbitration. Whether this was ever true, in the distant past, it is a matter of opinion. What must be clear, to anyone reading the judgements delivered during the past 60 years, is that this is now a complete misconception.»³⁰

Formulada con respecto a los Tribunales británicos, tal opinión se podría mantener sin duda alguna en lo que atañe a la inmensa mayoría de los demás Tribunales nacionales.

29 — El último decenio ha podido contemplar una ola de reformas nacionales favorables al arbitraje internacional; y así, la Arbitration Act 1979 limitó considerablemente en el Reino Unido los recursos de anulación dirigidos contra los laudos arbitrales internacionales; la reforma francesa de 1981 estuvo marcada por un gran liberalismo en materia de arbitraje internacional, del mismo modo que la Ley belga de 1985 y la Ley portuguesa de 1986; véanse también la Ley italiana de 1983, las Leyes alemana y neerlandesa de 1986 de modernización del arbitraje, así como la Ley española de 1988; véase, ya fuera de la Comunidad, la Ley federal suiza sobre Derecho internacional privado de 1987.

30 — Mustill y Boyd, *op. cit.*, p. 7; esta cita evoca irresistiblemente los términos de la muy importante sentencia Mitsubishi/Soler (105 VS, 1985, p. 3346) del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que admitió el carácter arbitrario de las demandas basadas en la Sherman Act en el marco de un litigio relativo a una transacción comercial internacional: «[...] muy alejados están los tiempos en que la reticencia de los Tribunales con respecto a las ventajas del arbitraje obstaculizaba el desarrollo de éste como medio alternativo para resolver los litigios»; en lo que atañe a esta sentencia, véanse especialmente Robert, J.: «Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt Mitsubishi/Soler», *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 173, así como las referencias que figuran en Carbonneau, T. E.: *Le droit américain de l'arbitrage* (travaux offerts au professeur Albert Fettweis, antes citados), p. 210, nota 20.

15. Esbozada a grandes rasgos, que deberán ser completados mediante una descripción del papel esencial de las instituciones permanentes de arbitraje o de la emergencia de una nueva *lex mercatoria*,³¹ esta es la fisonomía general del arbitraje internacional, el cual, progresivamente desvinculado de todos los marcos estatales, mostraría, según ciertos autores, una tendencia a la «desnacionalización» o, incluso, a la «deslocalización».³²

16. Al ser la primera vez que un Tribunal británico ha de conocer en materia del Convenio de Bruselas, pero también la primera ocasión de que este Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación de dicho Convenio, la presente cuestión prejudicial reviste, por ambos conceptos, una importancia considerable.³³ El origen de la cuestión prejudicial se encuentra en una situación que resulta indispensable recordar para la cabal comprensión de lo que está en juego.

31 — Sobre la *lex mercatoria*, véanse principalmente Goldman, B.: «Frontières du droit et lex mercatoria» *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177; «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives», *Clunet*, 1979, p. 475; Mustill, M.: «The New Lex Mercatoria», *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, 1987, Bos and Brownlie editors; Paulsson, J.: «La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI», *Revue de l'arbitrage*, 1990, n° 1, p. 55; por lo que respecta a las opiniones críticas, véase sobre todo Lagarde, P.: «Approche critique de la lex mercatoria» *Le droit des relations économiques internationales*, Études offerts a Berthold Goldman, 1982, p. 125, así como los autores citados en Paulsson, *op. cit.*, p. 57, nota 11.

32 — Sobre la deslocalización del arbitraje internacional, véanse principalmente Fouchard, *op. cit.*, pp. 22 y ss.; Paulsson: «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin» (1981) 30 ICQL 358; «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters» (1983) 32 ICLQ 53; Sanders: «Trends in the Field of International Commercial Arbitration», *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 1975, vol. II, p. 207; para un análisis crítico de esta teoría, véase principalmente Redfern y Hunter, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; Park: «The lex fori arbitri and International Commercial Arbitration» (1983) 32 ICLQ; A. J. van den Berg, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

33 — Véanse a este respecto dos artículos posteriores a la presentación de esta cuestión prejudicial: Thomas, D. R.: «The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective», *Journal of International Arbitration*, 1990, p. 44; el autor es partidario de la solución que excluye del ámbito de aplicación del Convenio el litigio del que conoce el Juez *a quo*; propugna la tesis inversa Bonnell, M. J.: «Le Corte Inglese e i contratti commerciali internazionali: English law and jurisdiction über alles?», *Diritto del commercio internazionale, Pratica internazionale e diritto interno*, julio-diciembre de 1989, p. 329.

17. Mediante télex de fecha 23 de enero de 1987, la sociedad Marc Rich and Co. AG (en lo sucesivo, «Marc Rich») hizo una oferta de compra de petróleo crudo iraní a la Società Italiana Impianti PA (en lo sucesivo, «SII»). El 25 de ese mismo mes, esta última aceptó la referida oferta, pero sometiendo a algunas condiciones adicionales, condiciones que al parecer aceptó Marc Rich el 26 de enero, fecha en que la sociedad SII considera que quedó perfeccionado el contrato. El 28 de enero, Marc Rich envió un nuevo télex que precisaba los términos del contrato y mencionaba la cláusula siguiente:

«Ley aplicable y arbitraje

La interpretación, validez y cumplimiento del presente contrato se regirán por el Derecho inglés. En el supuesto de que surjan diferencias entre el comprador y el vendedor, el punto controvertido se someterá al arbitraje de tres personas en Londres. Cada una de las partes designará un árbitro, siendo elegido el tercero de ellos por los árbitros designados por las partes. El laudo que dicten los tres árbitros o dos de ellos será definitivo y vinculará a ambas partes.»

Este télex no obtuvo ninguna respuesta.

18. Algunos días más tarde, dio comienzo la operación de carga del petróleo en el buque «Atlantic Emperor», concluyéndose la operación el 6 de febrero. Ese mismo día, al parecer, Marc Rich alegó que la mercancía se encontraba gravemente deteriorada, lo que según ella suponía un perjuicio de 7 millones de USD.

19. El 18 de febrero de 1988, la sociedad italiana ejerció una acción judicial en Italia, que tenía por objeto que se la declarase exenta de cualquier responsabilidad para

con Marc Rich. El 29 de febrero de 1988 se dio traslado de esta demanda a Marc Rich, quien inició ese mismo día un procedimiento de arbitraje designando su propio árbitro, y quien, el 4 de octubre de 1988, alegó la incompetencia del Tribunal italiano, invocando la existencia de una cláusula compromisoria. Posteriormente Marc Rich se dirigió directamente al Tribunal de Casación italiano, con objeto de que declarase la incompetencia de los Tribunales italianos debido a la existencia del convenio arbitral. Como la sociedad SII no había designado su árbitro, el 20 de mayo de 1988 Marc Rich presentó ante la High Court un escrito solicitando la designación de un árbitro, con arreglo a la Arbitration Act 1950. Este Tribunal británico autorizó que el escrito de demanda se notificase a la sociedad SII en Italia. El 8 de julio de 1988, la sociedad italiana solicitó que se anulase dicha autorización, alegando que el verdadero litigio entre las partes estaba vinculado a la cuestión de determinar si el contrato de referencia contenía o no una cláusula arbitral. Según la sociedad italiana, tal litigio estaba incluido en el ámbito de aplicación del Convenio y, por ende, había de ser juzgado en Italia. Según Marc Rich, dicho litigio quedaba excluido del ámbito de aplicación del Convenio por efecto del artículo 1, que excluye el arbitraje.

20. El Juez Sr. M. Hirst declaró que el Convenio no resultaba aplicable al litigio, estimando, además, que el contrato se regía por el Derecho inglés y que procedía acordar que se practicara la notificación en el extranjero. Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación. A pesar de las reticencias que las dos partes en el litigio principal parecieron manifestar con respecto a la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial, puesto que instaron a la Court of Appeal a que decidiese ella misma sobre la interpretación del Convenio en el caso de autos, dicho órgano jurisdiccional remitió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las tres cuestiones siguientes:

«1) ¿Se aplica la excepción del punto 4 del artículo 1 del Convenio

a) a cualquier litigio o proceso y, en caso afirmativo,

b) a los litigios o procesos en los que se discute si existe o no una cláusula arbitral?

2) En el caso de que la presente controversia se incluya en el ámbito de aplicación del Convenio y no le resulte aplicable la excepción al Convenio, ¿podrá la compradora, no obstante, someterse a la competencia de los Tribunales ingleses con arreglo

a) al punto 1 del artículo 5 del Convenio, y/o

b) al artículo 17 del Convenio?

3) En caso de que la compradora pueda someterse a la competencia de los Tribunales ingleses en virtud del anterior apartado 2, se pregunta si

a) la Court of Appeal debe inhibirse o suspender el procedimiento con arreglo al artículo 21 del Convenio o, alternativamente,

b) si la Court of Appeal debe suspender el procedimiento con arreglo al artículo 22 del Convenio basándose en que fue el Tribunal italiano el primero en entrar a conocer sobre el asunto.»

21. Dos observaciones preliminares resultan de rigor.

22. La primera de ellas me viene inspirada por las opiniones de los Sres. Jenard y Schlosser que la sociedad SII ha aportado ante este Tribunal de Justicia. Es notorio que estas personalidades se encargaron de redactar, respectivamente, los informes de los Comités de expertos que prepararon el Convenio inicial y el Convenio relativo a la adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido. Por razones obvias, este Tribunal de Justicia ha debido varias veces tomar en consideración esos informes.³⁴ Recuérdese además que la Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982³⁵ remite expresamente a dichos informes a efectos de la interpretación del Convenio por los Tribunales británicos. En cambio, no cabe ninguna duda de que las opiniones que hoy se han aportado ante este Tribunal de Justicia tienen el «valor» de meras consultas, a las que debe atribuirse únicamente la importancia que le confieran sus méritos intrínsecos. Esta precisión resulta tanto más indispensable cuanto que el Sr. Schlosser mantiene, con respecto a la aplicación del Convenio a los litigios relativos al arbitraje ante los Tribunales estatales, una tesis que contradice en todos los puntos la posición del informe oficial que llevaba su firma.

34 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 26 de mayo de 1982, Ivenel y Schwab (133/81, Rec. p. 1891); de 15 de noviembre de 1983, Duijnstee (288/82, Rec. p. 3663), y de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565).

35 — Parte I, Sección 3 (3), redactada de la siguiente manera: «3. Interpretations of the Conventions:

1) Any question as to the meaning or effect of any provision of the Conventions shall, if not referred to the European Court in accordance with the 1971 Protocol, be determined in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court.

2) Judicial notice shall be taken of any decision of, or expression of opinion by, the European Court on any such question.

3) Without prejudice to the generality of subsection (1), the following reports (which are reproduced in the Official Journal of the Communities), namely:

a) the reports by Mr P Jenard on the 1968 Convention and the 1971 Protocol; and

b) the report by Professor Peter Schlosser on the Accession Convention,

may be considered in ascertaining the meaning or effect of any provision of the Conventions and shall be given such weight as is appropriate in the circumstances.»

23. La segunda observación se refiere al alcance de la respuesta que este Tribunal de Justicia ha de dar a la primera cuestión prejudicial, formulada en términos muy generales por la Court of Appeal. La redacción de la misma pudiera conducir a este Tribunal de Justicia a examinar una vasta serie de supuestos relativos al alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Estoy pensando, concretamente, en una delicada cuestión que surgió en el momento de la negociación que precedió a la adhesión del Reino Unido.³⁶ Al parecer, la delegación de este Estado había mantenido la tesis de que el Convenio no se aplicaba al reconocimiento y ejecución de una sentencia sobre el fondo dictada por un Tribunal estatal haciendo caso omiso de un convenio de arbitraje o privándole de toda validez. Aunque no parecía que los Estados miembros originarios admitiesen esta tesis, tal divergencia no dio lugar a la modificación del texto del Convenio. Según el informe Schlosser, «los nuevos Estados miembros podrán tener en cuenta esta interpretación incierta en su legislación de introducción».³⁷ Cualquiera que sea el análisis que uno se sienta inclinado a adoptar al respecto, se deberá estar de acuerdo en que esta dificultad es ajena al litigio pendiente ante el Tribunal británico que ha planteado la presente cuestión prejudicial. En consecuencia, contrariamente a lo que propone en este punto el Gobierno francés, sugiero a este Tribunal de Justicia que no aborde esta cuestión en su respuesta a la Court of Appeal. Comparto la opinión del Gobierno alemán de que la respuesta debe limitarse a aportar únicamente las precisiones útiles para resolver el litigio principal.

24. Desde este punto de vista, la demanda de Marc Rich tiene por objeto la *designación de un árbitro*, es decir, la constitución del

tribunal arbitral. En su defensa, la sociedad SII suscita la cuestión previa de la *existencia misma del convenio arbitral*. Esta es indiscutiblemente la fisonomía del litigio planteado ante el Juez *a quo* y la base a partir de la cual propongo que este Tribunal de Justicia lleve a cabo la interpretación del punto 4 del párrafo segundo del artículo 1.

25. Por lo demás, parece que se ha creado cierta confusión al respecto, en la medida en que la sociedad SII niega que el litigio pendiente ante el Juez *a quo* tenga por objeto la designación de un árbitro. Según esta sociedad, «la principal o verdadera controversia entre las partes» versa sobre la existencia del convenio arbitral. No cabe ninguna duda de que en este estado del litigio semejante cuestión resulta más importante. Sin embargo, desde un punto de vista procesal, se trata tan sólo de un incidente o, más exactamente, de una cuestión previa. La propia sociedad SII indicó en la vista que la cuestión de la existencia del arbitraje había de resolverse *antes* de que se pudiese proceder a la designación de un árbitro. Y sus alegaciones escritas indican con claridad lo siguiente:

«La acción ejercitada por el comprador ante el Tribunal inglés tiene por objeto la designación de un árbitro. Pero —tal como ha afirmado el Juez Hirst sin que el comprador le haya contradicho en este punto— el comprador no podrá obtener que se adopte esta medida mientras no haya demostrado que existe un compromiso de arbitraje válido.»³⁸

No puede hacerse una mejor descripción de una cuestión previa.

36 — Véase el informe Schlosser (DO 1979, C 59, pp. 92 y 93), apartados 61 y 62.

37 — Informe Schlosser, *op. cit.*, apartado 61.

38 — P. 44 de la versión francesa de sus alegaciones.

26. Debe señalarse, además, que esta distinción entre cuestión previa y cuestión principal, distinción con la que los juristas continentales están familiarizados, ha sido ya utilizada, precisamente en esta materia, por los juristas de «common law». En efecto, en una decisión de la High Court —relativa a las prerrogativas de aquellos árbitros cuya competencia es impugnada— la cuestión de competencia que precede a la apreciación sobre el fondo del litigio fue calificada precisamente de «preliminary matter» en los términos siguientes:

«They are entitled to inquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding upon the parties —because that they cannot do— but for the purpose of satisfying themselves as a *preliminary matter* whether they ought to go on with the arbitration or not.»³⁹

27. Aunque fue formulado con respecto a la cuestión de la competencia de un árbitro suscitada ante el mismo, el análisis —por lo demás lógico y evidente— según el cual se trata de una cuestión previa no puede variar en este punto cuando la cuestión esté pendiente ante un Tribunal estatal llamado a nombrar un árbitro.

28. Según la tesis mantenida por la sociedad SII, que en amplia medida se basa en las consultas de los Sres. Jenard y Schlosser, el

Convenio es aplicable al litigio sometido al Juez *a quo*. A primera vista, tal conclusión contradice la solución que se desprende de los principios hasta ahora admitidos en cuanto a la manera de aplicar las exclusiones del Convenio y que voy a presentar antes de nada. Esta solución fue perfectamente expuesta en las alegaciones del Gobierno alemán. Es clara y precisa. El punto de partida del análisis consiste aquí en el principio indiscutible según el cual «sin embargo, sólo se excluyen estas materias cuando son el objeto principal del litigio».⁴⁰

29. Hemos visto que, en el caso de autos, el objeto principal del litigio consiste en la designación de un árbitro. Ahora bien, el informe oficial del Sr. Schlosser carece de cualquier ambigüedad al respecto:

«El Convenio no se aplica a los procedimientos judiciales que sirven para la aplicación de un procedimiento de arbitraje, como los procedimientos de designación o de recusación de un árbitro [...]»⁴¹

Además, todos los autores que han abordado este punto están de acuerdo en excluir

39 — Christopher Brown LD./Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer und Holzwirtschaftsbetriebe, Registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (1952 C. 3851) I Q. B. 1954, pp. 8, 12 y 13; el subrayado es mío.

40 — Informe Jenard, *op. cit.*, p. 10; Bellet, P.: «L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun», *Cronet*, 1965, pp. 833, 851 y 852.

41 — *Op. cit.*, p. 95.

del ámbito de aplicación del Convenio este tipo concreto de procedimiento.⁴²

30. Salvo que se adoptara la tesis radical de la opinión del Sr. Schlosser reactualizada, según la cual el Convenio se aplica a todos los litigios en materia de arbitraje que se hayan llevado ante los Tribunales, tesis que examinaré más adelante, no es posible albergar duda alguna: el Convenio no se aplica al objeto principal del litigio pendiente ante el Juez *a quo*. Pero con carácter previo dicho Juez ha de resolver la cuestión de la existencia del convenio arbitral.

31. 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.

32. Desde este punto de vista, Gothot y Holleaux indican muy claramente lo siguiente:

«El Convenio no se aplica a las cuestiones principales excluidas de su ámbito aunque las mismas susciten incidentalmente alguna cuestión incluida en dicho ámbito. La competencia del Juez en lo que atañe a la cues-

ción principal (de Seguridad Social, por ejemplo [...]), excluida del ámbito del Tratado, y a la *cuestión incidental* (relativa a un contrato de trabajo, por ejemplo), incluida en el ámbito del Convenio, depende de la *lex fori* estatal y no del Convenio (la sentencia que se dicte no podrá evidentemente beneficiarse del régimen convencional de reconocimiento y ejecución).»⁴³

33. Dos consecuencias deben extraerse de lo anterior. La primera consiste en que incumbe exclusivamente a la *lex fori*, es decir, al Derecho inglés en el caso de autos, determinar si el Juez es competente para pronunciarse sobre la cuestión previa. La segunda consiste en que, evidentemente, el litigio, cuyo objeto principal queda fuera del ámbito de aplicación del Convenio, no puede quedar incluido en dicho ámbito de aplicación por efecto de una cuestión previa, aun cuando esta última esté *ratione materiae* incluida en el Convenio. A este respecto, no es necesario a mi juicio que este Tribunal de Justicia se pronuncie en el caso de autos sobre el extremo de si la cuestión de la existencia de un convenio arbitral, planteada con carácter principal ante un Tribunal, está o no incluida en el ámbito de aplicación del Convenio. En mi opinión, basta con hacer constar que cuando tal cuestión reviste la naturaleza de una cuestión previa en un litigio cuyo objeto principal queda fuera del

42 — Véanse, principalmente, Kaye: «Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments», *Professional Books Limited*, 1987, p. 148; Collins, L.: *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Londres, Butterworths, 1983, p. 29; Lasok, D., y Stone, P. A.: «Conflict of Laws in the European Community», *Professional Books Limited*, 1987, p. 185; Hartley, T. C.: *Civil Jurisdiction and Judgments*, Sweet and Maxwell, p. 22; Beraudo: «Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Jurisclasseur Europe*, fasc. 3000, p. 10, nº 34.

43 — *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, p. 15, apartado 29; véase también Kaye (*op. cit.*, pp. 151 y 152): «In spite of the absence of any express provision in Article 1 of the Convention to such effect, it is widely accepted that it is only the principal subject-matter of proceedings which is to be taken into account in determining whether the latter are within the Convention's scope and that, accordingly, excluded areas which merely arise as incidental issues in the course of main proceedings to which the Convention applies, are themselves subject to Convention jurisdiction and recognition and enforcement rules along with the main claim, while, equally, matters to which the Convention would be applicable if they had formed the principal subject-matter of proceedings, but which are raised incidentally in excluded main proceedings, also fall outside Convention jurisdiction and recognition and enforcement provisions») y Beraudo (*op. cit.*, p. 12, nº 40): «[...] una cuestión incidental, incluida en el Convenio, no puede tener como resultado incluir en el ámbito de aplicación del Convenio una materia excluida que constituya el objeto principal del proceso»).

Convenio, éste no se aplica, y que, en consecuencia, es a la *lex fori* a quien incumbe determinar si el Juez que tramita el litigio puede conocer sobre la cuestión incidental de que se trata. Esta es la conclusión que creo se deduce naturalmente de los principios que he recordado.

34. Pero en caso de que este Tribunal de Justicia rechace este razonamiento por estimar, con independencia de todo análisis del procedimiento, que en el caso de autos la cuestión principal versa sobre el extremo de determinar si existe un convenio arbitral entre las partes, no por ello decidirá que el litigio sometido al Juez *a quo* está incluido en el ámbito de aplicación del Convenio. A mi juicio, en efecto, un litigio relativo a la existencia de un convenio arbitral queda fuera del Convenio.

35. Es preciso recordar aquí los términos del informe Schlosser:

«El Convenio no se aplica a las resoluciones judiciales que declaren la validez o la nulidad de un compromiso arbitral o que obliguen a las partes a no proseguir un procedimiento de arbitraje por ser éste inválido.»⁴⁴

Se trata de una opinión que también se encuentra en la doctrina:

«Furthermore, it is considered, perhaps controversially, that legal proceedings concerning purely the contractual validity of the arbitration agreement, should also be regarded as being excluded from the convention as involving arbitration under Article 1, para. 2(4), through being more closely rela-

ted to the arbitration process itself than, for example, are contractual questions in respect of matrimonial property rights —likewise excluded under Article 1, para. 2(1)—related thereto.»⁴⁵

El Gobierno del Reino Unido ha subrayado con claridad a este respecto que no existe ninguna razón de peso para distinguir entre un convenio arbitral inexistente y uno inválido. En relación con esto, no puede dejarse de señalar que el Convenio europeo de 1961 no hace distinción alguna entre la controversia relativa a la existencia de un convenio arbitral y la relativa a su validez.⁴⁶ En ambos supuestos, se trata siempre de la competencia del árbitro. Por lo demás, no discernio las razones que puedan autorizar a distinguir, como hace el Sr. Jenard en la consulta que se ha aportado ante este Tribunal de Justicia, entre una controversia sobre la existencia o la validez del convenio arbitral antes de que comience el arbitraje, controversia que estaría incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, y la impugnación de la competencia del árbitro ante el Juez en el curso de un procedimiento de arbitraje, que estaría excluida del ámbito de aplicación del Convenio.

36. En determinados sistemas jurídicos, el control judicial de la competencia del árbi-

45 — Kaye, *op. cit.*, p. 150; por lo demás, el Juez Hirst hizo referencia a esta opinión en su sentencia.

46 — Véase el apartado 3 del artículo V: «A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la *lex fori* contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuere impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso». Véase también el apartado 3 del artículo VI: «Si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma».

44 — DO 1979, C 59, p. 93, apartado 64.

tro se ejerce esencialmente *a posteriori*. Estas, por ejemplo, la solución que acoge el Derecho francés, el cual, salvo en el supuesto de un convenio arbitral manifiestamente nulo, obliga a los Tribunales a remitirse al arbitraje, de manera que la apreciación del árbitro sobre su competencia será objeto de un control judicial ulterior en caso de recurso de anulación contra el laudo. Ahora bien, los informes Jenard⁴⁷ y Schlosser⁴⁸ excluyen que el Convenio sea aplicable a las sentencias que anulan un laudo arbitral, siendo así que el motivo de la anulación pudiera residir precisamente en la falta de competencia del árbitro. Así pues, parece que, según el Sr. Jenard, el Convenio no se aplicará a tal control, mientras que, en cambio, en los sistemas jurídicos que permiten un control *ab initio* de la competencia del árbitro el Convenio regularía las impugnaciones iniciales de dicha competencia.

37. Semejante solución crearía una separación arbitraria en lo que atañe a unos procesos judiciales que en todos los casos suponen que el Juez se pronuncie sobre la impugnación de la competencia del árbitro, separación que daría lugar a que unos procesos estuviesen incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio y otros excluidos.

38. Por último, procede examinar la argumentación de la sociedad SII, que expresa el siguiente punto de vista: el «arbitraje» depende del consentimiento. Sin consentimiento, no hay «arbitraje». Por lo tanto, si nos ceñimos a su sentido natural, el concepto de «arbitraje» no se extiende a una controversia que verse sobre la existencia inicial de un acuerdo de «arbitraje». En otros términos, la materia de un litigio no versará sobre el arbitraje si la existencia misma de la cláusula arbitral es objeto de discusión.

39. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este análisis no resulta convincente. En la sentencia Effer,⁴⁹ se trataba de un litigio en el que a una pretensión de pago de honorarios se oponía una defensa que negaba que entre las partes se hubiesen establecido relaciones contractuales. La cuestión que se planteaba al Tribunal de Justicia consistía en determinar si la impugnación de la existencia misma del contrato impedía la aplicación del apartado 1 del artículo 5 del Convenio, en el que se incluían indiscutiblemente las pretensiones de pago. Y este Tribunal de Justicia declaró que el demandante tenía derecho al fuero del lugar de ejecución del contrato «pese a estar las partes en desacuerdo sobre la celebración del contrato que dio lugar a la interposición del recurso» (*traducción provisional*). En otros términos, este Tribunal de Justicia consideró que no basta con alegar la inexistencia del contrato cuya ejecución pretende la otra parte para quedar fuera de la materia contractual. Si se aplica al caso de autos, este razonamiento debe inducirnos a considerar que invocar la inexistencia de un convenio arbitral tampoco puede llevar a la conclusión de que el litigio sometido al Juez *a quo* —y que tiene por objeto la designación de un árbitro, es decir, llevar a la práctica el referido convenio arbitral— no está incluido en la materia del arbitraje.

40. En consecuencia, cualquiera que sea el análisis relativo a si la existencia del convenio arbitral constituye una cuestión previa o principal, consta que la materia principal del litigio sometido al Juez *a quo* se refiere al arbitraje. Recuérdese, además, que el propio Sr. Jenard admitió en su consulta que el arbitraje es la «main issue» del litigio sometido al Tribunal británico, aunque para deducir de ello la conclusión de que el Convenio se aplica al litigio, conclusión que examinaremos más adelante.

47 — DO 1979, C 59, p. 13.

48 — *Ibidem.*, p. 93.

49 — Sentencia de 4 de marzo de 1982 (38/81, Rec. p. 825).

41. Este resultado no es el que corresponde a la aplicación de los principios tradicionales en la materia; resultado al que se oponen SII y la Comisión.

42. Antes de abordar la tesis de la sociedad italiana, que invoca con carácter principal una interpretación radical según la cual el Convenio resulta aplicable a todos los litigios relativos al arbitraje que se planteen ante los Tribunales; debemos evocar desde ahora la posición de la Comisión, que defiende la aplicación del Convenio en el caso de autos, como colofón de un análisis que parece ignorar por completo los principios evocados más arriba.

43. Para la Comisión, la clave de la dificultad la desvela el siguiente pasaje del informe Evrigenis y Kerameus:

«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 [léase el órgano jurisdiccional] ante la que está convocada en aplicación del Convenio.»⁵⁰

44. 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. Como indicaban Gothot y Holleaux:

«En realidad, el Convenio no interviene en este punto: corresponde al Derecho común del fuero en materia de competencia y de procedimiento determinar si tal cuestión incidental debe ser tratada meramente como una cuestión previa o, por el contrario, como una cuestión prejudicial.»⁵¹

45. Me parece preferible, pues, considerar que los autores del informe quisieron en realidad hacer alusión a la aplicación del Convenio al reconocimiento y a la ejecución de una resolución judicial que resolvía un litigio incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, después de haberse pronunciado sobre la cuestión de la validez de un convenio arbitral. Como ya vimos, esta cuestión fue evocada con ocasión de las negociaciones que precedieron a la adhesión del Reino Unido. A mi juicio, tal cuestión queda abierta y, en todo caso, resulta ajena al litigio sometido al Juez *a quo*.

46. Pero incluso suponiendo que los autores del informe hubiesen estimado que el Convenio determinaba la competencia de un Juez que interviene en virtud del mismo para conocer con carácter previo de la validez de un convenio arbitral, el pasaje evocado no conduce en modo alguno a la conclusión de la Comisión.

47. En efecto, se evoca expresamente la situación de un Juez, que conoce *por aplicación del Convenio*, ante quien se plantea el control incidental del convenio arbitral. En otros términos, resulta decisivo determinar si la cuestión principal que se somete al Juez *a quo* está incluida en el ámbito de aplicación del Convenio. Primera etapa obligada de un razonamiento que la Comisión, al pretender, pretende eludir.

48. En efecto, hemos de limitarnos a meras conjeturas sobre los motivos en que basa su razonamiento de que en el caso de autos el arbitraje no es sino una «cuestión incidental». ¿Quiere entender con ello la Comisión que, *ante el juez británico*, la designación del árbitro es una cuestión incidental y que la cuestión principal es la existencia de un convenio arbitral? Si tal es su análisis, se cuestionarían espectacularmente conceptos fundamentales en materia de procedimiento. Pero incluso semejante tesis tan sólo podrá conducir a aplicar el Convenio al litigio sometido al Juez británico si se demuestra que la cuestión de la existencia de un convenio arbitral está incluida en el ámbito de aplicación del Convenio. No he encontrado respuesta alguna a estas preguntas en las observaciones presentadas por la Comisión ante el Tribunal de Justicia.

49. Los argumentos de la sociedad SII, particularmente detallados, van a acaparar mi atención durante mucho más tiempo.

50. La tesis favorable a la aplicación del Convenio en el caso de autos se basa, fundamentalmente, en una alternativa:

— Con carácter principal, y se trata del análisis radical que la sociedad italiana defiende invocando sobre todo las observaciones del Sr. Schlosser, el Convenio *se aplica a todos los litigios* que en materia de arbitraje se suscitan ante los Tribunales; en consecuencia, de este modo se propone al Tribunal de Justicia que adopte una posición de envergadura en cuanto al alcance del punto 4 del párrafo segundo del artículo 1.

— Con carácter subsidiario, y se trata de la posición de la sociedad SII basada prin-

cialmente en la consulta del Sr. Jenard, la aplicación del Convenio al caso de autos se justifica en virtud de los verdaderos objetivos del Convenio.

51. Voy a examinar sucesivamente ambas líneas de argumentación.

52. La tesis según la cual el Convenio de Bruselas se aplica a todos los litigios que en materia de arbitraje se suscitan ante los Tribunales presenta la aparente ventaja de su sencillez. No obstante, se ve contradicha por el sistema del Convenio e implica graves inconvenientes, que no resultan compensados, en definitiva, por ninguna ventaja significativa.

53. Según la consulta evacuada por el Sr. Schlosser, el punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio es meramente declarativo. En otros términos, tal disposición tiene un único alcance: recordar que el Convenio no se aplica al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. En cambio, están incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio tanto la competencia de los Tribunales estatales en materia de litigios relativos al arbitraje como el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales que se dicten al término de tales instancias.

54. Contrario a los diferentes informes de los Comités de expertos, este análisis peca en primer lugar de falta de lógica si se examina la disposición. Voy a citar aquí a un comentarista autorizado:

«A diferencia del Convenio de la Haya sobre ejecución de resoluciones judiciales, el

Convenio de Bruselas excluye expresamente la referida materia. Es verdad que los Convenios que tienen por objeto el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas por los Tribunales estatales no se aplican, por definición, a la ejecución de los laudos arbitrales. Sin embargo, una duda que ni siquiera pasó por la mente de los negociadores de La Haya subsistió en el espíritu de los de Bruselas, los cuales quisieron, mediante una disposición formal, suprimir toda tentativa de reconocimiento o ejecución de las resoluciones judiciales que resuelven sobre controversias relativas al arbitraje, como, por ejemplo, una acción de nulidad. *Por otra parte, como el Convenio de Bruselas se refiere a la competencia internacional, de este modo se precisó que el Tratado no pretende determinar la competencia de los Tribunales en lo que atañe a las controversias relativas a un arbitraje.*⁵²

55. Obsérvese, por otra parte, que la propia redacción del texto corrobora este análisis. En efecto, si el párrafo segundo del artículo 1 del Convenio enumera en sus puntos 1 (estado y capacidad de las personas físicas...), 2 (quiebra...) y 3 (Seguridad Social...), unas materias que pese a estar sujetas a los Tribunales quedan excluidas del Convenio, es lógico pensar que, de la misma manera, también el punto 4 y último de ese párrafo se refiere a los litigios sujetos a los Tribunales estatales. Si la exclusión del arbitraje tuviese únicamente el alcance declarativo que le atribuyen SII y el Sr. Schlosser —es decir, recordar algo que es evidente, a saber, que un Convenio relativo a la competencia de los Tribunales y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales no se aplica a los procedimientos de arbitraje y al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales— el sistema de la norma resultaría entonces muy poco coherente.

52 — Droz, G.A.L.: «Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun», *Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, 1972, pp. 27 y 28; el subrayado es mío.

56. La tesis de SII ha sido nítidamente desvirtuada por los diferentes informes de los Comités de expertos. En primer lugar, el informe Jenard afirma lo siguiente:⁵³

«El Convenio no se aplicará ni en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales [...], ni para determinar la competencia de los tribunales en los litigios relativos a un arbitraje, por ejemplo las acciones encaminadas a anular un laudo arbitral, ni tampoco por lo que se refiere al reconocimiento de resoluciones dictadas en relación con tales acciones.»

57. En segundo lugar, el informe Schlosser,⁵⁴ y de una manera más nítida si cabe:

«[...] El Convenio no se aplica a los procedimientos judiciales que sirven para la aplicación de un procedimiento de arbitraje, como los procedimientos de designación o de recusación de un árbitro, de determinación del lugar de arbitraje y de prórroga del plazo fijado para el pronunciamiento de la sentencia o las resoluciones prejudiciales sobre cuestiones de fondo, como las existentes en derecho inglés bajo la forma de "statement of special case" (artículo 21 del Arbitration Act 1950). Asimismo, el Convenio no se aplica a las resoluciones judiciales que declaren la validez o la nulidad de un compromiso arbitral o que obliguen a las partes a no proseguir un procedimiento de arbitraje por ser éste inválido.

[...] El Convenio tampoco se aplica a los procedimientos y resoluciones relativos a las demandas de anulación, de modificación, de

53 — DO 1979, C 59, p. 13.

54 — *Ibidem*, p. 93.

reconocimiento y de ejecución de laudos arbitrales.»

58. Por otra parte, debe señalarse que, según este último informe, estaba claro para todos los Estados parte en el Convenio que la exclusión abarca a «los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales estatales sólo cuando se refieran a procedimientos de arbitraje, ya estén concluidos, en curso o por venir». ⁵⁵ Esa era, en efecto, desprovista de toda ambigüedad, la posición de los Estados originarios, que se suponía, sin embargo, más restrictiva que la del Reino Unido en lo que respecta a la dificultad que acabo de evocar.

59. Por último, el informe Evrigenis y Kرامةus ⁵⁶ afirma lo siguiente:

«Los procedimientos que se refieran directamente y con carácter primordial al arbitraje no pertenecen al ámbito del Convenio. Se trata, por ejemplo, de los casos siguientes: la intervención de un tribunal para la constitución del órgano de arbitraje, la revocación judicial, la comprobación de la validez de una sentencia arbitral [léase de un laudo arbitral], o la existencia de vicios que la anulan.»

60. La doctrina está de acuerdo en la exclusión de la aplicación del Convenio a los litigios relativos al arbitraje. ⁵⁷ El único ex-

tremo controvertido versa sobre la dificultad, que ya hemos abordado, relativa a la cuestión del reconocimiento y de la ejecución, en virtud del Convenio de Bruselas, de una resolución judicial que resuelva el fondo de un litigio pese a existir un convenio arbitral. ⁵⁸ Pero incluso para los autores favorables a la aplicación del Convenio en tal supuesto, todos los litigios en materia de arbitraje están excluidos del Convenio. ⁵⁹

61. Cuando el tenor literal del Convenio resulta corroborado por una convergencia completa de los informes de los Comités de expertos —que, no hace falta subrayarlo, provocaron legítimas expectativas en los medios afectados— harían falta, en mi opinión, sólidas razones de fondo para que pudiese pensarse seriamente en consagrar la solución radical preconizada ahora por el Sr. Schlosser. Ahora bien, una vez examinados, se comprueba que los motivos invocados para justificar tal solución son muy discutibles.

62. La tesis que propongo a este Tribunal de Justicia invoca sobre todo la discontinuidad que existiría entre el Convenio de Bruselas y otros Convenios internacionales en caso de que el primero no se aplicase a los litigios relativos a un arbitraje que se planteen ante los Tribunales.

63. En primer lugar, me permito señalar, en opinión del propio profesor Schlosser:

«Muy a menudo en la práctica, los laudos arbitrales fueron reconocidos extraterrito-

55 — *Ibidem.*, p. 92.

56 — DO 1986, C 298, p. 10.

57 — Véanse, principalmente, Kaye, *op. cit.*, pp. 146 y ss.; Lasok y Stone, para los cuales «the effects of Article 1 (2) (iv) seem largely clear and uncontroversial», *op. cit.*, p. 185; T. C. Hartley, *op. cit.*, p. 22; L. Collins, *op. cit.*, p. 29; Droz, *op. cit.*, p. 37; Beraudo, *op. cit.*, p. 10, nº 34; por lo demás, este último lamenta que el Convenio no contenga una regla uniforme para cuando se acude a los Tribunales pese a existir un convenio arbitral, así como que no prevea que pueda oponerse con éxito un laudo arbitral al reconocimiento y ejecución de una resolución judicial dictada en otro Estado miembro.

58 — En favor del reconocimiento y de la ejecución de la resolución en ese caso preciso, véanse sobre todo Lasok y Stone, *op. cit.*, p. 186; Kaye, *op. cit.*, p. 147; Cheshire y North's, *Private International Law*, 11.ª edición, Butterworths, 1987, pp. 426 y 427; en favor de denegar el reconocimiento, Hartley, *op. cit.*, p. 97;

59 — Lasok y Stone, *op. cit.*, pp. 175 a 186; Kaye, *op. cit.*, pp. 146 y ss.

rialmente, pese al hecho de que otros órganos jurisdiccionales (a saber, los Tribunales del lugar en donde se llevó a cabo el arbitraje) hubieran intervenido previamente en el arbitraje, por ejemplo, designando un árbitro. Los Tribunales en los países de ejecución encuentran a menudo completamente normal y evidente el que los Tribunales del lugar del arbitraje tengan competencia en materia de procedimientos de arbitraje si las medidas judiciales de que se trata resultan familiares para otros sistemas jurídicos. Apartadamente, nunca se han planteado problemas relativos a la validez de tales procedimientos judiciales, como, por ejemplo, la observancia del principio contradictorio con respecto a las dos partes del arbitraje. Del mismo modo, con frecuencia no se ha atribuido ninguna atención al extremo de determinar si es verdad que las resoluciones judiciales relativas al arbitraje deben ser reconocidas en otro país por aplicación del Tratado bilateral que esté en vigor.»⁶⁰

64. Sin embargo, el profesor Schlosser no parece estar satisfecho con el pragmatismo aparentemente eficaz de los diferentes Tribunales nacionales. En efecto, continúa su razonamiento afirmando:

«Un examen más en profundidad de tales Tratados pone de relieve, sin embargo, que ese enfoque es superficial. Una resolución judicial relativa al arbitraje es una resolución judicial como las demás. Tan sólo podrá ser reconocida en otro país si existe una base jurídica para proceder de esa manera. Dicha base jurídica puede encontrarse en el Tratado bilateral aplicable.»⁶¹

Y el autor subraya las carencias al respecto de que adolecen los referidos Tratados bilaterales.

60 — P. 3 de la consulta; traducción no oficial.

61 — *Ibidem*.

65. Este análisis no me convence en absoluto.

66. Aunque a la hora de reconocer los laudos arbitrales los Tribunales nacionales aparentemente no ven ningún inconveniente en la intervención de los Tribunales estatales del lugar del arbitraje, lo que Schlosser propone a este Tribunal de Justicia es una lectura «revisada» del Convenio de Bruselas basada en que un examen jurídico atento debería llevar a los Tribunales a plantear dificultades. Teniendo en cuenta que se reconoce que en la práctica el sistema funciona normalmente, no me parece adecuado suscitar un problema meramente teórico, para invocar más tarde como argumento en favor de una nueva interpretación del Convenio. El punto de vista del Sr. Schlosser y de SII sería digno de atención si obedeciese a indiscutibles preocupaciones prácticas. Ahora bien, precisamente las necesidades a las que se alude no resultan convincentes.

67. Por una parte, el Sr. Schlosser invoca el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales «fundidos» en una resolución judicial (awards merged into judgments), situación frecuente en el Reino Unido según el autor, lo cual exige que el Convenio se aplique a los procedimientos relativos al arbitraje, habida cuenta de la importancia que tiene el Reino Unido como plaza de arbitraje. La situación a la que hace alusión el Sr. Schlosser se presenta cuando el Tribunal del lugar del arbitraje concede el *exequatur* bajo una forma particular: la resolución judicial se dicta «in terms of the award».⁶²

62 — Sobre esta cuestión, véase A. J. van den Berg, *op. cit.*, pp. 346 y ss.; en el Reino Unido, esta posibilidad resulta del artículo 26 del Arbitration Act 1950: «An award on an arbitration agreement may, by leave of the High Court or a judge thereof, be enforced in the same manner as a judgment or order to the same effect, and where leave is so given judgment may be entered in terms of the award».

68. Para refutar concisamente este argumento, podría limitarme a indicar que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales con las que el laudo está «fundido» no suscitaron dificultad alguna precisamente en los supuestos citados por el Sr. Schlosser. En cualquier caso, esto es lo que pone de relieve la lectura de las resoluciones, que él mismo menciona, en las que se hubo de resolver sobre el *exequatur* en tales circunstancias.⁶³

69. Pero conviene completar esta comprobación pragmática con una observación jurídica más sustancial. En el marco del Convenio de Nueva York, no cabe ninguna duda de que, en el supuesto de un laudo «fundido» con una resolución judicial, el primero puede en cuanto tal ser objeto de reconocimiento. En efecto:

«The fact that the leave for enforcement has the effect of absorbing the award in the country of origin is a technical aspect for the purposes of enforcement within that country. The award can therefore be deemed to remain a cause of action for enforcement in other countries.»⁶⁴

En esta perspectiva, la «fusión» del laudo debe considerarse limitada a la demarcación territorial del Tribunal que haya dictado la resolución judicial, de manera que únicamente el laudo deberá tomarse en consideración para el reconocimiento y la ejecución

en otros Estados.⁶⁵ En cualquier caso, está claro que debe excluirse la solución consistente en circunscribir el reconocimiento exclusivamente a la resolución judicial con la que el laudo esté «fundido».

70. No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia dominantes⁶⁶ se inclinan por conceder al beneficiario de un laudo arbitral «fusionado» la posibilidad de optar entre la ejecución del propio laudo en virtud del Convenio de Nueva York y la ejecución de la resolución judicial en virtud de Convenios bilaterales o del Derecho interno. En estas condiciones, el beneficiario de un laudo arbitral conserva siempre la posibilidad de obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo, al amparo del Convenio de Nueva York, aun cuando el laudo se haya «fundido» con la resolución judicial. La dificultad a que alude el Sr. Schlosser⁶⁷ únicamente se plantearía en realidad si sólo la resolución judicial pudiese ser objeto de reconocimiento. Pero ésa no es la solución que hacen suya los Tribunales. Así pues, las ventajas que en este punto invoca el Sr. Schlosser no resultan convincentes.

65 — A este respecto, véase la sentencia del Oberlandesgericht Hamburg expuesta por A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 347.

66 — Véase, por ejemplo, la citada sentencia del Bundesgerichtshof, así como la también citada sentencia de la Corte di Cassazione (véase *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, vol. 7, p. 334: «The Corte di Cassazione found that, therefore, the English awards, being final and binding on the parties, could be enforced under the New York Convention, regardless whether a High Court judgment had been entered on the awards»); véase A. J. van den Berg, *op. cit.*, pp. 346-349; la sentencia de la cour d'appel de Paris de 20 de octubre de 1959, invocada por el Sr. Schlosser para fundamentar su afirmación de que un laudo arbitral «merged into judgment» deja de poder obtener ejecución como laudo, en ningún caso puede fundamentar tal principio; esa sentencia, que por lo demás no fue dictada en virtud del Convenio de Nueva York, se limitó a anular una sentencia de primera instancia que denegaba el *exequatur* de la resolución judicial; por otra parte, se considera precisamente que esa sentencia hizo suya la solución de la opción; véase Fouchard, *op. cit.*, p. 540, nota 26.

67 — La cual, por lo demás, dista mucho de ser frecuente; a este respecto, véase el comentario del profesor G. Recchia acerca de la sentencia de la Corte di Cassazione, antes citada: «[...] The recognition and enforcement of a foreign judgment entered upon an award rather than a foreign award without a judgment (according to the law of the place where it was handed down) is very unusual in Italy, particularly after Italy's adherence to the New York Convention of 1958. [...] In fact, this is a unique case».

63 — Paris, 20 de octubre de 1959, *Revue de l'arbitrage*, 1960, p. 48; Corte di Cassazione, 27 de febrero de 1979, n.º 1273, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1982, p. 333; Bundesgerichtshof, 10 de mayo de 1984, WM 1984, 1014 (sobre esta sentencia véase sobre todo Lüer, H.J.: «German Court Decisions Interpreting and Implementing the New York Convention», *Journal of International Arbitration*, marzo de 1990, pp. 127, 129 y nota 14).

64 — A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 347.

71. Por otra parte, el autor de la consulta hace alusión al interés de aplicar el Convenio al reconocimiento de las resoluciones judiciales que anulan un laudo arbitral. También aquí parece que dista mucho de ser imperiosa la necesidad a la que el Sr. Schlosser alude, por lo demás de un modo bastante lacónico. En efecto, en el párrafo primero de la letra e) de su artículo V el Convenio de Nueva York prevé expresamente la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo cuando «haya sido anulado [...] por una autoridad competente del país en el que se haya dictado el laudo, o del país en cuya legislación se haya basado». Y el artículo IX del Convenio europeo de 1961 indica, por su parte, que el *exequatur* de un laudo arbitral únicamente puede denegarse en virtud de un número limitado de motivos de anulación específicos. Así pues, parece que el reconocimiento de una resolución judicial que anule un laudo arbitral se rige por estas disposiciones.

72. Confieso que no acierto a vislumbrar por qué razón ha de ser «deseable» aplicar el Convenio de Bruselas a las resoluciones judiciales que anulan laudos arbitrales. ¿Es posible que el Sr. Schlosser pretenda de esta manera abarcar los supuestos en que un laudo es anulado por los Tribunales de un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se haya dictado el laudo? En tal caso, quedaría por demostrar que sea deseable el que tales resoluciones judiciales sean objeto de reconocimiento «transnacional». En efecto, debe recordarse el análisis según el cual los Tribunales del «país de origen» son exclusivamente competentes para pronunciarse sobre la anulación del laudo.⁶⁸ En esta perspectiva, por consiguiente, no puede invocarse la necesidad de reconocer las resoluciones judiciales que anulan laudos dictadas en otros Estados miembros.

73. Pero es preciso evocar sobre todo la clara tendencia contemporánea, que inspira algunas legislaciones nacionales, a poner en tela de juicio la necesidad misma de reconocer sistemáticamente las resoluciones judiciales que anulan laudos arbitrales. Esta tendencia se inclina, en efecto, a reconocer únicamente el control de los Tribunales en cuyo territorio debe llevarse a cabo la ejecución, a fin de garantizar la máxima eficacia de los laudos arbitrales. Es evidente que el reconocimiento transnacional automático de las resoluciones judiciales que anulan laudos arbitrales, al que alude el Sr. Schlosser, se sitúa precisamente a contracorriente de tales objetivos.

«[...] aquéllos para quienes el árbitro internacional se pronuncia en nombre de un ordenamiento jurídico específico, la *lex mercatoria*, no pueden pensar en hacer depender el reconocimiento y la ejecución del laudo en el territorio de un Estado de los criterios que mantenga otro ordenamiento jurídico estatal: semejante solución tan sólo podría explicarse en virtud de una inferioridad intrínseca de la *lex mercatoria* con respecto a los Derechos estatales.»⁶⁹

Los Derechos positivos de ciertos Estados europeos tienen su origen en tales concepciones, por ejemplo, cuando excluyen el recurso de anulación contra un laudo arbitral internacional dictado en el territorio nacional (artículo 1717 del Código de enjuiciamiento belga⁷⁰), o cuando no prevén que la anulación del laudo arbitral en su Estado «de origen» constituya un motivo para denegar el *exequatur* (artículo 1502 del nuevo Código de procedimiento civil francés). Esta última solución pone de relieve de qué

69 — Mayer, *op. cit.*, pp. 360 y 361.

70 — En relación con este texto, véase principalmente Van Houtte: «La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 29-41; Vandereelst: «Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum, The Belgian Law of March 27, 1985 concerning the Annulment of Arbitral Award», *Journal of International Arbitration*, 1986, p. 77.

68 — En lo que atañe al Convenio de Nueva York, véase A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 20.

modo la tesis que propugna el Sr. Schlosser contraviene tales orientaciones. Basta con pensar que el Convenio de Bruselas obliga a los Tribunales de cualquier Estado miembro a reconocer las resoluciones judiciales que anulan laudos arbitrales internacionales.⁷¹

74. Por último, según la sociedad SII, el apartado 3 del artículo II del Convenio de Nueva York «nada dice con respecto al reconocimiento y ejecución de una resolución judicial que niegue la existencia de un laudo arbitral». En primer lugar, recuérdese que dicha disposición prevé lo siguiente:

«El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.»

A este respecto, SII admite que evidentemente no habrá ninguna dificultad cuando el Juez considere que existe un convenio arbitral; supuesto en el que, en efecto, se remitirá a las partes al arbitraje.

75. Cuando el Juez considere, en cambio, que no existe convenio arbitral, ¿hay una necesidad de reconocer esta decisión judicial

que sea tan imperiosa como para justificar la aplicación del Convenio de Bruselas a los litigios en materia de arbitraje? En primer lugar, en el supuesto de que el Juez estatal se pronuncie con carácter incidental en favor de la inexistencia o de la invalidez del convenio arbitral, para acto seguido declararse competente y entrar a conocer sobre un litigio que esté incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, la aplicación de este Convenio al reconocimiento y ejecución de la referida resolución judicial suscita una vez más la misma cuestión que había sido abordada en el momento de la adhesión del Reino Unido. Ahora bien, incluso suponiendo que sea oportuno decidir que a tal resolución judicial se le aplica el régimen del Convenio de Bruselas, esta solución no requiere en modo alguno que el Convenio se aplique a todos los litigios en materia de arbitraje pendientes ante los Tribunales. Como ya vimos, los Estados originarios, favorables a esta solución, estimaban rotundamente que la exclusión abarca a los procedimientos que se desarrollen ante los Tribunales estatales cuando se refieran a procedimientos de arbitraje, ya estén concluidos, en curso o por venir.

76. Por último, podríamos contemplar la cuestión del eventual reconocimiento de una resolución judicial que resuelva con carácter principal sobre la existencia o validez de un convenio arbitral, aunque SII no haya evocado ningún supuesto concreto en que se haya suscitado tal problema. La dificultad podría ser la siguiente. Antes de que haya surgido cualquier litigio entre las partes, una de ellas solicita a un Juez del Estado A que se pronuncie sobre la validez de una cláusula arbitral y obtiene una resolución judicial que declara la invalidez de dicha cláusula. Cuando más tarde surge una controversia entre las partes, la mencionada resolución judicial se invoca en un Estado B en el que se ha iniciado el procedimiento de arbitraje. ¿Es realmente deseable aplicar el régimen de reconocimiento del Convenio a tal resolución judicial? En efecto, puede ocurrir

71 — Solución que el Convenio de Nueva York no hizo suya, puesto que no existe obligación alguna de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo que haya sido anulado en el Estado en el que se dictó; se trata de una facultad que no excluye, según el artículo 7 del Convenio de Nueva York, la aplicación de Derechos nacionales que permitan invocar el laudo a pesar de su anulación; de este modo, según la Cour de cassation francesa, «el Juez no puede denegar el *exequatur* cuando su Derecho nacional le autorice a ello» (Pabalk-Norsolor, 9 de octubre de 1984; *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 431, nota Goldenau; Dalloz 1985, p. 101, nota Robert).

que esa resolución judicial se haya dictado en un lugar distinto de aquél en que haya de llevarse a cabo el arbitraje. Ahora bien, la posibilidad de que varios Tribunales estatales se pronuncien sobre la competencia de un árbitro ha sido abordada ya por la doctrina, cuyas conclusiones sobre este punto ponen de relieve, creo yo, una nítida predilección por la apreciación que efectúan los Tribunales del lugar del arbitraje, en razón de su neutralidad.

«A. Reconocimiento internacional de la primera resolución judicial estatal que se haya dictado

[...]

Las resoluciones judiciales que se dictan en razón de una excepción de incompetencia opuesta a una demanda sobre el fondo apenas si tienen vocación al reconocimiento internacional, ya que su objeto directo es resolver sobre la competencia del Tribunal estatal que las pronuncia. En cambio, parece legítimo que una resolución judicial dictada en el lugar del tribunal de arbitraje y que se pronuncie con carácter principal sobre la competencia arbitral (ya sea con carácter declarativo o en el marco de un recurso de anulación) sea reconocida en los demás países, con sujeción a ciertos requisitos. Es verdad que el lugar del arbitraje es con frecuencia accidental y sin relación alguna con el fondo del litigio. Pero precisamente esto garantiza una valiosa neutralidad. Y, de todas las maneras, no existe alternativa alguna si se quiere centralizar el control a fin de lograr la armonía internacional de las soluciones.»⁷²

Es preciso hacer constar que la solución de este modo propugnada apenas resultará favorecida por la aplicación del Convenio de

Bruselas, que hace que se beneficie del régimen de reconocimiento toda resolución judicial dictada por cualquier Tribunal de un Estado contratante, sin consideración especial para el fuero del lugar del arbitraje. La armonización de las soluciones adoptadas por los Tribunales no constituye un fin en sí mismo, que pueda pasar por alto las características específicas de la materia de que se trata.

77. Al aplicar el Convenio de Bruselas a los litigios en materia de arbitraje, se corre grave riesgo de llegar a soluciones sin duda armonizadas, pero totalmente inadecuadas para las necesidades propias del arbitraje internacional. Lo inadecuado del Convenio de Bruselas para este fin conduce a poner en duda las ventajas que le atribuye la sociedad SII. Por lo demás, un inconveniente de primera magnitud ilustra este carácter inadecuado. Existe una práctica bien arraigada de que los Tribunales del lugar del arbitraje presten apoyo y asistencia al procedimiento de arbitraje: designación de un árbitro, medidas cautelares, provisionales o destinadas a la obtención de pruebas.

«For example, the assistance of a national court may be needed for the appointment, replacement or challenge of an arbitrator. It is a generally accepted principle of the international division of judicial competence that the court of the country under the arbitration law of which the arbitration is to take, is taking, or took place, is the competent judicial authority in relation to arbitration.»⁷³

Ahora bien, esta colaboración de los Tribunales estatales del lugar en donde se lleva a cabo el arbitraje podría resultar gravemente comprometida si el Convenio de Bruselas hubiese de aplicarse en materia de arbitraje.

72 — Mayer, *op. cit.*, pp. 358 y 359.

73 — A. J. van den Berg, *op. cit.*, p. 30.

En efecto, sería entonces necesario determinar qué disposición del Convenio atribuye competencia al Juez del lugar del arbitraje. Esta dificultad ha sido perfectamente ilustrada por la doctrina:

«It is right and proper that judicial proceedings connected with the prosecution of an arbitration agreement, such as are mentioned above, should be held to be excluded from the Convention's scope under Article 1, para. 2(4) and according by subject to national jurisdiction rules: for, just as the law of the place of arbitration will normally govern the latter proceedings in the absence of a different choice, so too is believed should courts of the same country be regarded as being particularly appropriate and well-placed to control arbitration activities within its territory at national law; thus, if Convention grounds were to apply to any such court proceedings, the English courts might find themselves unable to adjudicate in respect of English arbitration proceedings where the defendant was domiciled in a foreign contracting state [unless, perhaps, Article 5(1) were able to be construed as affording local jurisdiction].»⁷⁴

78. Aun cuando niega que la exclusión del punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 tenga como finalidad reconocer la competencia de los Tribunales del lugar del arbitraje, la propia sociedad SII admite la «legítima preocupación» por encontrar en el Convenio un criterio para determinar la competencia a este respecto. Y la consulta del Sr. Schlosser se esfuerza en «construir» un fuero en favor de los Tribunales del lugar del arbitraje basándose en el apartado 1 del artículo 5 o en el artículo 17 del Convenio.

79. Por lo que se refiere, en primer lugar, al apartado 1 del artículo 5, el Sr. Schlosser recuerda que las partes en un convenio arbitral tienen la obligación de cooperar a fin de garantizar el correcto desarrollo del arbitraje. La posibilidad de sancionar el incumplimiento de esta obligación, que algunos autores vislumbran,⁷⁵ supone que exista un lugar en que deba ser cumplida. Según la consulta, debe considerarse que dicho lugar es el del arbitraje, por efecto del acuerdo de las partes sobre el lugar del arbitraje. En consecuencia, el apartado 1 del artículo 5 constituye un criterio para determinar la competencia de los Tribunales del lugar del arbitraje.

80. Deben formularse claras objeciones al respecto. En primer lugar, el convenio arbitral constituye un convenio de naturaleza procesal, cuyo objeto es fundamentalmente distinto al de los contratos materiales que crean obligaciones para las partes.

«It is, however, of a different nature from the other provisions of the contract: not merely because the rights which it creates are procedural rather than substantive.»⁷⁶

Por otra parte, numerosas acciones ejercitadas ante los Tribunales del lugar del arbitraje pueden difícilmente ser consideradas como acciones cuyo objeto sea el cumplimiento de una obligación derivada del convenio arbitral: por ejemplo, la demanda de medidas cautelares, la petición de que se acuerde un plazo adicional para que el árbitro concluya su misión.

75 — Mustill y Boyd, *op. cit.*, p. 409.

76 — *Ibidem*.

74 — Kaye, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

81. Por último y sobre todo, el propio Sr. Schlosser admite que la competencia de los Tribunales del lugar del arbitraje, basada en el apartado 1 del artículo 5, no puede ser exclusiva. Y llega, por tanto, a vislumbrar que los Tribunales de un Estado contratante distinto del Estado del lugar del arbitraje podrían «give support to arbitration conducted or to be conducted pursuant to the rules of a foreign legal order». Tal eventualidad no es realista. ¿Cabe imaginar, por ejemplo, que un juez inglés acepte intervenir en apoyo de un arbitraje que se desarrolle en París? Por lo demás, el Sr. Schlosser admite a este respecto que los Tribunales nacionales se han negado casi siempre a intervenir en aquellos procedimientos de arbitraje que no se rigen por su propio Derecho.

82. En cuanto al intento de articular un fuero en virtud del artículo 17, también parece criticable. En efecto, sería peligroso sugerir que el convenio arbitral deba analizarse en el sentido de que contiene una sumisión tácita a los Tribunales del lugar del arbitraje. Esta solución que propugna el Sr. Schlosser llevaría a exigir que las cláusulas compromisorias se atuviesen a los requisitos del artículo 17 para determinar la competencia de los Tribunales del lugar del arbitraje. Ante la tesis del Sr. Schlosser, se vislumbran claramente las inextricables controversias que podrían surgir a este respecto en el momento de solicitar la intervención de los Tribunales del lugar del arbitraje. En particular, conviene mostrarse extremadamente reservado ante las sugerencias del autor cuando propone buscar en el apartado 2 del artículo II del Convenio de Nueva York, relativo a la *forma del convenio arbitral*, la forma conforme a los usos del comercio internacional que para los *convenios atributivos de competencia* exige el artículo 17 del Convenio de Bruselas.

83. El factor de complejidad que supone «descubrir» en el convenio arbitral una cláusula implícita atributiva de competencia en favor de los Tribunales del lugar del arbitraje destruye la virtualidad de esta solución, elaborada para intentar paliar los inconvenientes de la lectura «revisada» del Convenio que se ha sugerido a este Tribunal de Justicia.

84. Si los artículos 5, apartado 1, y 17 del Convenio han de ser interpretados de una manera tan intrépida como sugiere el Sr. Schlosser, es precisamente porque el Convenio no ha previsto ningún fuero relativo a los Tribunales del lugar del arbitraje, y tal omisión se explica precisamente por la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Convenio.

«Had it been decided expressly to include such legal proceedings within the Convention's scope, it may have required an additional exclusive jurisdiction ground of courts of place of arbitration in Section 5 of Title II.»⁷⁷

85. Las negociaciones mantenidas con ocasión de la adhesión del Reino Unido al Convenio de Bruselas pusieron claramente de relieve que para todos los Estados contratantes los litigios en materia de arbitraje pendientes ante los Tribunales estaban excluidos del ámbito de aplicación del Convenio. El informe sobre el Convenio de adhesión de 1978 carece de ambigüedad al respecto. La falta de justificación convincente de la tesis de SII y los inconvenientes que supone me mueven a rechazarla sin sombra de duda.

77 — Kaye, *op. cit.*, p. 189, nota 412.

86. En su consulta, el Sr. Jenard propone una solución aparentemente menos radical que la del Sr. Schlosser, puesto que no cuestiona expresamente el principio según el cual los litigios en materia de arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación del Convenio. Sin embargo, el Sr. Jenard llega a la conclusión de que el litigio sometido al Juez *a quo* se rige por el Convenio. Según el Sr. Jenard, el Convenio se aplica a un procedimiento que suponga que la cuestión incidental de la existencia o de la validez de un convenio arbitral sea resuelta por un Tribunal competente en virtud del Convenio. Por lo demás, invoca la sentencia Effer⁷⁸ de este Tribunal de Justicia. Ya vimos cómo en dicha sentencia el Tribunal de Justicia admitió que el apartado 1 del artículo 5 no dejaba de aplicarse a un litigio relativo a una demanda principal incluida en el ámbito de aplicación del Convenio —el pago de honorarios— cuando una de las partes alegaba la propia inexistencia del contrato cuyo cumplimiento se le reclamaba. Estas precisiones causan perplejidad en cuanto al extremo de comprender cómo pueden incitar al Sr. Jenard a estimar que, pese a todo, el litigio sometido al Juez *a quo* se rige por el Convenio. El Sr. Jenard admite, en efecto, que el arbitraje constituye «a main issue» ante los Tribunales británicos. Según él, sin embargo, la existencia del proceso pendiente ante el Tribunal italiano conduce en el caso de autos a aplicar el Convenio al litigio sometido al Juez británico. Tal es, concluye el Sr. Jenard, el resultado al que conducen los objetivos y el espíritu del Convenio.

87. Este posición suscita vivas objeciones.

88. Un litigio estará o no incluido en el ámbito de aplicación del Convenio en función de la materia sobre la que verse. Se trata de un criterio objetivo. Para decidir sobre la

aplicación del Convenio, se debe determinar que, *ratione materiae*, un litigio está incluido en las previsiones del Convenio en lo que respecta a sus características propias. Pero en ningún caso el hecho de que exista otro litigio pendiente ante otro Tribunal puede tener como consecuencia hacer extensible al litigio de que se trate la aplicación del Convenio si éste no resultaba ya aplicable por razón de la materia de este último litigio. Sin embargo, es ésta la tesis del Sr. Jenard. Tal tesis podría llevar, en definitiva, a considerar que el *mismo* litigio estará incluido en el ámbito de aplicación del Convenio si existe otro litigio pendiente ante un Tribunal de otro Estado contratante, pero que, en cambio, no se regirá por el Convenio si el otro litigio no existe. En consecuencia, el ámbito de aplicación del Convenio a un litigio determinado podría estar sujeto a geometría variable.

89. Según la consulta evacuada por el Sr. Jenard, criterios de mera oportunidad definen, en función de las circunstancias, los contornos del ámbito de aplicación del Convenio. A este respecto, basta con invocar los objetivos del Convenio para que éste se aplique a cualquier litigio, con independencia del extremo de determinar si está o no incluido en su ámbito.

90. No cabe ninguna duda de que los objetivos del Convenio de Bruselas resultan decisivos para interpretar sus disposiciones. Pero la mera invocación de tales objetivos no justifica que se pasen por alto las exigencias de la coherencia jurídica ni que se descarten aquellas consecuencias que, necesarias según la lógica del propio texto, se consideren inoportunas.

91. Al afirmar pura y simplemente que, si existen dos procedimientos pendientes ante los Tribunales de dos Estados contratantes y uno de ellos tiene por objeto principal el ar-

78 — Antes citada.

bitraje mientras que en el otro dicha materia tiene carácter incidental, el Convenio se aplica al primero, la consulta del Sr. Jenard pretende evitar la conclusión a la que conduce inevitablemente la exclusión del arbitraje, conclusión que, por lo demás, el no cuestiona en principio.

92. No sé si es necesario repetir que para llegar a la conclusión de que el Convenio se aplica es preciso determinar que un litigio está incluido en su ámbito. Recurrir exclusivamente a los objetivos del Convenio para paliar la imposibilidad de tal demostración revela la debilidad jurídica de una posición que se niega a admitir lo evidente: el litigio sometido al Juez *a quo* queda fuera del ámbito de aplicación del Convenio.

93. Habida cuenta de la respuesta que a mi juicio debe darse a la primera cuestión, no voy a pronunciarme sobre las cuestiones segunda y tercera de la Court of Appeal, y me limitaré a formular unas breves observaciones al respecto.

94. El examen de la consulta evacuada por el Sr. Schlosser me ha permitido exponer hasta qué punto me parece artificial e inadecuado articular la competencia de los Tribunales del lugar del arbitraje fundándose en el apartado 1 del artículo 5 o en el artículo 17. Sin embargo, a mi juicio, este Tribunal de Justicia se verá ineluctablemente forzado a articular judicialmente tal fuero si admite la tesis de que todos los litigios en materia de arbitraje están incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio.

95. Por último, este Tribunal de Justicia únicamente habrá de responder a la cuestión relativa a los artículos 21 y 22 del Convenio

en el supuesto de que estime que el Convenio regula el litigio sometido al Juez *a quo* y que la competencia de este último se fundamenta en el apartado 1 del artículo 5 o en el artículo 17.

96. En primer lugar, señalaré que resulta imposible vislumbrar un supuesto de litispendencia entre una acción destinada a la designación de un árbitro y otra acción que tiene por objeto que se resuelva el propio fondo del litigio. Por lo demás, a pesar de ser favorable a la tesis de la sociedad italiana, la propia Comisión admite que en el caso de autos no se trata de litispendencia.

97. En segundo lugar, y en lo que atañe al artículo 22, me abstendré de examinar si en el caso de autos se cumplen los diversos requisitos que tal artículo establece, para limitarme a hacer constar que, aun suponiendo que así fuese, el texto del artículo «no impone obligación alguna al Tribunal ante el que, en el supuesto de demandas conexas, se haya presentado la demanda posterior».⁷⁹ Por lo que a dicho Tribunal respecta, se trata simplemente de la *facultad* de suspender el procedimiento o, caso de que se reúnan los requisitos del párrafo segundo del artículo 22, de la facultad de inhibirse. Es decir, que en modo alguno puede la interpretación del Convenio que SII sugiere a este Tribunal de Justicia conducir a *obligar* al Juez *a quo* a suspender el procedimiento. Lo cual supone que el ejercicio por el Juez *a quo* de dicha facultad corre el riesgo de verse influido por la convicción que se forje sobre lo acertado de la solución que hace aplicable el Convenio al litigio del que está conociendo.

98. En otros términos, una solución claramente contraria a la lógica y a la seguridad

79 — Gothot y Holleaux, *op. cit.*, p. 127, apartado 225.

jurídicas, adoptada en nombre de los objetivos del Convenio, no producirá necesariamente el resultado que tales objetivos exigen: que tan sólo el Juez italiano decida sobre la cuestión de la existencia del convenio arbitral. Lo que equivale a afirmar que será preciso encontrar razones indiscutibles que aboguen en favor de la aplicación del Convenio al litigio sometido al Juez *a quo*. Por lo que a mí respecta, tal búsqueda ha resultado totalmente infructuosa.

99. Permítaseme hacer, por último, algunas observaciones finales de carácter general. En primer lugar, el litigio pendiente ante el Juez británico no tiene nada de excepcional. Es muy frecuente, en efecto, que se suscite controversia sobre la existencia del convenio arbitral, circunstancia que se explica mucho más fácilmente por el hecho de que en la actualidad la ejecución de los laudos arbitrales ha superado plenamente su período de rodaje en la comunidad internacional.

100. En segundo lugar, existe acuerdo en reconocer que las estrategias dilatorias de la parte reacia al arbitraje constituyen un obstáculo de envergadura para la eficacia del arbitraje internacional.⁸⁰ Es evidente que esta observación tiene carácter general y en modo alguno pretendo indicar con ella que en el marco del litigio principal la actitud de alguna de las partes se haya inspirado en tales motivos. Pero no puede eludirse el hacer constar que la aplicación del Convenio a tales litigios constituirá en algunos supuestos un modo adicional de favorecer el «forum shopping», contraviniendo la acordada sumisión del litigio al árbitro.

101. A este respecto, es necesario hacer una precisión. Aunque este Tribunal de Justicia decidiese que el Convenio de Bruselas no se aplica a los litigios en materia de arbitraje, ello no querría decir que deje a los árbitros el cometido de resolver sobre su propia competencia. Por lo demás, quienes en el caso de autos resolverán la cuestión son, al parecer, los propios Tribunales británicos. Pero no puede ignorarse que, con carácter general, los Derechos nacionales⁸¹ y los Convenios internacionales tienden a reconocer a los árbitros la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia,⁸² con la salvedad de que tal apreciación podrá ser siempre objeto de control judicial. Este es el sentido de la evolución, en contra de la cual es evidente que no puede ir el Convenio de Bruselas. Ahora bien, su aplicación a los litigios en materia de arbitraje podría favorecer ciertas maniobras dilatorias de la parte reacia, la cual podría dirigirse al Tribunal de un Estado contratante con objeto de eludir la aplicación de Derechos de otros Estados contratantes más favorables al procedimiento arbitral. El lugar del arbitraje es algo fortuito. Sería paradójico que la elección de un lugar de arbitraje dentro de la Comunidad, cuando alguna de las partes esté domiciliada en el territorio de la misma, pudiese provocar la exclusión del procedimiento de

81 — Al menos los sistemas jurídicos de «Derecho civil»; el Derecho británico manifiesta muy claras reticencias con respecto a la «competencia-competencia» tal como se ha consagrado en los sistemas continentales; sobre este extremo, véase sobre todo E. Gaillard, *op. cit.*, p. 776.

82 — Sobre el grado de control de la existencia del convenio arbitral por parte del Juez estatal que ha de designar un árbitro, véase la descripción de las soluciones nacionales en Gaillard, *op. cit.*, pp. 778 y 779; este autor parece estimar que la solución del Derecho neerlandés (párrafo cuarto del artículo 1027 del Código de Procedimiento Civil), según la cual «el Presidente o el tercero designará el árbitro o los árbitros sin examinar la validez del convenio arbitral», resulta excesivamente favorable a la competencia-competencia; y manifiesta su preferencia por las soluciones de compromiso recogidas en el nuevo Derecho suizo (el Juez «dará curso favorable a la solicitud de la designación que se le presente, a no ser que un examen sumario demuestre que entre las partes no existe ningún convenio arbitral»); compárese lo anterior con el artículo 12.5 de la Ley portuguesa de 1986 y con el párrafo tercero del artículo 1444 del nuevo Código de Procedimiento Civil francés, los cuales prevén que el Juez que ha de designar el árbitro o los árbitros podrá hacer constar que la cláusula compromisoria es manifiestamente nula y declarar que no procede la designación.

80 — A este respecto, véase sobre todo Gaillard, E.: «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international», *Revue de l'arbitrage*, 1990, nº 4, p. 759.

arbitraje por aplicación del Convenio de Bruselas, Convenio que, en cambio, en ningún caso sería aplicable si el arbitraje hubiese de llevarse a cabo fuera de la Comunidad.

sobre la existencia del convenio arbitral, es evidente que no puede excluirse que ello conduzca ulteriormente, por ejemplo, a que se dicte un laudo arbitral inconciliable con la resolución judicial sobre el fondo dictada en Italia.⁸⁴ Esta perspectiva debe ser aceptada por el Tribunal de Justicia.

102. Por último, la sociedad SII ha destacado el riesgo de resoluciones inconciliables a que daría lugar la inaplicación del Convenio al litigio sometido al Juez británico. Por mi parte, estoy plenamente convencido de que conviene encontrar, en la medida de lo posible, soluciones capaces de eludir ese riesgo, pero resulta también necesario circunscribir de un modo correcto y preciso los datos de la dificultad. En primer lugar, repito, los mecanismos de los artículos 21 y 22 únicamente pueden aplicarse en el marco del ámbito de aplicación del Convenio. Ahora bien, en la medida en que no se aplica a determinadas materias, dicho Convenio lleva consigo inevitablemente el riesgo de que puedan recaer resoluciones inconciliables. Esta es una consecuencia ineluctable de que los autores del Convenio hayan excluido ciertas materias de su ámbito de aplicación. Puede parecer lamentable *in abstracto* el que dos Jueces —de los cuales uno conozca de un litigio al que se aplica el Convenio y el otro de un litigio exterior al mismo— puedan tener una apreciación diferente de la misma cuestión prejudicial. Este tipo de situación es la consecuencia de las exclusiones que establece el Convenio. Este Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de examinar supuestos del carácter inconciliable entre una resolución judicial a la que se aplica el Convenio y una resolución judicial al margen de su ámbito de aplicación.⁸³ Si en el caso de autos el Juez italiano y el Juez británico adoptan puntos de vista diferentes

103. Por lo demás, aunque evidentemente no es deseable que un laudo arbitral y una resolución judicial estatal sean inconciliables, existen métodos para resolver este carácter inconciliable. Tales métodos fueron expuestos en un estudio consagrado a los conflictos entre resoluciones judiciales y laudos arbitrales.⁸⁵ El autor de ese estudio examinó, en particular, la oposición entre una resolución judicial protegida por el Convenio de Bruselas y un laudo arbitral, así como las soluciones aplicables en tal supuesto. En cualquier caso, del referido estudio se desprende claramente que los principios en la materia permiten determinar, según las circunstancias de cada conflicto, si debe prevalecer la resolución judicial o el laudo arbitral.

104. Por último, he de decir que en modo alguno me he sentido afectado por la observación que hizo la Comisión en la vista, evocando el carácter «comunitario» de la solución que propugna, en contraposición

⁸³ — Sentencia de 4 de febrero de 1988, Hoffmann/Krieg (145/86, Rec. p. 645; conflicto entre una resolución judicial que concedía una pensión alimenticia entre cónyuges, incluida en el Convenio, y la resolución judicial que pronunciaba el divorcio, no incluida en el Convenio).

⁸⁴ — Cuyo reconocimiento y ejecución, por lo demás, podrían conducir, quizá, a resolver la cuestión —que he abordado en varias ocasiones en estas conclusiones— de si el Convenio resulta aplicable a una resolución judicial sobre el fondo dictada a pesar de existir un convenio arbitral que el Juez del Estado requerido, por su parte, haya considerado válida.

⁸⁵ — Schlosser, P.: «Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage», *Revue de l'arbitrage*, 1981, n° 3, p. 371.

con la tesis de los tres Estados miembros intervinientes según la cual el Convenio no se aplica al litigio de que conoce el Juez británico. Por lo que a mí respecta, no veo qué ventaja puede tener para la Comunidad el ignorar las necesidades jurídicas específicas del arbitraje internacional, modo universal

de resolver los litigios del comercio internacional. Espero haber demostrado que esas necesidades no se identifican necesariamente con las que expresa el Convenio de Bruselas, instrumento destinado a garantizar una buena administración de la justicia estatal dentro de la Comunidad.

105. En consecuencia, propongo a este Tribunal de Justicia que recuerde claramente el ámbito de aplicación del Convenio, declarando lo siguiente:

«La cuestión de la existencia de un convenio arbitral, suscitada ante un Juez al que se solicita que proceda a la designación de un árbitro, está contemplada en la exclusión del punto 4 del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.»