



“sólo la declinatoria permitirá encauzar la tramitación de la controversia a través del arbitraje pactado libremente por las partes”.

La Proposición de Declinatoria en el Proceso Arbitral

371

Ana María Chocrón Giráldez*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El sistema arbitral en el ordenamiento jurídico español se encuentra regulado en la Ley 60/2003 del 23 de diciembre; un texto que vino a impulsar el arbitraje avanzando en lo que a su regulación se refiere para acomodar su articulado a los postulados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional que sirve de referente también para el arbitraje interno o común. Antes, la anterior Ley 36/1988 había logrado rescatar del olvido a este medio alternativo de solución de controversias, pues durante su vigencia se produjo una notable expansión del arbitraje; aumentó en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se consolidó el arbitraje institucional y se ajustó la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje. A pesar de todo, la actual legislación de arbitraje supone un importante avance en la regulación del mismo, no sólo por lo que de modernización de esta figura supone, sino también porque procura responder a las imperfecciones y problemas de orden práctico que se han ido detectando durante el anterior régimen con el objetivo claro de apostar decisivamente por el desarrollo del arbitraje en España.

En ese orden, cuando se escriben estas líneas, se acaba de aprobar en el Parlamento español una reforma de la actual Ley de Arbitraje de 2003, entre cuyos propósitos se encuentra el impulso de esta institución a través de la reasignación de las funciones judiciales y arbitrales. Nos interesa destacar, desde el principio, este aspecto toda vez que las líneas que siguen van encaminadas, precisamente, al análisis de aquellas situaciones en las que una de las partes no quiere someterse a arbitraje y recurre a la vía jurisdiccional. Partiendo, por consiguiente, de ese dato, centraremos nuestra atención en el artículo 11 de la Ley, norma que regula los efectos del convenio arbitral. A estos efectos, señala en su apartado primero que “el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

Sin embargo, antes de entrar en el estudio del tema propuesto, conviene tener presente dos circunstancias:

- a) Primero, el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes que persiguen poner fin a la controversia que las enfrenta con una decisión puramente privada lo que va a acentuar el poder de las partes sobre el proceso arbitral.

* Doctora en Derecho y profesora de la Universidad de Sevilla en la que imparte docencia en el Departamento de Derecho Penal y Procesal.

En efecto, el que el arbitraje tenga su origen en un acuerdo de voluntades capaz de obligar a las partes que lo han suscrito a sentirse vinculadas por la decisión del árbitro conecta con el tema de la naturaleza del arbitraje; tema que fue, en su día, objeto de un intenso debate doctrinal que fructificó en tres teorías (la jurisdiccionalista, la contractualista y la ecléctica):

1. La teoría jurisdiccionalista se basa fundamentalmente en la consideración de la función de los árbitros como jurisdiccional, aunque sea con carácter temporal y limitado al asunto concreto sometido a su examen.
2. La teoría contractualista sostiene que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos: el convenio arbitral, en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un árbitro para solucionar su controversia y cuya decisión deviene obligatoria para ambas; y por otro, la obligación que adquiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho o en equidad.
3. La teoría ecléctica o mixta trata de armonizar los elementos de las teorías anteriores; de forma tal que acepta la existencia de elementos contractuales en relación del árbitro con las partes; pero sostiene también elementos de la teoría jurisdiccionalista, sobre todo en la función que desempeñan los árbitros y en la eficacia que se otorga al laudo.

En la doctrina española, la teoría jurisdiccionalista ha sido secundada mayoritariamente¹ frente a la clásica postura contractualista defendida esencialmente por GUASP²; lo que no obsta para sostener las diferencias entre uno y otro método, ambos heterocompositivos pero con distinto fundamento y desenvolvimiento.

- b) Segundo, a través del arbitraje se trata de solucionar una controversia, aunque sea al margen de los Tribunales de justicia que se integran en un poder del Estado (Poder Judicial), y esa finalidad hace que se otorguen determinadas facultades a los árbitros tendentes a posibilitar el desarrollo del arbitraje frente a la posible desidia o desinterés de las partes.

Además, no podemos olvidar que el proceso judicial es el instrumento utilizado por el Estado para la solución de conflictos; el medio a través del cual se ejercita la jurisdicción con aplicación del Derecho en el caso concreto. Esa importante función jurídica está encomendada a unos

órganos, los tribunales de justicia, que resolverán la controversia con sujeción a la ley; a los que las partes pueden dirigirse para defender sus derechos e intereses legítimos, tal como les reconoce el artículo 24 de la Constitución Española.

II. LA SUMISIÓN DE LAS PARTES AL CONVENIO ARBITRAL

Apenas se profundiza en el estudio de la institución arbitral surge el tema de la necesidad de fomentar esta institución y resaltar sus aspectos positivos frente al sistema tradicional de solución de controversias. Se ha llegado a decir, no sin razón, que haría falta un estudio sociológico para averiguar las razones por las que las personas físicas y jurídicas eluden la cláusula de vinculación de la resolución del litigio al convenio arbitral.³ Sea como fuere, resulta innegable que pese a tratarse de una institución de gran raigambre y solidez legal, su utilización como “equivalente jurisdiccional”⁴ no acaba de encontrar el sitio largamente reivindicado, pese a los constantes esfuerzos realizados por el legislador español en ese sentido.

Por la razón expuesta, entendemos que cualquier intento de reforzar el compromiso arbitral, al que en Derecho privado libremente se someten las partes, debe ser bien recibido.

En la legislación arbitral española encontramos significativos preceptos que apoyan esta línea:

Art. 9.1 El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Art. 9.5 Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Art. 11.1 El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

Art. 11.2 La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

En efecto, al basarse en la voluntad de las partes, el legislador ha propiciado, desde diversos frentes, un favorecimiento del arbitraje en la medida en que ayuda a dotar de viabilidad al convenio arbitral suscrito por los interesa-

1 Podemos citar a FENECH, “El arbitraje en el Derecho español” en Estudios de Derecho Procesal con CARRERAS, Barcelona, 1962, p. 417; CARRERAS, “Contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de Derecho comparado” en Estudios de Derecho Procesal con FENECH, Barcelona, 1962, p. 433; SERRA, “Juicio de árbitros”, NEJS tomo XIV, Barcelona, 1971, p. 49; ALMAGRO NÓSETTE, “La ejecución del laudo arbitral”, Revista Universitaria de Derecho Procesal, núm. 0, Madrid, 1988, p. 22; ORTIZ NAVACERRADA, “La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales”, Actualidad Civil, núm. 2, 1989, p. 151, entre otros.

2 GUASP, El arbitraje en el Derecho español, Madrid, 1956, p. 22.

3 MAGRO SERVET, “La vinculación de las partes a la existencia del convenio arbitral”, Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 45, 2008, p. 36.

4 SSTC 43/1988 y 62/991.

dos. En ese sentido, basta con remontarse al instrumento en el que las partes plasman su voluntad; esto es, el convenio arbitral entendido como la máxima expresión del deseo de los contratantes de someter los conflictos presentes o futuros a la decisión de uno o más árbitros. A partir de ese momento surge un doble compromiso: someter la contienda a los árbitros y acatar su decisión.⁵

Por eso, desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo se insiste en que

“la sumisión a arbitraje ha de entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz y vinculante se hace necesario que conste debidamente expresada la voluntad firme e inequívoca de las partes al someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que pudieran surgir respecto a relaciones jurídicas determinadas a la decisión de árbitros”⁶

Así las cosas, siendo el arbitraje un sistema esencialmente facultativo al que pueden acudir los particulares para resolver sus controversias; interesa señalar, desde el principio, que la vinculación de las partes al convenio arbitral les impide plantear la controversia ante un órgano jurisdiccional. Sin embargo, entendemos que esto no puede suponer nunca una renuncia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución española en el artículo 24; se trata del derecho de todo ciudadano a acudir a los tribunales de justicia y pedir que se dicte una resolución conforme al ordenamiento jurídico.

Por tanto, el arbitraje como alternativa al proceso judicial, debe ser examinado siempre desde su consideración como un instrumento de carácter temporal que no supone una renuncia a la jurisdicción a la que libremente pueden acudir los contendientes obviando la cláusula arbitral, y desde la creencia de que son razones de oportunidad las que llevan a los interesados a decidir libremente la defensa que estimen más conveniente para sus intereses en litigio cuando se trate de materia de su libre disposición. En ese orden, puede afirmarse que el arbitraje constituye una vía excepcional para la resolución de las controversias frente a la vía convencional que es la que ofrecen los tribunales de justicia; “de ahí que en caso de duda se deba desestimar la excepción dado que de lo contrario se privaría de acudir a los tribunales a personas que no hayan tenido intención de renunciar a tan fundamental derecho como es el de tutela judicial efectiva”.⁷

Sentado lo anterior, hay que referirse también al momento del inicio del arbitraje que viene establecido en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje; conforme al cual, “salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje”. Esta determinación temporal nos lleva a plantear dos órdenes de cuestiones:

a) La admisión de la demanda arbitral

Si cotejamos los efectos de la iniciación de un proceso arbitral con lo que acontece cuando se ejercita la acción civil se observa la separación o la diferencia de régimen entre el arbitraje y la jurisdicción. En efecto, para la admisibilidad de la demanda se preconiza su admisión de cara a la sustanciación del proceso judicial sin que pueda rechazarse de plano. A ello habría que añadir la obligación que tienen Juzgados y Tribunales de resolver siempre sobre las pretensiones que se les someta a su consideración (art. 11.3 Ley Orgánica del Poder Judicial Español). Sin embargo, esta argumentación no puede extrapolarse sin más al proceso arbitral; dicho en otros términos, el arbitraje no puede ser unilateral sino que ha de ser necesariamente pactado por los interesados. Otra cosa será que el demandado no formule alegaciones (contestación a la demanda), lo que no impedirá que el árbitro pueda continuar con las actuaciones sin que ello implique allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.

b) Efectos de la pendencia del proceso arbitral

No menciona la Ley la apreciación de litispendencia aunque sí excluye uno de los efectos derivados de ésta; es decir, la prohibición de la *mutatio libelli* al permitir expresamente la modificación de las alegaciones en el curso de las actuaciones arbitrales en el artículo 29. En ese orden de consideraciones, debe recordarse que el efecto de litispendencia se deduce cuando, estando pendiente un proceso, se plantea un nuevo litigio para enjuiciar la misma pretensión de suerte que, como sostiene el Tribunal Supremo Español (Sala 4ª) en sentencia de 9 de marzo de 1999 recogiendo doctrina consolidada en esa línea, se impide un segundo proceso sobre lo mismo al tiempo que, entre otras consecuencias, se protege al demandado “que no tiene por qué soportar dos discusiones idénticas; y, sobre todo, se evita la eventual producción de resoluciones contradictorias”. Pues bien, tratándose de la coexistencia del procedimiento arbitral con otro procedimiento judicial, la Ley de Arbitraje deja sin resolver las condiciones particulares de esta cuestión procesal que, no obstante, cabe entender incluida entre aquellas excepciones que puede oponer el demandado y cuya estimación impide resolver sobre el fondo del asunto (art. 22.1).

Lo que si reconoce la Ley son los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral; este último nos sitúa en el ámbito de la vinculación de las partes al convenio arbitral y, concretamente, a hablar de que el convenio debe ser hecho valer por las partes y, específicamente, por el demandado a través de la declinatoria.

5 Extensamente sobre la figura del convenio arbitral, REGLERO CAMPOS, El arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo arbitral, editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

6 SSTs de 18 de marzo y de 20 de junio de 2002, y de 31 mayo 2003, entre otras.

7 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2005.

III. ARBITRAJE Y DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN

En efecto, la anterior exposición nos sirve para introducir el instituto de la declinatoria como mecanismo previsto en la Ley para amparar la vigencia del convenio arbitral y, en consecuencia, para hacer valer la que fue la voluntad de las partes de someter su controversia a la decisión de uno o varios árbitros. Quiere ello decir que, el ámbito de aplicación de la declinatoria hay que buscarlo en todos aquellos supuestos en los que una de las partes acude a la vía jurisdiccional y la otra asume, en sentido procesal, la carga de dar carta de naturaleza al sometimiento al arbitraje pactado.

1. Régimen de la declinatoria

a) Regulación legal

A través de la declinatoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC) regula la posibilidad de denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda; por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros (Arts. 63 a 65).

En el concreto ámbito del arbitraje, no cabe desconocer que, teniendo su origen en la autonomía de la voluntad, cualquiera de las partes puede ejercitar la acción judicial renunciando al arbitraje pactado. Ello hace pivotar sobre la otra, eventual demandado, la vigencia del convenio arbitral; de modo que, si no opone declinatoria se ha de entender que existe una renuncia bilateral por lo que posteriormente no puede rehabilitarse el arbitraje.⁸

En esa línea, la sumisión a arbitraje opera de modo similar a la llamada sumisión tácita que permite, en el proceso civil, disponer de la competencia territorial (art. 55 LEC). Concretamente, es el comportamiento de las partes, y decididamente, del demandado, el que determina la voluntad de someter la controversia a la jurisdicción de los tribunales estatales con dejación del convenio arbitral. El comportamiento del que cabe deducir esta elección es el siguiente:

- El demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda.
- El demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya

precluido la facultad de proponer la declinatoria.

Por consiguiente, de conformidad con la previsión legal anterior, sólo la declinatoria permitirá encauzar la tramitación de la controversia a través del arbitraje pactado libremente por las partes.

b) Proposición

Instancia de parte

La sumisión a arbitraje sólo puede denunciarse a instancia de parte sin que esté previsto su planteamiento de oficio. Así lo corrobora la jurisprudencia que ha puesto de manifiesto que la apreciación de oficio resulta absolutamente incongruente y vulnera el principio dispositivo rector del proceso, dado que la excepción requiere su alegación por parte demandada.⁹

De igual forma se desprende con claridad en dos ámbitos concretos de la legislación procesal española:

- Incompetencia de jurisdicción por sometimiento del asunto a arbitraje

La apreciación de la falta de jurisdicción de oficio está reservada para los casos previstos en el artículo 37 de la LEC, que no menciona el supuesto de falta de jurisdicción por tratarse la controversia de un problema que debería someterse a arbitraje; cuestión a la que sí se hace referencia en el artículo 39 de la ley procesal española como materia expresamente reservada para la denuncia a instancia de la parte demandada.

Asimismo, el artículo 63.1 de la LEC señala que la alegación de la falta de jurisdicción de un tribunal por corresponder su conocimiento a árbitros es una carga del demandado que se expresa a través de declinatoria.

De la conjunción de tales preceptos resulta obvio que la declinatoria procede, en todo caso, a instancia de parte.¹⁰

- Examen y resolución de cuestiones procesales excepto declinatoria

El artículo 416.2 de la LEC descarta expresamente la declinatoria entre las excepciones a examinar en la audiencia previa del juicio ordinario, insistiendo que le corresponde al demandado su proposición antes de contestar a la demanda.

Plazo

El artículo 64 de la LEC establece que la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez prime-

8 MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, Tratado de Derecho Arbitral, Civitas, Madrid, 2006, p. 455.

9 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de noviembre de 1993.

10 Extensamente en BERNABEU PÉREZ, "La declinatoria y el arbitraje", Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 45, 2008, p. 22.

ros días del plazo para contestar a la demanda en el juicio ordinario o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista en el juicio verbal. De esta forma, al no prever la legislación arbitral ningún plazo específico, hay que estar a lo establecido en la legislación común con carácter general. En todo caso, cabe advertir de que la reforma de la Ley de Arbitraje, que en estos momentos de halla en tramitación, anuncia una ampliación del plazo de proposición de la declinatoria que podría formularse dentro de los quince primeros días del plazo para contestar a la demanda o en los quince primeros días posteriores a la citación.

Con todo, la ausencia de una justificación objetiva que avale esta extensión temporal ha sido puesta de manifiesto en la tramitación del Proyecto de reforma ante el Senado a través de la correspondiente enmienda; postulando la armonización de la legislación arbitral con los plazos de la declinatoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

De igual forma, cabe subrayar que la reforma opta por mantener la declinatoria de jurisdicción en lugar de la llamada excepción de arbitraje que era el sistema aplicable bajo la vigencia de la antigua Ley de Arbitraje de 1988. Este extremo resulta importante por cuanto en un primer borrador que proyectaba la actual reforma de la legislación arbitral se planteó volver al régimen anterior, rescatando la excepción de arbitraje pese a que la propia jurisprudencia aconsejó en ese sentido acoger el sistema de declinatoria.¹¹

En tales casos, lo que procedía era que la parte demandada formulara declinatoria en su contestación a la demanda, y tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello conllevara sumisión o aceptación de la jurisdicción ordinaria, pues sólo de este modo -sostenía el Tribunal Supremo-

“se garantiza la posibilidad de que la parte demandada, oponiendo la excepción y contestando en cuanto al fondo, no pierda oportunidades procesales ni padezca indefensión”.¹²

Sin embargo, con el sistema de declinatoria de la LEC, la parte demandada no puede limitarse a plantear la falta de jurisdicción como una excepción más de las que se alega al contestar a la demanda; ya que, como se ha dicho, debe formularse con carácter previo a la contestación.¹³

Órgano competente

La declinatoria se pondrá ante el mismo tribu-

nal que esté conociendo el pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia. No obstante, la declinatoria podrá presentarse también ante el tribunal del domicilio del demandado, el que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda; sin perjuicio de remitírsela por oficio al día siguiente de su presentación.

Efectos

Con carácter general, la proposición de declinatoria surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal, suspensión que acordará el Secretario judicial (art. 64.1 LEC).

Sin embargo, el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje precisa que la pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga; es decir, se priva a la declinatoria de sus efectos suspensivos típicos. De esta forma se quiere evitar el riesgo de que se utilice la declinatoria como mero instrumento dilatorio;¹⁴ de modo que, la incoación de un proceso judicial no puede ser sin más utilizada con la finalidad de bloquear o dificultar el arbitraje.

c) Tramitación

Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde¹⁵, con copias en número igual al de los restantes litigantes, que dispondrán de un plazo de cinco días, contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción o la competencia del tribunal, que decidirá la cuestión dentro del quinto día siguiente.

En una ya clásica definición del principio de prueba, GUASP señala que se trata de todo aquel elemento que, sin servir de una manera plena para formar la convicción del juez sobre la existencia de determinados acontecimientos jurídicos alegados como fundamento de una pretensión, induce a una creencia racional sobre su certeza.¹⁶

El mismo tenor se desprende con claridad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al referirse al principio de prueba por escrito en materia de competencia cuando alude al

“conjunto de elementos que sin servir para formar de una manera plena la convicción judicial

11 STS de 14 de noviembre de 2007.

12 Sentencias de 18 de abril de 1998, 1 de julio de 1999, 11 de diciembre de 1999, 14 de junio de 2001.

13 En ese sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 6 de julio de 2007.

14 CORDÓN MORENO, El arbitraje de Derecho Privado, Civitas, Madrid, 2005, p.139.

15 No se trata de una prueba que produzca total convicción, sino una apariencia, de unos elementos que hagan considerar inicialmente como ciertos unos hechos relevantes para la aplicación de la regla competencial, GÓMEZ COLOMER, Derecho Jurisdiccional II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 49.

16 GUASP, Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo I, 1948, Madrid, p. 344.

sobre la existencia de los hechos normalmente constitutivos del derecho que se reclama, induce a una creencia racional sobre su certeza, sin que ello prejuzgue la cuestión de fondo del litigio”.¹⁷

Por otra parte, la tramitación de la declinatoria requiere cumplir con el derecho al proceso con todas las garantías; posibilitando que las partes puedan alegar y probar lo que a su derecho convenga sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Téngase presente, además, la vigencia del principio de aportación que supone el dominio de las partes sobre la determinación del material aportado al proceso y verificación de su prueba.

d) Decisión

Una vez sustanciada la declinatoria se dictará auto resolutorio de la misma cuyo contenido se extiende a:

- Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por haberse sometido el asunto a arbitraje, lo declarará así; absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Contra el auto absteniéndose de conocer cabrá recurso de apelación.
- En otro caso, si el juez rechaza la declinatoria de jurisdicción debe desestimarla y proclamar la competencia del juzgado de remisión para el conocimiento de la acción interpuesta; debiendo seguir el procedimiento judicial conforme a derecho. Contra el auto que rechaza la sumisión del asunto a arbitraje sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de reposición en la apelación contra la sentencia definitiva.

En este punto, la reforma del artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje que postulaba la vuelta a la excepción de arbitraje, como se ha comentado anteriormente, preveía el sobreseimiento del procedimiento judicial a petición de parte (como la declinatoria) en dos supuestos concretos: cuando la controversia se encuentre sometida a arbitraje o exista convenio arbitral. A continuación, regulaba la intervención del juez en lo que se entendió que era una verdadera labor indagatoria destinada a comprobar si el convenio era manifiestamente nulo o ineficaz; casos en

los que no procedía el sobreseimiento del procedimiento judicial en el que se había alegado la excepción de sometimiento de la controversia a arbitraje.

La figura del juez que extiende su conocimiento a la regularidad del convenio está prevista en la legislación francesa en los siguientes términos:

“Les juridictions étatiques ne peuvent connaître du litige relevant de la convention d’arbitrage, sauf si le tribunal arbitral n’est pas encore saisi et si la convention d’arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inaplicable”.¹⁸

Sin embargo, su inclusión ha sido finalmente eliminada de la Ley española recuperando la norma la redacción originaria de la Ley 60/2003 y manteniendo, consecuentemente, la declinatoria de jurisdicción. Además, ha de recordarse al respecto que la indagación acerca de la regularidad del convenio arbitral no se encuentra entre los ámbitos para los que la Ley prevé funciones de apoyo y control del arbitraje por parte de los órganos jurisdiccionales que resultan, en ese sentido, más restringidos que en la legislación francesa.¹⁹

2. La estimación de la declinatoria y la acción de anulación del laudo arbitral

De entrada hay que dejar claro que la acción de anulación del laudo no es un recurso de apelación y de plena jurisdicción como los previstos en la LEC contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia; ni es una segunda instancia, sino que es una acción-recurso restringido y con motivos de impugnación tasados, como se deduce del propio tenor literal del artículo 41 de la Ley de Arbitraje al decirnos, imperativamente, que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los motivos que dicha norma enumeran.²⁰

Dada su especial naturaleza jurídico-procesal, se tiende a entender la anulación como “una pequeña casación”; y por eso, el Tribunal no puede entrar en el examen de la prueba, más que en su aspecto formal; ni hacer nuevas declaraciones o condenas, sino que su función se reduce a declarar si procede o no la anulación o nulidad total o parcial del laudo.

17 STS de 20 de enero de 1977.

18 Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage (art. 1448). Además, se prevé que toda estipulación contraria a esta exigencia se tendrá por no puesta.

19 El artículo 8 de la Ley de Arbitraje contiene un catálogo de materias en las que está prevista la colaboración del juez en el arbitraje, tales como la asistencia en materia de pruebas, adopción de medidas cautelares o la acción de anulación del laudo. Como se dirá más adelante, es precisamente a través de la acción de anulación como puede hacerse valer la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, que el actual artículo 11 no contempla que se haga a través de declinatoria.

20 El artículo 41 de la Ley de Arbitraje contempla los siguientes motivos:

- a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

Todo ello resulta confirmado, además, por la propia jurisprudencia constitucional que, en atención al propio instituto del arbitraje, establece que los motivos de impugnación deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje o a las garantías esenciales del procedimiento; porque de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería desnaturalizada si el laudo pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo.²¹ De ahí que sólo se incida en la anulación del laudo en errores *in procedendo*, de suerte tal que la motivación jurídica en cuanto al fondo de lo resuelto sólo se verá afectada indirectamente, esto es, en tanto en cuanto se hayan inobservado por la instancia arbitral las máximas garantías procesales²².

En esa línea, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje señala que lo que se inicia con la acción de anulación es un verdadero proceso de impugnación de la validez del laudo.

Pues bien, si una parte hubiera acudido a la vía judicial y la otra hubiera interpuesto declinatoria de jurisdicción para hacer valer la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, podemos encontrarnos con que tras su tramitación la declinatoria resultara estimada. En consecuencia, lo procedente será que el juez se aparte del conocimiento del asunto para que pueda tramitarse el arbitraje. Así las cosas, sustanciado el arbitraje, si las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral se hubieran alegado durante su tramitación para discutir la obligación de someterse a arbitraje; el laudo deberá resolver también sobre dicho extremo. Contra el laudo podrá ejercer, la parte interesada, la acción de anulación amparada en el motivo primero del artículo 41 (“Que el convenio arbitral no existe o no es válido”) antes citado, pero sin que le sea posible revisar en sede judicial de la decisión arbitral en cuanto al fondo.

Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes; intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad-, de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje.²³

Hemos de señalar al respecto que, de modo general, la inexistencia de cualquier cosa puede obedecer a que la cosa nunca existió o a que, habiendo existido, dejó de hacerlo en un momento determinado. En tal sentido, se ha señalado que el convenio será inexistente cuando carezca de realidad fáctica y nulo cuando adolezca de una causa que determine tanto su nulidad como su anulabilidad.²⁴ Es el caso del convenio arbitral establecido mediante un sistema de contratación impuesto y, por tanto, sin estar respaldado ni por un consentimiento bilateral cierto; ni

por un asentimiento claro, preciso y determinante por ambas partes de someter sus diferencias y vicisitudes contractuales a un arbitraje y acatarlo. Por consiguiente, dándose estas circunstancias, no reúne los requisitos que para su validez exige la Ley, que lo concibe como libre expresión de una voluntad alternativa a la vía jurisdiccional y nunca como sometimiento de una parte a otra.

3. Declinatoria de jurisdicción y cuestión de competencia

En el epígrafe anterior habíamos planteado la cuestión que se suscita cuando una parte hubiera acudido a la vía judicial y la otra hubiera interpuesto declinatoria para denunciar la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Para el caso de que la declinatoria resultara estimada, se indicó que lo procedente era que el juez se apartara del conocimiento del asunto haciendo valer la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje.

Con ello tratamos de poner en relieve que, en estos casos, no se trata de “declinar” la competencia judicial en favor de la competencia del árbitro; ya que nos hallamos ante dos instancias distintas. Es decir, la legitimación del árbitro proviene de un convenio suscrito por las propias partes del conflicto y su autoridad (como equivalente a saber socialmente reconocido) se limita a emitir el laudo o decisión que aquéllas se han comprometido a acatar. En el proceso judicial, la situación del juez es distinta porque, aunque igualmente goza de autoridad, ha de reconocérsele también potestad (como equivalente a poder socialmente reconocido) en cuanto funcionario del Estado y depositario en exclusiva de la potestad jurisdiccional concentrada en la doble misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución Española).

En razón de lo expuesto, la separación del juez del conocimiento de un asunto en virtud de declinatoria no puede considerarse ni como un conflicto de jurisdicción (art. 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español) ni como una cuestión de competencia (art. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español) entre órganos jurisdiccionales; ya que el árbitro no ostenta esa condición. Por tanto, podemos concluir, en este punto, que es la autonomía de la voluntad de las partes la que, en su caso, va a determinar que la controversia quede sometida a arbitraje.

IV. CONVENIO ARBITRAL Y TUTELA CAUTELAR

No queremos terminar estas líneas sin referirnos al apartado tercero del artículo 11 de la Ley de Arbitraje Española. Este que contempla otro de los efectos atribuibles al convenio arbitral, cuando establece que no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

21 Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 176/1996.

22 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 9 de febrero de 2009.

23 STS de 21 de febrero de 2006.

24 CORDÓN MORENO, op. cit., p. 200.

Por tanto, se acepta la posibilidad de adoptar medidas cautelares incluso antes del inicio del arbitraje propiamente dicho.

Esta posibilidad es indudable a la luz de la LEC, cuyo artículo 722 establece que podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite que se halla en una de estas tres situaciones:

- a) Ser parte de un proceso arbitral pendiente en España;
- b) Haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley de Arbitraje; o
- c) En el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Con ello se pone de manifiesto que el convenio arbitral no excluye la jurisdicción en la medida en que las partes pueden solicitar medidas cautelares al juez sin que pueda oponerse la cláusula de sumisión a arbitraje a través de la declinatoria.

Pero, además, debe insistirse en que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone, en modo alguno, renuncia tácita al arbitraje; y que se pueden pedir medidas cautelares de manera alternativa y concurrente en el proceso arbitral (art. 23) y ante la autoridad judicial (art. 11.3)²⁵

378

BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, “La ejecución del laudo arbitral”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 0, Madrid, 1988.

BERNABEU PÉREZ, “La declinatoria y el arbitraje”, *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 45, 2008.

CARRERAS, “Contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de Derecho comparado” en *Estudios de Derecho Procesal* Barcelona, 1962.

CARRERAS MARAÑA, “La tutela cautelar del arbitraje, en especial, la potestad cautelar arbitral”, *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 15, 2005.

CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2005.

FENECH, “El arbitraje en el Derecho español” en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962.

GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

GUASP, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, 1948, Madrid.

- *El arbitraje en el Derecho español*, Madrid, 1956.

MAGRO SERVET, “La vinculación de las partes a la existencia del convenio arbitral”, *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 45, 2008.

MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Madrid, 2006.

ORTIZ NAVACERRADA, “La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1989

REGLERO CAMPOS, *El arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo arbitral*, editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

SERRA DOMÍNGUEZ, “Juicio de árbitros”, *NEJS*, tomo XIV, Barcelona, 1971.

25 CARRERAS MARAÑA, “La tutela cautelar del arbitraje, en especial, la potestad cautelar arbitral”, *Práctica de los Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 15, 2005, p. 9.