

El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional

Clara ISABEL CORDERO ÁLVAREZ
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: Aunque el laudo arbitral tiene el mismo valor que una sentencia dictada en sede judicial, los tribunales de arbitraje no tienen ningún poder para ejecutarlos, de ahí surge la irremediable relación de dependencia entre el arbitraje y la jurisdicción.

Summary: Although, the by arbitration sentence has he himself value that a sentence dictated in judicial seat, the arbitration courts do not have any power to execute them, from the irremediable relation of dependency between the arbitration and the jurisdiction arises there.

Palabras clave: Arbitraje, Litispendencia, Poder jurisdiccional, Ejecución, Laudo, Sentencia, Procedimiento, Tribunal, Medidas provisionales, Jurisdicción.

Key words: Arbitration, Litispendencia, Jurisdictional power, Execution, Arbitral resolutions, Sentences, Procedure, Court, Provisional measures, Jurisdiction.

Sumario:**I. Introducción.**

- 1.1. *Marco general.*
- 1.2. *Aproximación al problema de la litispendencia.*

II. Existencia, validez y extensión del Convenio Arbitral como fuente de la competencia arbitral.**III. Intervención de la jurisdicción en el proceso arbitral sin renuncia al arbitraje.****IV. La declinatoria y la excepción de litispendencia arbitral.**

- 4.1. *Inicio del proceso jurisdiccional cuando no está pendiente el arbitraje pactado. Especial referencia al inicio del arbitraje.*
- 4.2. *Inicio del proceso jurisdiccional cuando hay un procedimiento arbitral pendiente.*

V. La excepción de la litispendencia jurisdiccional en el procedimiento arbitral.

- 5.1. *Litispendencia de procedimiento jurisdiccional previo.*
- 5.2. *Litispendencia de procedimiento arbitral previo.*

VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. *Marco general*

El arbitraje, como institución que imparte Justicia privada, no puede considerarse como una jurisdicción paralela a la Justicia impartida por los órganos jurisdiccionales nacionales. No existe, por tanto, una verdadera «Jurisdicción arbitral», sino que nos encontramos ante un método alternativo a la resolución judicial de controversias. Si bien el laudo arbitral tiene el mismo valor que una sentencia dictada en sede judicial, pero los tribunales de arbitraje no tienen ningún poder para ejecutarlos, de ahí surge la irremediable relación de dependencia entre el arbitraje y la jurisdicción. Por ello nunca podríamos estar ante un conflicto de jurisdicción entre los órganos jurisdiccionales y el arbitraje, toda vez que el arbitraje no es una jurisdicción, sino un medio alternativo de solución de controversias legitimado por la voluntad de las partes en litigio.

La reseñada interrelación e interdependencia entre la jurisdicción y el arbitraje tiene varias manifestaciones prácticas en las distintas fases del arbitraje, no obstante, por sí mismas no pueden entenderse como una renuncia al arbitraje a favor de la jurisdicción como veremos.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, el marco legal es completo, contamos, por un lado, desde un punto de vista sustantivo con la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, norma de producción autónoma que en lo relativo al Arbitraje internacional, da respuesta expresa a los problemas de delimitación entre el Derecho Internacional Privado convencional y autónomo en la regulación de esta materia, en lo que respecta a aplicabilidad y eficacia del Convenio de Nueva York de 1958 (en adelante Convenio NY), sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrito por España en 1977, al reenviar

nuestra Ley arbitral en su Exposición de Motivos, Motivo X sobre el exequátur de laudos extranjeros, a los convenios internacionales en los que España sea parte y, en especial, al Convenio de Nueva York de 1958. Dado que España no ha formulado reserva alguna a este convenio (art. I.3 CNY), resulta aplicable con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido o no dictado en un Estado parte en el convenio, dotando así de carácter *erga omnes* este convenio para España, todo ello de plena conformidad con la cláusula de compatibilidad del artículo VII.1 del Convenio de Nueva York ¹.

La regulación adjetiva o procedimental de la materia, que completa el marco regulador, es de naturaleza autónoma, puesto que la encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Y esto porque en cuanto al procedimiento de exequátur, este instrumento convencional, en su artículo III, remite a las normas del Estado donde el laudo arbitral sea invocado –Estado requerido–, estableciendo que «los Estados contratantes reconocerán el carácter definitivo del laudo arbitral y concederá su ejecución de acuerdo con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde el laudo sea invocado» ². En el caso español, y teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 46 apartado 2.º de nuestra Ley de Arbitraje, el exequátur se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. No obstante, y aunque nos remite a nuestra norma de origen autónomo, no rige ni el sistema de reciprocidad ni el de condiciones (LEC 1881), sino que por nuestros Juzgados se seguirán las condi-

1. Artículo VII del Convenio de Nueva York: «1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.»

2. Artículo III del Convenio de Nueva York: «Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.»

ciones de homologación preceptuadas en el Convenio de Nueva York en su artículo v³.

1.2. *Aproximación al problema de la litispendencia*

Una vez que hemos hecho una aproximación general de la materia sobre la que versa nuestro trabajo, centraremos de manera introductoria el sector concreto de estudio, el problema de si es posible litispendencia entre la jurisdicción y el arbitraje. Cabe afirmar que entre las cuestiones más relevantes, o al menos en la práctica más recurrente, en las relaciones entre los tribunales ordinarios y los arbitrales se encuentra la litispendencia.

Tenemos, en primer lugar, que hacer una definición de lo que se entiende por litispendencia para abordar la cuestión. Para ello vamos a contar con el concepto utilizado por reiterada jurisprudencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). Tomando un caso concreto, el laudo dictado por el tribunal arbitral en el asunto 5103/1988, seguido bajo los auspicios de la CCI, dispuso que la

«litispendencia propiamente dicha puede surgir únicamente entre dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes cuando las reglas de competencia de su jurisdicción autorizan a ambas a conocer de un mismo litigio. Esta situación de conflicto no puede surgir entre una jurisdicción arbitral y una jurisdicción estatal, ya que “su respectiva existencia no depende más que de un factor: la existencia, la validez y la extensión del convenio arbitral” (...).»

Esta opinión ha sido avalada posteriormente por otros laudos CCI, como el dictado en los asuntos 6142 de 1990.

Por tanto, siguiendo esta tendencia no cabe litispendencia en las relaciones entre un tribunal jurisdiccional y uno arbitral, dado que la litispendencia supone la competencia simultánea de dos tribunales para conocer sobre un mismo asunto litigioso, situación que es del

3. La competencia objetiva para conocer y resolver del exequátur le correspondía según la LEC 1881 a nuestro TS, si bien, tras la modificación por la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social –Ley de Acompañamiento de Presupuestos– del artículo 955 de la LEC, se atribuye esta competencia a los Juzgados de 1.ª Instancia.

todo imposible en materia de arbitraje. Toda vez que desde el momento en que un convenio arbitral es válido, eficaz y el litigio susceptible de enjuiciamiento arbitral (arbitrable), el tribunal estatal ya no es competente, pues las partes, de común acuerdo, han decidido otorgar la jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto al tribunal arbitral. En este sentido encontramos jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, Sentencia 174/1995 de 23 de noviembre, que declara: «*El arbitraje es un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, y supone una renuncia a la Jurisdicción estatal por la de un árbitro o árbitros.*» No obstante, encontramos autores que se pronuncian en contra aduciendo la posibilidad de que un proceso arbitral produzca una verdadera litispendencia, como, por ejemplo, la profesora Alicia González Navarro, postura ésta que abordaremos en el epígrafe correspondiente, remitiéndonos, por tanto, al comentario posterior (véase *infra*, IV.2.).

II. EXISTENCIA, VALIDEZ Y EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL COMO FUENTE DE LA COMPETENCIA ARBITRAL

Partimos de dos premisas básicas, de la unidad de la jurisdicción y de la autonomía del arbitraje, que constituyen principios fundamentales que impiden la posibilidad de identificar a la justicia privada con la jurisdicción, pero que a la vez permiten que la *justicia estatal* y la *justicia privada* se desarrollen plenamente y sin interferencias, sin embargo, sin negar las necesarias coordinaciones entre sí y su interdependencia.

En ningún caso podríamos encontrarnos, desde un punto de vista teórico, ya que la práctica es fuente muy nutrida de supuestos que contradicen esta afirmación, ante una litispendencia entre la jurisdicción y el arbitraje, dado que son medios alternativos de solución de litigios, y reiteramos el arbitraje no es jurisdicción. Al ser alternativos, si conoce la jurisdicción de una situación litigiosa el arbitraje se paraliza y no conoce, y viceversa, si está conociendo el arbitraje todas las jurisdicciones nacionales dejan de tener competencia para conocer.

El fundamento para no aceptar la intromisión de ninguna autoridad jurisdiccional estatal durante el proceso arbitral está en la protección y eficacia legal de la autonomía privada que contiene, en

modo intrínseco, una renuncia a la jurisdicción. La voluntad de las partes viene recogida en la cláusula denominada *convenio arbitral*, que puede venir expresamente plasmada en el propio contrato o de forma posterior, sin que existan formalismos en cuanto a la forma en la que debe de recogerse dicho convenio siempre que se manifieste de manera inequívoca la intención de las partes en someterse al arbitraje. Por ello cabe acuerdo en cualquier forma escrita, siguiendo el requisito establecido por el Convenio NY (art. II), no obstante, fuera del ámbito de aplicación de este instrumento internacional, según la norma aplicable, podría tener cabida un acuerdo no escrito siempre que no plantee problemas probatorios a la hora de atestiguar la concurrencia de voluntades en este sentido. En cualquier caso, esta cláusula es autónoma, independiente del contrato, con vida propia y finalidad procesal particular. El problema que puede derivarse en esta parte está en relación con la comprobación fáctica de la voluntad de la los sujetos en supuestos controvertidos.

Se plantea, al respecto, si es válido un acuerdo escrito en formato digital, dada la cada vez más usual utilización de las nuevas tecnologías por todos los agentes económicos, consumidores, empresas y hasta órganos arbitrales ⁴. Bien, en lo que a nosotros interesa, la validez del convenio arbitral en los términos formales exigidos por la norma convencional, *acuerdo por escrito*, se cumplen y garantizan la existencia de la cláusula arbitral o compromisoria, a través de los métodos de encriptación de documentación electrónica y los sistemas de certificación y firma digital, asimismo, garantizan la autoría e integridad del documento. No obstante, no es una cuestión pacífica dado que esta visión no es compartida por todos los órganos jurisdiccionales. Nuestra actual ley de arbitraje trata de dar luz a esta cuestión, recogiendo en el artículo 9 (*Forma y contenido del convenio arbitral*), concretamente, en el apartado número 3 en su párrafo segundo, que el requisito formal del convenio establecido en soporte escrito se entiende cumplido cuando «*el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo*».

Dos son los efectos que podemos aducir derivados de la cláusula arbitral, tal y como lo expresa el artículo II del Convenio de NY, precepto básico, piedra angular en lo referente a la cláusula compromi-

4. PAZ LLOVERAS, E., «Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales dictados en el Extranjero»; en *Asociación Española para el Derecho Digital (AEDED)*. <http://www.e-global.es/tribunal>. Visto el día tres de marzo de 2006.

soria. Por un lado, hablamos del «efecto positivo» del convenio arbitral que hace nacer la competencia del arbitraje para conocer de un asunto del que no tenía ninguna competencia, dada la exigencia que de este precepto se deriva de observancia por parte de los tribunales jurisdiccionales estatales de dicho acuerdo cuando sea válido, eficaz y aplicable. Por otro lado, el denominado «efecto negativo» del acuerdo que obliga a las jurisdicciones nacionales a abstenerse de conocer de ese caso concreto a favor del arbitraje. Este efecto es el equivalente a la *derogatio fori* entre jurisdicciones en principio competentes. Esta derogación de la competencia de la jurisdicción a favor del arbitraje sólo operará en caso de que el convenio arbitral no adolezca de vicios de nulidad, ni sea ineficaz o resulte inaplicable.

Para que puedan desplegarse plenamente estos dos efectos es necesario la concurrencia de tres requisitos insoslayables: **validez, eficacia y aplicabilidad** de la cláusula compromisoria.

El artículo II del Convenio NY obliga a los Estados parte, y, por tanto, a sus jurisdicciones nacionales a reconocer la autoridad y los efectos del convenio arbitral en aquellas materias que sean arbitrales. Por ello, los elementos fundamentales de esta obligación son la voluntad de las partes y que la materia que someten a este medio de solución de controversias sea arbitrable. No obstante, la obligación de la jurisdicción nacional de respetar la cláusula compromisoria arbitral y, consecuentemente, declararse incompetente para conocer del supuesto litigioso, sólo procederá previa solicitud a instancia de parte; todo ello sin perjuicio que la jurisdicción considere que ese convenio arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable, debiendo ser cada uno de estos conceptos concretados y dotados de contenido por la jurisdicción nacional e internacional.

Analizaremos individualmente cada una de esas condiciones o requisitos con los que debe contar el convenio arbitral para que de ella se derive la declinatoria jurisdiccional.

Respecto de la Nulidad, tenemos que considerar que existen varios supuestos en los que el acuerdo no es válido.

Por un lado, cuando estemos ante un caso de falta de consentimiento por alguna de las partes. Así, como hemos afirmado precedentemente, se hace necesario que quede claramente expresado por todas las partes su voluntad para quedar sometidos al arbitraje. La determinación de la falta de consentimiento no es una cuestión baladí, sino que reviste gran complejidad, siendo en la mayoría de las

ocasiones problemático porque ha de centrarse en las pruebas de la existencia de ese consentimiento. Desde un punto de vista jurídico, el consentimiento cuenta con dos aproximaciones o perspectivas: *i*) consentimiento intrínseco –fase interna de la formación de la voluntad de lo que se va a acordar–, y *ii*) consentimiento extrínseco –la manifestación del consentimiento.

Apuntar respecto del **consentimiento extrínseco**, aunque como ya referimos el Convenio de NY, en su artículo II, no es excesivamente formal, ya que sólo exige que sea por escrito, podemos incluir el intercambio de correo electrónico y por internet (incluso no es necesario la firma electrónica), fundamentándonos en la argumentación que esgrimimos en párrafos precedentes, como ejemplo del esfuerzo de adaptar este campo a la Sociedad de la Información⁵. La ley de Arbitraje española, Ley 60/2003, en su artículo 9.º, dedicado a la forma extrínseca de manifestación del consentimiento de las partes en obligarse al arbitraje, recoge la formalidad de la norma convencional, concretamente sobre la base de la ley modelo de arbitraje de la UNCITRAL, exigiendo únicamente que conste por escrito, sin necesidad expresa de que exista firma de las partes. Por tanto, podemos encontrarnos ante un supuesto bastante llamativo en que un contrato no esté firmado pero donde se contiene una cláusula arbitral por escrito, así en sentido estricto desde un punto de vista formal es válido. Así, si se plantea la nulidad de este contrato deberá dirimirse la cuestión mediante arbitraje toda vez que la cláusula compromisoria es válida. Todo ello porque el convenio arbitral es una cláusula autónoma, con vida jurídica propia respecto del contrato al que se refiere, dado que cumplen finalidades distintas, pues el convenio tiene una finalidad únicamente procesal, sólo para la resolución de los conflictos o controversias que puedan surgir.

Es posible que la cláusula compromisoria sea válida, pero que no puede desplegar sus efectos, es decir, nos encontramos ante un supuesto de «ineficacia del convenio». Por lo general, la ineficacia suele devenir con el paso del tiempo por distintas circunstancias, que

5. *Ibid.* Véase también al respecto de los requisitos formales del convenio arbitral: MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Ed. Iustel, Colección: Comentarios Breves; 1.ª ed., 2005, Madrid, pp. 79-82; HERNANDEZ BURRIEL, J., Título II. Del convenio arbitral y sus efectos, Comentario al art. 9. Forma y contenido del convenio arbitral. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*; coordinador: HINOJOSA SEGOVIA, R.; Ed. Grupo Difusión, pp. 70-71.

hacen imposible su utilización. Esto es debido fundamentalmente a que la autonomía de la voluntad de las partes puede materializarse en cualquier momento, y todo lo que en un primer momento se acordó puede ser posteriormente revocado. Existen dos supuestos que son controvertidos, hablamos de casos en los que las dos partes no están de acuerdo en la renuncia al convenio arbitral, y, por tanto, ha de dirimirse si resulta ya ineficaz la cláusula compromisoria arbitral o bien sigue generando competencia al arbitraje.

El primero de estos casos se diseña cuando el demandante, obviando la cláusula de sumisión al arbitraje, presenta la demanda ante la jurisdicción nacional, y el demandado, en vez de comparecer para hacer valer el convenio arbitral, no comparece, en rebeldía técnica, se plantea, por tanto, si hay o no renuncia porque el juez no tendrá en cuenta este acuerdo arbitral si ninguna de las partes reclama el ejercicio de su eficacia. El segundo de los supuestos hace referencia a la presentación de declinatoria por parte del demandado cuando el demandante presentó la demanda ante la jurisdicción nacional obviando el previo convenio arbitral, pero impugna esta competencia de la jurisdicción a favor del arbitraje fuera de tiempo o forma según la ley procesal nacional del foro, en nuestro sistema jurídico según la LEC, concretamente conforme a lo establecido en los artículos 63.1 , 65.2 y 66 de la ley procesal.

Por último, debemos hablar de la posible «inaplicabilidad del convenio». Son supuestos en los que el acuerdo arbitral es válido, plenamente eficaz, pero que resulta imposible su aplicación al caso por adolecer de defectos en su estructura principalmente. Son el caso de los convenios arbitrales patológicos, es decir, inaplicables desde su nacimiento, como es el caso de sumisión a una Corte Arbitral que no existe, que se parece a una verdadera, pero no lo es. Esto suele suceder con cierta frecuencia cuando estamos ante contratos que se configuran integrando partes de otros contratos, por lo que la probabilidad de la aparición de errores aumenta exponencialmente, y aun existiendo voluntad de incorporar en su redacción cláusula de sumisión al arbitraje de cualquier litigio que se deriven entre las partes de ese contrato, este acuerdo arbitral es patológico determinando su inaplicabilidad.

III. INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL SIN RENUNCIA AL ARBITRAJE

Cuando el convenio o acuerdo arbitral es válido, eficaz y aplicable, la jurisdicción no podrá entrar a conocer del asunto litigioso, es

decir, se autoexcluye, y esto impide absolutamente cualquier posibilidad de litispendencia, y, por ende, la operatividad de la declinatoria a instancia de cualquiera de las partes que quiera hacer efectiva dicha cláusula compromisoria. No obstante, esta autoexclusión no significa que la jurisdicción desaparezca del proceso arbitral, necesitando imperativamente la intervención o colaboración de la jurisdicción, básicamente por el hecho determinante de la falta de poder ejecutivo del arbitraje (art. 8.º de la ley Arbitral). Esas intervenciones necesarias de la jurisdicción se pueden agrupar en seis supuestos, si bien, son cuatro los que pueden darse durante la tramitación del procedimiento arbitral y que puede, por ello, plantear dudas respecto de una posible renuncia tácita al arbitraje a favor de la jurisdicción interviniente. Pero que en ningún caso puede interpretarse en tal sentido, pues ninguna de estas cuatro manifestaciones de intervención jurisdiccional, abierta la vía del arbitraje, supone la renuncia al convenio arbitral, sino que debemos de entenderlo como un verdadero impulso al arbitraje. Nos limitaremos a enunciarlas:

- a) En primer lugar, cuando estamos ante un supuesto de rebeldía de una de las partes, por lo que no comparece ante el tribunal arbitral y, por tanto, no nombra árbitro. O bien sí comparece, pero se niega a designar el árbitro objetivo al que tiene derecho. La forma de abordar esta cuestión van a variar dependiendo del Reglamento que regule adjetivamente el procedimiento del arbitraje de carácter institucional. Salvo para el supuesto de arbitraje seguido ante la CCI, en cuyo caso la falta de designación se corrige supliendo la voluntad de la parte omisiva, en los demás supuestos, hay que forzosamente que acudir a la jurisdicción nacional, lo que se denomina *juez de apoyo*, porque se hace referencia al apoyo de la jurisdicción al arbitraje, correspondiendo como juez de apoyo el de la sede del arbitraje.
- b) Un segundo caso de intervención jurisdiccional durante la tramitación del procedimiento arbitral sería la obtención forzosa de pruebas. Para aquellos supuestos en los que se haga imposible la práctica de una prueba admitida a trámite en el procedimiento, siendo ésta determinante para el fallo del litigio, debida a la actitud disidente de una de las partes. La obtención forzosa de dicha prueba necesariamente determinará la intervención jurisdiccional. La jurisdicción nacional competente para conocer expresamente de esta ejecución en la prueba será la del lugar donde ha de practicarse la misma.

- c) Un tercer supuesto de materialización de la cooperación jurisdiccional en el arbitraje son las medidas cautelares. Si bien el tribunal arbitral tiene *imperii* para adoptar las medidas cautelares que las partes le soliciten (art. 23.1 Ley de Arbitraje, arts. 721 y ss. LEC 2000), la falta de poder ejecutivo del arbitraje convierte esta posibilidad en una competencia vacía de contenido. La única solución posible a la vista de lo argumentado es acudir a la jurisdicción nacional correspondiente por ser el lugar de cumplimiento.
- d) La necesidad de conocer el derecho extranjero por el tribunal arbitral para aplicarlo al supuesto litigioso y fundamentar el fallo o laudo, genera otro supuesto de intervención jurisdiccional. El arbitraje acudirá a la autoridad pública extranjera sobre el contenido de ese derecho extranjero que se está aplicando. Si bien, la regulación internacional por vía convencional que aborda la materia, Convenios de Londres y Montevideo, vetan estas informaciones sólo a solicitudes emitidas por autoridades judiciales a las autoridades centrales que hayan designado cada Estado parte (en España la Secretaría General del Ministerio de Justicia). Por ello, tendrá el arbitraje que acudir al juez de apoyo de la sede arbitral para que sea éste el que lo solicite.

Las dos manifestaciones de cooperación o intervención jurisdiccional en el arbitraje pendientes de explicación, el recurso de anulación ante la jurisdicción y el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales no van a ser objeto de desarrollo en el presente trabajo, pues éstas tienen lugar después de finalizado el procedimiento arbitral, por lo que no cabe plantearse ningún conflicto competencial entre el arbitraje y la jurisdicción.

IV. LA DECLINATORIA Y LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA ARBITRAL

La excepción de arbitraje constituye el principal efecto negativo del convenio arbitral. Mediante la celebración de un convenio, los particulares pueden encomendar a uno o más árbitros la resolución de las controversias surgidas o que puedan surgir entre ellos. Este acuerdo compromisorio supone la sustracción a la Jurisdicción ordi-

naria del conocimiento de cualquiera de estos asuntos ⁶. Así, si una de las partes, habiéndose concluido un convenio arbitral que reúna los requisitos exigidos por el artículo II.1. Convenio NY (eficacia, validez y aplicabilidad), en violación de ese compromiso, acude a un juez en cualquier país que haya ratificado la Convención, éste «remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas» (art. II.3 CNY).

Para que esta excepción de arbitraje proceda se deben reunir cumulativamente tres requisitos:

1. Que exista un convenio de arbitraje válidamente celebrado, sin que le afecte ninguna causa de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula, en caso contrario el juez puede rechazar la excepción (art. II.3 *in fine*).
2. Que la disputa constituya material arbitrable según la ley del foro, lo que se puede reconducir a todas aquellas materias que son disponibles por las partes (art. II.2 *in fine*).
3. Que la parte demandada expresamente invoque la cláusula arbitral ante la jurisdicción, pues en caso contrario se presume que está renunciando al arbitraje; en nuestro derecho, la invocación se debe hacer en forma de declinatoria, con los plazos señalados por nuestra LEC y, de acuerdo con el artículo 11.2 de nuestra actual Ley de Arbitraje, la realización de cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria implica la renuncia tácita al arbitraje.

Los efectos jurídico-procesales de la litispendencia han sido abordados en diversos estudios por la doctrina de forma reiterada, no obstante, en una mayoría llamativa hacen referencia única y exclusivamente a la litispendencia entre jurisdicciones. Así, los problemas sobre la litispendencia en el arbitraje se han tratado de manera muy puntual por los autores, entre otras razones por la existencia de dudas doctrinales sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Dentro de estos autores que han recogido el tema destacamos a Málaga Diéguez, que su obra *La litispendencia* afirma:

6. GONZÁLEZ MONTES, J. L., «La excepción de arbitraje», en *La Ley*, 1990-1, pp. 1157 y 1160, en la que afirma que «en términos generales puede decirse que el efecto negativo que se sigue del convenio arbitral supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del mismo».

«En efecto, el proceso arbitral es un instrumento sustitutivo del que tiene lugar ante los órganos del Estado, por lo que, al igual que en éste, en él se discuten verdaderas pretensiones, cuya eficacia frente a la duración del procedimiento ha de ser protegida por la litispendencia.»

A la luz del régimen establecido en nuestra LEC 2000 en cuanto a la excepción de litispendencia arbitral, vamos a concretar cómo y cuándo puede controlarse la existencia del convenio arbitral en un proceso iniciado a instancia de alguna de las partes que suscribió el mismo.

Si existe un convenio arbitral y una de las partes del mismo interpone demanda ante la Jurisdicción, podemos distinguir dos supuestos, siguiendo lo establecido por la doctrina ⁷ y más concretamente siguiendo el tenor literal de nuestra Ley arbitral en su artículo 11.2, que establece la posibilidad de plantear declinatoria antes de la iniciación del procedimiento arbitral o una vez ya pendiente el arbitraje ⁸: *i*) que se interponga demanda ante la Jurisdicción existiendo un convenio arbitral, pero sin que el procedimiento arbitral esté pendiente; *ii*) que se interponga demanda iniciadora de proceso, estando pendiente el arbitraje.

4.1. Inicio del proceso jurisdiccional cuando no está pendiente el arbitraje pactado. Especial referencia al inicio del arbitraje

La anterior ley de arbitraje de 1988, en su artículo 22.1, indicaba que

«el procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje».

Sin embargo, la nueva Ley 60/2003 ha preferido utilizar otra fórmula para establecer el inicio del arbitraje en su artículo 27:

7. *Ibíd.*, p. 1159. Véase también MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, Ed. Bosch, 1999, Madrid, pp. 313-314, «la excepción de arbitraje puede interponerse independientemente de que exista un arbitraje anterior pendiente o una simple cláusula arbitral aún no llevada a efecto».

8. Artículo 11.2 de la Ley 60/2003: «La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.»

«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.»

No sólo difiere en la mención expresa de la posibilidad de acuerdo en contrario por las partes en la determinación de la fecha de inicio del procedimiento arbitral, sino que los términos utilizados por la nueva regulación no somete el inicio del arbitraje a la aceptación expresa de los árbitros del procedimiento como hacía la anterior norma, sino que lo determinante es la fecha de recepción por el demandado de la demanda planteada ante arbitraje por la parte actora. Teniendo presente que el procedimiento arbitral se encuentra pendiente desde aquel momento debemos plantearnos qué ocurre si una de las partes del convenio interpone demanda ante la Jurisdicción antes de la recepción del demandado de dicho requerimiento, en otras palabras, sin que el arbitraje pactado se haya iniciado según ley.

Por ello, y en un primer momento, y dada la importancia que tiene la determinación del momento en el que se considera iniciado el arbitraje a los efectos de entender si existe o no litispendencia, vamos a hacer un análisis concreto del artículo 27 de nuestra Ley de Arbitraje, por ser este precepto el que señala expresamente el momento de inicio del arbitraje, así como de los efectos que se derivan, o debiesen derivarse –tanto formales como materiales– de la iniciación del arbitraje.

Como manifestamos en párrafos precedentes, la nueva Ley de Arbitraje es mucho más flexible que la anterior al dotar de posibilidad de decisión a las partes para poder modificar el momento en que ha de entenderse iniciado el arbitraje, toda vez que el criterio contenido en el artículo 27 sólo se aplica si las partes no hubiesen convenido otra cosa.

Siguiendo a la Profesora Alicia González Navarro ⁹, existe una cuestión previa que tenemos que abordar para poder hacer una interpretación correcta del artículo 27. Se trata de determinar si el «requerimiento» al que hace referencia este precepto es tal y como se entiende en sentido técnico. Si tomamos como referencia nuestra ley

9. GONZÁLEZ NAVARRO, A., «Comentario al artículo 27 de la Ley de arbitraje», en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*; Director: J. Garberí Llobregat, Ed. Bosh, pp. 680-681.

procesal –LEC 2000–, concretamente en su artículo 149.4.º, se aborda esta figura, y del tenor literal del precepto, debemos afirmar con rotundidad que no estamos ante un requerimiento en el sentido que le otorga nuestra ley rituaría, toda vez que no se trata de un acto de comunicación del tribunal a las partes, sino que es una comunicación entre los particulares. Asimismo se plantean otras cuestiones, en este sentido, que nos alejan de la posibilidad de entender esta referencia legal respecto de un requerimiento en sentido técnico-procesal, como son, si entendiésemos que se tratara efectivamente de un requerimiento:

«¿qué es lo que se estaría requiriendo al –denominado por la Ley– demandado: que someta él la controversia a arbitraje; o por el contrario, se entendería que el demandante ya la ha sometido y ahora insta el beneplácito del demandado?».

La opinión que abraza esta autora, y que es la que nosotros seguiremos, es la conveniencia de la utilización por el legislador del término *notificación* o *comunicación de la intención* de someter la controversia a arbitraje. Esta solución se ha adoptado exitosamente en el derecho comparado por países de nuestro entorno, como es el caso de la ley arbitral alemana –en el artículo 1.044 de la *Zivilprozessordnung*– o el propio artículo 3.2 del Reglamento de la UNCITRAL.

No obstante, y esta misma consideración, otros autores, también de la rama procesal, como es el caso del profesor Ignacio Cubillo López ¹⁰ abordan la cuestión con menos «gravedad», simplemente optan por una interpretación flexible del término, concretamente este autor entiende

«que el demandante del arbitraje cursará un requerimiento (ordinariamente notarial) al demandado, comunicándole su decisión de someter la controversia al arbitraje, y requiriéndole a que designe árbitro según lo que hayan pactado en el convenio o, en su defecto, según lo dispuesto en el artículo 15 de la nueva LA –relativo al nombramiento de los árbitros».

En cuanto a la forma de comunicación –o requerimiento– debemos resaltar el antiformalismo que impera en nuestra nueva legisla-

10. CUBILLO LÓPEZ, I., «Título V. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales. Artículo 27. Inicio del Arbitraje», *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coord. R. Hinojosa Segovia, Grupo difusión, p. 141.

ción, pues nada se exige en el artículo 27, y sólo podríamos remitirnos a lo preceptuado en el artículo 5.^o –*Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos*– respecto de la utilización de cualquier medio que deje constancia de la remisión y recepción de los documentos, si no existe acuerdo en contrario por las partes. Pues caben supuestos en los que las partes, en su cláusula compromisoria, hayan pactado acogerse al principio de libertad absoluta respecto de las comunicaciones. Podemos reseñar a modo de ejemplo, y que da apoyo a esta afirmación, jurisprudencia nacional que admite incluso la forma oral de comunicación en sede de procedimiento arbitral, como es el caso de la Sentencia dictada por la Audiencia provincial de Madrid, sección 14.^a, de fecha 23 de junio de 2000. No obstante, el hecho de que nuestros tribunales admitan esta libertad de forma en las comunicaciones no excluye los previsibles problemas probativos que pueden derivarse de esta falta de formalismo legal.

Otra cuestión que se ha planteado por la doctrina respecto del tema del inicio del arbitraje es el contenido de la comunicación o requerimiento a la parte demandada por el que –según la ley– es la parte demandante o actora. No son muchos los autores que hayan, a día de hoy, abordado esta cuestión marginal del inicio del arbitraje, si bien son dos las posturas que se barajan al respecto por esta escasa doctrina. Por un lado, y como ya hemos mencionado anteriormente en párrafos precedentes, cabe entenderse que la comunicación o requerimiento consista únicamente en comunicar la que resulta como parte actora en ese momento, su decisión de someter la controversia al arbitraje y, en su caso, requiriendo al demandado (según LA) a que designe árbitro si así lo han pactado en el convenio o, en su defecto, se procedería según lo dispuesto en el artículo 15 de la nueva LA. Esta postura es la que defiende el profesor Ignacio Cubillo López ¹¹. Por otro lado, y siguiendo a la ya referida profesora Alicia González Navarro, el contenido de la comunicación no es una cuestión baladí, puesto que dependiendo del mismo, esta autora condiciona el momento de hacer efectiva la excepción de la litispendencia, pues entiende que con carácter general ¹²

11. *Ibíd.*

12. GONZÁLEZ NAVARRO, A. , o.c., p. 694.

«deberá tenerse en cuenta la fecha de la presentación de la demanda, salvo aquellos casos en los que la propia demanda esté contenida en el requerimiento al que se refiere el artículo 27».

Así, entiende que a pesar de la omisión del artículo 27 de exigencia alguna al respecto, y, por tanto, pudiendo entender que para el cumplimiento de este precepto es suficiente, siguiendo su tenor literal, limitarse en la comunicación a incluir únicamente ese requerimiento de someter la controversia a arbitraje; es recomendable incluir determinadas circunstancias para evitar problemas y dilataciones. Son cuatro los puntos que señala esta autora al respecto¹³ coincidentes con lo establecido en el apartado tercero del artículo 3.º del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL: *i*) la identificación de las partes, *ii*) la identificación de la controversia que se pretende someter a arbitraje, o al menos una cierta identificación de dicha controversia, pues esta necesidad se extrae en relación con lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley

«parece lógico que los efectos jurídicos propios del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento –refiriéndose al momento indicado en el artículo 27–, incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia»,

iii) la identificación del contrato o de la cláusula compromisoria donde las partes hayan acordado la sumisión a arbitraje; y, por último, *iiii*) en los supuestos, en los que las partes deben ponerse de acuerdo sobre el número de árbitros y sobre su elección, deberá indicarse tal extremo.

Nos centramos ahora el supuesto concreto del sub-epígrafe, el inicio del proceso jurisdiccional cuando no está pendiente el arbitraje pactado. Es necesario destacar que en este caso no estamos ante un verdadero supuesto de litispendencia apreciada en el proceso, y consecuentemente no puede tratarse como tal. En este punto es irrelevante que las gestiones para poner en marcha el arbitraje hayan comenzado o no, sino que lo verdaderamente relevante es que el arbitraje no se encuentra pendiente. La determinación del momento a partir del cual debe entenderse pendiente el arbitraje, no es una cuestión superflua, tiene su importancia como ya hemos abordado, por ejemplo, a los efectos de mantener la eficacia de las medidas caute-

13. *Ibíd.*, pp. 682-683.

lares que haya adoptado la Jurisdicción con carácter previo al inicio del proceso arbitral. La LEC del 2000 no deja lugar a dudas sobre la forma y el momento en que el demandado puede invocar la existencia de la cláusula compromisoria arbitral para evitar una sumisión –tácita– a la Jurisdicción. En concreto, de la regulación se entiende que la existencia del convenio arbitral es un supuesto de falta de jurisdicción que debe denunciarse a través de la declinatoria. De tal forma, que si el demandado quiere evitar la renuncia al arbitraje que haga ineficaz el convenio y correlativamente la sumisión a la Jurisdicción, lo que debe hacer es impugnar la competencia de la jurisdicción mediante la figura de la declinatoria (art. 63.1 LEC.).

En cuanto al tratamiento procesal de esta declinatoria por existencia del convenio arbitral se equipara a los supuestos de falta de competencia judicial internacional, o de competencia genérica, con la diferencia de que cuando la falta jurisdicción es debida a la existencia del convenio, el juez no controla de oficio su falta competencia, es decir, carece de potestad para ello. Así, la comparecencia del demandado ante la jurisdicción requirente para plantear la declinatoria lo que hace es sustraer a ésta del conocimiento de la controversia por la existencia de la cláusula compromisoria alegada; no comparece para poner de relieve la pendencia del arbitraje, dado que en este caso todavía no ha comenzado (no litispendencia, por tanto), sino la falta de jurisdicción del órgano ante el que ha sido demandado. Para el caso de que se presente ante la jurisdicción y realice cualquier acto procesal distinto de formular la declinatoria se entiende que renuncia al arbitraje pactado, el mismo efecto se produce para el caso de que no compareciese, incluyendo el supuesto rebeldía estratégica o técnica.

4.2. *Inicio del proceso jurisdiccional cuando hay un procedimiento arbitral pendiente*

Aquí abordamos la cuestión cuando por una de las partes se inicia procedimiento jurisdiccional y el procedimiento arbitral ya ha comenzado y se encuentra pendiente. Es decir, cuando el árbitro –o árbitros– ya han notificado al demandado, y éste ha recibido el requerimiento del artículo 27 LA –si contiene toda la información necesaria– o tras el momento de presentación de la demanda. La cuestión ahora es cómo puede ponerse de relieve la pendencia del arbitraje en un proceso jurisdiccional posterior. Hay dos formas

posibles de entenderlo, considerar que lo que debe hacer el demandado para evitar la sumisión a la Jurisdicción (y correspondiente renuncia al arbitraje) es proponer la declinatoria, o si puede alegar la excepción de litispendencia con el fin de evitar que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo del asunto (para el juicio ordinario, art. 405 LEC en relación con arts. 414-430 LEC, y para el verbal artículo 443.2 LEC), saltándose la consideración expresa de la cuestión de la Corte Arbitral de la CCI ya mencionada. No obstante, la posición que se adopte tiene gran importancia, pues el tratamiento procesal en cada uno de los casos es distinto, y ya adelantamos que de esta elección va a depender, en la mayoría de los supuestos, el éxito o fracaso en la obtención de la paralización del procedimiento judicial y continuación del proceso arbitral en el conocimiento de la causa hasta dictar laudo.

Aunque nosotros apoyamos la primera de las opciones por considerar la correcta y la única posible siguiendo las apreciaciones de la CCI y reforzado por la regulación legal aplicable, haremos alusión a cierta doctrina que considera que es posible litispendencia entre la jurisdicción y el arbitraje. Así, entre otros, destacamos a la ya mencionada profesora González Navarro ¹⁴, que determina que a pesar de que la nueva LA no dice nada acerca del momento en que debe de apreciarse que existe litispendencia, entiende que cabe oponer la excepción de litispendencia de un proceso arbitral en relación con otro proceso –posterior– iniciado con el mismo objeto y las mismas partes. El primer problema que plantea esta autora respecto de la apreciación de la litispendencia es la determinación de la concurrencia de las identidades exigidas para que ésta exista –identidad de partes, de objeto y de causa de pedir–, pues éstas no se pueden constatar con exactitud hasta la fecha de la presentación de la demanda arbitral, tras este momento –siempre según la autora– si se pretende iniciar otro procedimiento, ya sea jurisdiccional ya sea otro de carácter arbitral, podrá oponerse en este último la excepción de la litispendencia. Si bien, no es tan sencillo para el caso de que el demandado en la contestación ejercite su posibilidad de reconvenir, o también para el caso de modificación o ampliación de la demanda o contestación –permitido en el artículo 29–, sin perjuicio de la prohibición de alterar el objeto litigioso. Asimismo, esta autora considera que esta excepción de litispendencia puede alegarse desde el mismo momen-

14. *Ibíd.*, pp. 688-691.

to de inicio legal del arbitraje, en los términos del art. 27, cuando en el requerimiento que se haya comunicado al *demandado* contenga todos los extremos necesarios para poder comprobar la concurrencia de las identidades exigidas.

Al igual que otros autores, González Navarro entiende que el procedimiento arbitral puede producir una verdadera litispendencia, basándose en que los laudos arbitrales producen en todo caso efecto de cosa juzgada, del mismo modo que las sentencias, y como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales –Sentencia Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª, de fecha 16 de abril de 2002–

«lo coherente será afirmar también que la existencia de un procedimiento arbitral abierto es apta para generar el efecto de litispendencia, entendida en su acepción de excepción».

Aun si optásemos por admitir la posibilidad oponer la excepción de litispendencia de proceso arbitral ante la jurisdicción que está siguiendo la misma causa, en la práctica nunca sería exitosa esta oposición porque procesalmente no es admisible, pues salvo la impugnación de la jurisdicción mediante declinatoria una vez notificada la demanda, cualquier otro acto procesal distinto del que resulta como demandado será interpretada como una renuncia tácita al arbitraje y una sumisión a la jurisdicción.

Tradicionalmente se ha negado que pueda alegarse en un proceso judicial la pendencia de un arbitraje anterior, por entender que esta institución no tiene la misma composición que la jurisdicción, como justicia privada, y que, por lo tanto, no produce litispendencia. En concreto, y tomando como referencia a Gutiérrez de Cabiades, las palabras textuales de este autor:

«El procedimiento arbitral, al no ser un proceso, sino un simple equivalente jurisdiccional, no produce una verdadera y auténtica litispendencia»¹⁵.

15. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., «La litispendencia», en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona 1974, p. 348.

No obstante, esta postura no es compartida por toda la doctrina, y menos actualmente, podemos destacar a modo de ejemplo las palabras de Málaga Diéguez, en su obra *La litispendencia*,

«el arbitraje produce litispendencia de forma análoga a lo que sucede en cualquier juicio de los que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil»¹⁶.

Cuestión distinta son los distintos supuestos en los que puede apreciarse esta litispendencia. Por nuestra parte, nos adherimos a la postura que se ha manifestado por Luis Andrés Cucarella, en su artículo *Litispendencia y arbitraje*¹⁷, cuando manifiesta que no es posible alegar la excepción de litispendencia arbitral en un proceso judicial porque esta pendencia debe alegarse en un momento procesal anterior a la contestación a la demanda en el ordinario, o al acto de la vista en el verbal, pues debe ponerse de relieve por medio de la declinatoria conforme a los artículos 63 a 65 LEC, en caso contrario se entiende que las partes han renunciado al arbitraje iniciado y que se someten a la Jurisdicción, por sumisión tácita.

Esta afirmación viene fundamentada en la propia interpretación de los preceptos procesales anteriormente aludidos. Así, en relación con el juicio ordinario, el artículo 416.2 LEC indica que

«en la audiencia el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículo 63 y siguientes de esta Ley».

En un sentido muy similar, y en relación con el juicio verbal, el artículo 443.2, segundo párrafo LEC, preceptúa que

«el demandado no podrá impugnar en este momento (el de la vista) la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria».

Por lo tanto, y con carácter general, la existencia del convenio arbitral debe alegarse en forma y tiempo determinada, es decir, nece-

16. MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, o.c., pp. 67 y 313.

17. CUCARELLA GALIANA, L., A., «Litispendencia y arbitraje», en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 1/2001, enero 2001, VLEX.

sariamente debe manifestarse por medio de la declinatoria dentro de los diez primeros días del plazo para contestar la demanda en el juicio ordinario, o dentro del plazo de los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista del procedimiento verbal, tal y como prescribe el artículo 64.1 LEC. Consecuentemente, «la excepción de litispendencia arbitral nunca puede alegarse en un proceso que se siga ante la Jurisdicción», pues en su caso «la existencia de un proceso arbitral pendiente sólo puede y debe denunciarse por medio de declinatoria».

No obstante, cabe manifestar que se planteen en la práctica supuestos problemáticos, no previstos legalmente, como es el caso de que el demandado no presente declinatoria ante la jurisdicción, por ejemplo, por error, y resulta que sigue, en el seno del procedimiento arbitral, realizando actos relevantes de los que se deduce su voluntad de no renunciar al arbitraje; ¿cabe entonces entender que hay renuncia tácita al arbitraje? Aunque la solución racional sería oponer excepción de litispendencia ante la jurisdicción, siendo estimada, suponiendo así la conclusión del proceso judicial continuando el arbitral. Pero esto no es posible partiendo del tenor literal del artículo 56.2 LEC, que considera al demandado sometido tácitamente por el hecho de comparecer después de presentada la demanda y realizar cualquier gestión que no sea la de proponer la declinatoria.

Terminamos reforzando esta postura alegando, por nuestra parte, un argumento legal más que la sustenta que no ha sido considerado por la doctrina, pero que nuestro entender es determinante; se trata del propio artículo 11 de nuestra Ley Arbitral, que única y exclusivamente hace expresa referencia al instrumento de la declinatoria para evitar que la jurisdicción conozca de una controversia derivada de una relación respecto de la cual existe un convenio arbitral entre las partes (obliga, por tanto, a las partes como a la jurisdicción a seguir con lo acordado). Es mucho más contundente en la redacción de su punto 2.º cuando afirma que

«la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales».

Por tanto, este apartado prevé no sólo el primero de los supuestos, que se haga valer la existencia de la sumisión arbitral ante la jurisdicción mediante declinatoria cuando aún no hay pendiente arbitraje alguno, sino que también, y es lo que más nos interesa en estos

momentos, hace referencia expresa al supuesto de que la declinatoria se ejercite cuando el procedimiento arbitral ya está en marcha, pues no impide la prosecución de las actuaciones arbitrales.

Podemos destacar jurisprudencia en sentido de la desestimación de las excepciones de sumisión a arbitraje y de litispendencia, refiriéndose expresamente a la necesidad de su tratamiento como declinatoria. Así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.^a, de fecha 25 de septiembre de 2002.

Ante el silencio que la ley de arbitraje guarda al respecto del cauce específico para oponer esta «oportuna» excepción, encontramos dos corrientes jurisprudenciales que dan posible respuesta a este dilema, a saber:

- a) La contestación a la demanda debe limitarse a la oposición de la excepción de arbitraje, tal y como se deduce del artículo 11 de la LA —en este sentido Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 1 y 16 de marzo de 1996, de 10 de febrero y 29 de septiembre de 1997, entre otras—, de tal forma que si se contesta al fondo o se proponen otras excepciones se entiende que se somete a la jurisdicción de los tribunales (art. 58 LEC), lo que suponen dar a esta excepción el tratamiento que se prevé para la falta de competencia territorial del tribunal, y esto ha hecho que algún sector doctrinal, entre otros, a Broca-Majada, entienda que para evitar tal sumisión, debería plantearse esta excepción como si de una declinatoria se tratara, mediante el cauce incidental.
- b) La contestación a la demanda, tras oponer en ella la excepción correspondiente, puede pronunciarse sobre las cuestiones a resolver en sentencia, puede, por tanto, referirse a la cuestión de fondo, sin que ello signifique sumisión a la jurisdicción ordinaria, pues se entiende que la percepción anterior atiende más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral. Podemos aquí hacer referencia a lo que ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en diversas de sus Sentencias, de 18 de abril de 1998, de 18 de mayo de 1999, 14 de junio de 2001 y de 18 de marzo de 2002, resoluciones todas ellas donde nuestro más alto tribunal interpreta el sentido que ha de darse del precepto en cuestión, el artículo 11 de la LA, considerando que este artículo sólo requiere que para que no se entienda producida la renuncia tácita al arbitraje, es necesario que se alegue la excepción que no es apreciable de oficio, considerando injusto negar a la parte la

posibilidad de contestar *ad cautelam*, pues en caso contrario «entrañaría indefensión ante el riesgo de desestimación de la excepción».

La nueva LEC 1/2000 da respuesta a esta situación optando por la primera de las opciones o corrientes doctrinales. Así se entiende que el arbitraje forma parte del derecho de disposición de las partes (art. 19.1 LEC), y para hacerlo valer se hace necesario usar el trámite de la declinatoria, dentro de los diez primeros días dentro del plazo de los veinte para contestar a la demanda, y resolver con carácter previo mediante Auto, de forma que si se denegare, el proceso jurisdiccional continuaría comenzando a correr de nuevo el plazo que le queda al demandado para contestar (art. 63 y ss. LEC), entendiéndose que si no lo hace en tal momento se somete al Tribunal (art. 416.2 LEC para el juicio ordinario, y art. 443.2 LEC para el verbal).

No obstante, y a pesar de todo lo que se ha expuesto, podemos encontrar jurisprudencia que sí estima la excepción de la litispendencia del procedimiento arbitral por la jurisdicción. Señalamos a tal efecto, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.^a, de fecha 22 de marzo de 2002, donde se acoge la excepción procesal de litispendencia alegada en segunda instancia. Otra resolución judicial seguidora de esta corriente, si bien respecto de la apreciación de causa de oposición al reconocimiento de laudo arbitral dictado en arbitraje extranjero, es el Auto del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2003.

V. LA EXCEPCIÓN DE LA LITISPENDENCIA JURISDICCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Procedemos ahora a abordar la cuestión desde el otro lado o perspectiva, es decir, desde el supuesto de que se inicie arbitraje una vez que existe pendencia en proceso jurisdiccional.

Cuando nos referimos a que existe una controversia pendiente ante un órgano jurisdiccional, aludimos al hecho de que ante la Jurisdicción se encuentre pendiente un proceso litigioso sobre el asunto y que posteriormente se pretenda iniciar un procedimiento arbitral. No nos referimos al supuesto en que se hayan solicitado medidas cautelares a la Jurisdicción en función de un posterior procedimiento arbitral (art. 11.3 LA), pues dicha solicitud de medidas no implica renuncia al arbitraje, ni tampoco permite que la parte instada en el proce-

dimiento arbitral posterior pueda alegar la excepción de litispendencia.

La doctrina no ha prestado gran atención a este problema, haciéndolo de forma casi referencial. Así, cuando se estudia la litispendencia en el arbitraje a veces se limitan a afirmar sin más que en la oposición al procedimiento arbitral puede alegarse la litispendencia. Otras veces se afirma que la oposición al arbitraje puede sustanciarse alegando tanto la existencia de un proceso judicial anterior como la pendencia de otro procedimiento arbitral. Si bien, en otras, se señala que en el procedimiento arbitral únicamente puede alegarse la pendencia de otro proceso arbitral.

La solución de esta cuestión en la actualidad, con la redacción de la nueva Ley de Arbitraje, no es tan compleja como resultaba con su predecesora, puesto que la ley de 1988 guardaba silencio respecto del tratamiento procesal que debía darse a la litispendencia, toda vez que no indicaba el momento en que había de apreciarse. Las dificultades interpretativas han sido soslayadas con la nueva ley de arbitraje, concretamente dentro del Título IV bajo la rúbrica *De la competencia de los árbitros*, mediante el artículo 22 (*Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia*) se ha determinado cómo y cuándo ha de apreciarse la cuestión de la pendencia de otro procedimiento sobre la misma causa. Si bien, este precepto expresamente no hace referencia a la litispendencia como una de las excepciones a alegar por las partes para evitar el conocimiento del litigio por el arbitraje, dado que el legislador optó por utilizar una expresión genérica para dar cabida a todas aquellas cuestiones que permitan a los árbitros decidir sobre

«las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia» (art. 22.1 LA).

Además se indica explícitamente cuál será el momento procesal para alegar y resolver la cuestión de la litispendencia, o de cualesquiera excepción que impida el conocimiento sobre el fondo del asunto, como plazo máximo en el momento de presentar la contestación (art. 22.2 LA). Es más, este precepto aclara que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no supone una renuncia al procedimiento anterior, es decir, no supone una sumisión al arbitraje, por lo que no le impide alegar la excepción de litispendencia. No obstante, y a pesar de lo taxativo del artículo

en cuanto al plazo de oposición de las excepciones, se admite una prórroga *sine die* para dicha oposición cuando exista causa justificada para la demora, para que sea admitida por los árbitros¹⁸.

También se encarga este precepto de determinar el momento y forma de decidir el árbitro o árbitros sobre dichas excepciones, entre las que integramos la litispendencia, en su apartado tercero. En especial, se permite que los árbitros puedan decidir sobre estas excepciones, bien con carácter previo, bien junto con las demás cuestiones sobre el fondo del asunto sometidas a su competencia. El momento procesal en el que se pronuncia el arbitraje sobre esta excepción es una cuestión importante para determinar el momento de presentación del recurso de anulación ante la jurisdicción para impugnar la decisión del árbitro a este respecto. Así, si la cuestión se dilucidó junto con las demás cuestiones sobre el fondo del asunto, la decisión se podrá impugnar mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si fue adoptada la decisión respecto de la excepción desestimándola con carácter previo, podrá ejercitarse esa acción de nulidad sin que dicho ejercicio suspenda el procedimiento arbitral (art. 22.3 LA).

Son, por tanto, dos supuestos de pendencia previa los que nos podemos encontrar, y que pueden suponer el no conocimiento de la causa por el arbitraje. A saber, *i*) que se inicie un procedimiento arbitral existiendo, sobre el mismo objeto y con las mismas partes, un proceso pendiente ante la Jurisdicción; *ii*) que se inicie un procedimiento arbitral estando pendiente ante árbitros un procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto.

5.1. *Litispendencia de procedimiento jurisdiccional previo*

Hablaremos aquí de los supuestos de puesta en marcha de un procedimiento arbitral en relación con una controversia litigiosa que ya está pendiente ante un órgano jurisdiccional entre las mismas partes. A efectos de hacer un análisis exhaustivo, debemos distinguir tres supuestos distintos: *i*) que sobre esa determinada materia no se haya

18. El artículo 22.2 Ley Arbitraje: «Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas (...). Los árbitros podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.»

celebrado convenio arbitral; *ii*) que exista convenio arbitral sobre esa determinada materia, pero el convenio se celebró con anterioridad al inicio del proceso; *iii*) que exista convenio sobre esa determinada materia, pero que se celebró con posterioridad a la iniciación del proceso judicial.

a) *Inicio del arbitraje estando pendiente un proceso jurisdiccional, sin que exista entre las partes convenio arbitral sobre la materia litigiosa*

La primera situación supone que alguna o algunas de las partes en conflicto inician un procedimiento ante la Jurisdicción, si bien, y con carácter posterior, una de esas partes decide poner en marcha un arbitraje para que dictase resolución sobre la misma causa, por tanto, con identidad de partes, objeto y *causa petendi*. La pregunta a plantearse aquí sería debemos si puede apreciarse en ese procedimiento arbitral la pendencia del proceso ante la Jurisdicción, es decir, alegar litispendencia jurisdiccional.

No podemos entender en el supuesto expuesto que se plantee el problema de la litispendencia. Toda vez que si una de las partes en conflicto, sin existir previa cláusula compromisoria a favor del arbitraje, interpone demanda que inicia el procedimiento arbitral, evidentemente el arbitraje no puede desarrollarse, pues la ausencia de esta cláusula de sumisión expresa al arbitraje, supone que el arbitraje carece de competencia para conocer. Por ello, con independencia de que el proceso judicial esté o no pendiente, si no hay convenio arbitral, no hay competencia —«jurisdicción»— del arbitraje y, por consiguiente, el árbitro o árbitros (en su caso la Institución o Asociación a la que se encomiende la gestión del arbitraje) no pueden aceptar el arbitraje.

Volviendo a un artículo clave en la cuestión, el artículo 23 Ley Arbitraje regula la inexistencia del convenio arbitral como causa de oposición al arbitraje mediante excepción. La redacción de esta disposición puede plantear dudas acerca del tratamiento procesal de la inexistencia del convenio arbitral. Pues parece que deja solamente en manos de las partes el hecho de poner de relieve la inexistencia del convenio. La dificultad interpretativa se incrementa, si a esto lo unimos a lo preceptuado por el artículo 6.º, relativo a la «renuncia tácita a las facultades de impugnación por las partes», referido al convenio arbitral:

«Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello, o en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.»

La postura a adoptar era bastante clara con la anterior Ley de 1988, pues concretamente el párrafo tercero de su artículo 23 se indicaba que

«en todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por éstos aunque no hubiese sido invocada por las partes»,

por lo que se entendía que el árbitro/s también debían controlar de oficio la falta del convenio. Pero este argumento es más difícil de avalar con el nuevo texto legal sobre la base de lo anteriormente expuesto, por lo que cabría aducir que en esta ocasión el legislador ha querido dejar exclusivamente en manos de las partes el control de la competencia o «jurisdicción» del arbitraje para conocer del litigio por la existencia del convenio arbitral. «Ya que es su voluntad, el presupuesto esencial sin el cual no tiene jurisdicción el arbitraje si no es manifestada por las partes el sentido de su voluntad, nadie suplirá su inactividad», esta es nuestra humilde opinión. No obstante, cabría fundamentar un posible control de oficio de su propia competencia haciendo una interpretación extensiva del artículo 22, cuando éste, en su primera frase, dice textualmente:

«Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral (...)».

Por todo ello, y ante la dificultad de dar una solución inequívoca del precepto, será la propia jurisdicción la que con la práctica determine el sentir de la norma, supliendo la falta de previsión legal.

Pero por nuestra parte no podemos dejar la cuestión sin plantear una precisión, que desde nuestro parecer es muy relevante. Se trata de una conclusión a la que hemos llegado al poner en relación el anterior precepto legal (art. 22 Ley Arbitral) y el artículo 9.º, punto 5 del mismo texto legal, pues este último determina la presunción del 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».

Entendiendo que con ello se cumple con el requisito de la forma escrita exigida. De esta relación cabe afirmar que en el supuesto caso de control de oficio por los árbitros de su competencia por falta de convenio o cláusula arbitral, debería de producirse en un momento posterior a la contestación a la demanda por el demandado, dada la posibilidad de admitir tácitamente la existencia de la cláusula compromisoria, cuando aunque no exista acuerdo por escrito previo, el mero intercambio de escritos de demanda y contestación suple dicha manifestación cuando el demandante afirma su existencia y el demandado no lo niega en su escrito de contestación a la demanda. Por tanto, y siguiendo el tenor literal de los preceptos, sólo cabría el control de oficio de falta de competencia por el —o árbitros— después del momento de contestación a la demanda (plazo que se establece también como máximo para que las partes opongan esta excepción) para verificar esta posibilidad legalmente prevista. Pero si el árbitro sólo puede controlar por sí mismo su competencia respecto de la ausencia del convenio arbitral después de ese momento, cuando la parte demandada haya contestado y siguiendo el artículo (art. 9.^o), para que no haya esa sumisión al convenio en el escrito de contestación el demandado, debe negar expresamente tal existencia alegada por el actor en su escrito de demanda. Pero en este caso tendríamos que considerar que estaríamos ante el ejercicio de la oposición de una de las excepciones de las que hace referencia el artículo 22 de la ley, cumpliéndose la forma y plazo establecido para tal fin, y no ante un control de oficio por parte del arbitraje. Y si considerásemos la posibilidad de controlar su competencia de oficio con anterioridad a un momento procesal anterior a la contestación a la demanda, sería negar la posibilidad de sumisión al arbitraje hasta el último momento legalmente permitido, y, por tanto, que el árbitro debe de prever su posibilidad de ejercicio por las partes. Negamos, por tanto, dicho supuesto.

Siguiendo a Mantilla-Serrano, este artículo hace referencia en su primer apartado (22.1 LA) al ámbito de las excepciones sobre las cuales el árbitro puede decidir, siendo éstas no sólo relativas a la existencia y validez del convenio arbitral, sino a toda la excepción que pueda impedir un análisis sobre el fondo del asunto. Analizamos la condición que se requiere para la apreciación de estas excepciones, concretamente en lo que nos interesa, la existencia y validez de

la cláusula compromisoria y en su caso la arbitrabilidad de la materia, siguiendo a Mantilla-Serrano ¹⁹. Esta tempestividad se fundamenta en el apartado segundo del artículo 22, que prescribe que cualquiera de las excepciones que puedan impedir el conocimiento del fondo del asunto por parte del árbitro debe hacerse valer junto con el escrito de contestación a la demanda (art. 29 LA). Entendiéndose por este autor –afirmación a la que nos adherimos– que

«una parte puede participar a todos los actos preparatorios del arbitraje incluidos, (...), aquellos relacionados con la designación de los árbitros, sin que ello constituya aceptación de la competencia de los árbitros».

Frente a la regla general de preclusión, este artículo prevé dos derogaciones, una de carácter específico para un caso particular, y otra de carácter general. La primera de ellas, referida a aquellas cuestiones que surjan posteriormente a la contestación de la demanda, y lógicamente no podrá plantearse esas excepciones en el plazo previsto. Esto es lógico entenderlo así, al poner la cuestión en relación con el artículo 29, que regula de forma muy laxa la posibilidad de modificar y ampliar tanto la demanda como la reconvencción y sus respectivos escritos de contestación, y como consecuencia, pueden aparecer nuevas cuestiones que sustraigan al árbitro de su competencia para conocer de éstas. La segunda derogación permitida, cuando a juicio exclusivo del árbitro la demora esté justificada, siempre que intervenga la parte en cuestión en el arbitraje para oponerlas «antes de que se dicte el laudo».

Si bien planteadas estas dos derogaciones permitidas por el precepto no podemos interpretar el mismo –como afirma Mantilla-Serrano– como concediendo a la demandada «*un período de gracia*», que fuera hasta la presentación de la contestación a la reconvencción, como plazo adicional para presentar excepciones que podía esta parte –y debía– haber presentado al momento de la contestación de la demanda. Es decir, una vez presentada la contestación, la demandada no puede interponer excepciones que no sean apreciadas dentro de alguna de las dos derogaciones a la regla general anteriormente expresadas. Por su parte, el demandante en la contestación a

19. MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Ed. Iustel, Colección: Comentarios Breves; 1.ª ed., 2005, Madrid, pp. 139-143.

la demanda reconvenional podrá invocar contra ésta aquellas excepciones que estime oportuno que impiden que el árbitro/s conozcan de cualquiera de las cuestiones que de ella se deriven.

Respecto de la forma que puede revestir la decisión del árbitro sobre estas excepciones, ya sea estimándolas o rechazándolas, podemos distinguir dos posibilidades de conformidad con el artículo 37.1 LA. Así, puede ser recogida en un laudo preliminar y parcial sobre la competencia o, si considera que la cuestiones que las partes han planteado no merecen un pronunciamiento previo o están íntimamente ligadas con el fondo del asunto, decidirá en el laudo final sobre estas cuestiones. En cualquiera de los caso, la decisión del árbitro sólo es impugnabile por la vía de la acción de anulación contra el laudo donde se recoge. Si bien, resaltar que si es decidido por el árbitro mediante laudo parcial, la acción de anulación contra esta resolución no suspende el arbitraje; igualmente, si fue la excepción apreciada por esta resolución arbitral previa y parcial, no podrá hacerse valer la incompetencia como motivo de anulación contra el laudo final si previamente, haciendo uso de las posibilidades legales aducidas, no se impugnó el parcial mediante la correspondiente acción de anulación.

Podemos afirmar que como regla general la incompetencia de los árbitros sólo puede ser apreciada a petición de parte, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior –art. 23. 3 LA 1988, que expresamente permitía a los árbitros apreciar de oficio la falta de competencia cuando era debida a cuestiones de «*competencia objetiva*», es decir, falta de competencia debida al objeto del litigio y, consecuentemente, a la materia cubierta por el convenio arbitral y la arbitrabilidad de la misma—. Si bien, la nueva Ley no otorga esta autorización al árbitro, por tanto, si ninguna de las partes la alega, en principio el árbitro no debería apreciarla de oficio; se trata de una manifestación más de la aplicación del principio de autonomía que rige en materia arbitral. No obstante, cabe plantearse dos supuestos especiales que han de ser analizados a la luz de esta regla general para ver si sigue operando la misma. Así, por un lado, en aquellos asuntos en los que una de las parte no esté participando en el arbitraje (normalmente el que resulta como demandado), en estos caso se plantea si el árbitro puede suplir la falta de actividad de esa parte no comparecida a la hora de apreciar su incompetencia para conocer de las cuestiones que le han planteado la parte comparecida. La respuesta es claramente negativa, no obstante, ha de extremar las pre-

cauciones el árbitro/s pudiendo pedir explicaciones a la parte actora para que fundamente por qué considera que el convenio arbitral cubre la materia; de forma que si el demandante presenta argumentos e insiste en la competencia arbitral el árbitro no podrá sustituir a la parte ausente para alegar una incompetencia que no ha sido alegada, quedándole únicamente como posibilidad a esta parte ausente el ejercicio de la acción de nulidad donde alegará como causa esta falta de competencia, o bien esperar a la solicitud de la ejecución forzosa del laudo recaído y oponerse al exequátur por esta causa.

En cuanto a la cuestión de si la materia que se le somete por las partes a arbitraje es o no arbitrable, y en consecuencia en caso de no ser arbitrable puede ser o no apreciada de oficio por el árbitro. Tenemos que afirmar que si la simple voluntad de las partes por sí sola puede no ser suficiente para hacer arbitrable una materia que no lo es, tampoco podemos entender que la ausencia de la excepción de incompetencia sea suficiente para hacer arbitrable esa materia en cuestión. En este caso, el árbitro puede apreciar y, en su caso, declararse incompetente sobre la base de que la arbitrabilidad de la materia es la condición *sine qua non* para que pueda operar la voluntad de las partes. La misma argumentación será aplicable respecto de aquellos supuestos en los que el objeto del litigio contraría el orden público nacional (o internacional si el arbitraje tiene este carácter).

En resumen, volvemos a reiterar nuestra postura de negar la posibilidad de control de oficio de la falta de competencia por el árbitro o árbitros cuando la causa de ésta sea la inexistencia de convenio arbitral entre las partes tal y como está diseñada la ley española de arbitraje. Por todo ello, la argumentación esgrimida por Luis Andrés Cucarella Galiana

«la falta de convenio la entendemos como un supuesto de falta de jurisdicción del árbitro. Pues bien, si el árbitro debe controlar de oficio su competencia objetiva, con más razón debe controlar la falta de jurisdicción, en la medida en que la jurisdicción es el presupuesto indispensable para que pueda tener competencia y pueda pronunciarse sobre un determinado objeto»²⁰,

sólo podría alegarse y defenderse respecto de la anterior forma de regulación en la ley de 1988, pero resulta insostenible actualmente tomando la letra de la ley.

20. CUCARELLA GALIANA, L. A., o.c.

- b) *Inicio del arbitraje existiendo un proceso judicial pendiente cuando las partes acordaron cláusula compromisoria arbitral con anterioridad al proceso jurisdiccional.*

Un segundo supuesto al que debemos referirnos es el de inicio de un procedimiento arbitral respecto de una causa litigiosa cuando las partes celebraron convenio arbitral para la misma, pero posteriormente a dicho acuerdo se optó por iniciar un proceso judicial. En este caso, aun existiendo cláusula compromisoria arbitral entre las partes, posteriormente, en vez de poner en marcha el arbitraje las partes acudieron a la Jurisdicción iniciando el proceso sobre el asunto. Aquí no existe ningún tipo de problema, pues las partes al iniciar procedimiento sobre el fondo del asunto, realizando actos procesales suficientemente relevantes, respecto de los cuales no recae ningún tipo de duda de que a través de los mismos se han sometido –tácitamente– a la Jurisdicción y han renunciado al arbitraje que pactaron en su día. De tal forma, que si posteriormente cualquiera de las partes acude al arbitraje, éste no puede desarrollarse.

La afirmación de la imposibilidad del desarrollo del proceso arbitral no es porque el proceso se encuentre pendiente, por tanto, éste tampoco es un problema de litispendencia en el arbitraje. El problema aquí que impide el arbitraje es porque el convenio suscrito ha caducado –caducidad del convenio que se deriva de la interpretación del artículo 11 de la Ley de arbitraje (*Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal*)–, pues con la iniciación del proceso judicial por las partes se renunció (tácitamente) al arbitraje pactado, perdiendo los árbitros la jurisdicción –y obviamente– la competencia para conocer del litigio.

- c) *Inicio del arbitraje existiendo un proceso judicial pendiente cuando las partes celebran convenio arbitral con posterioridad a la pendencia de este procedimiento jurisdiccional.*

Este tercer caso que nos planteamos hace referencia al supuesto de que, sin la existencia de un convenio, las partes inician un proceso judicial sobre una controversia, y estando pendiente este procedimiento, posteriormente, las partes celebran un convenio arbitral y someten dicha controversia a arbitraje, iniciando el correspondiente procedimiento. Ahora, a diferencia del supuesto precedente que tenía existencia anterior, nos referimos al supuesto en que la celebración del convenio tiene lugar con posterioridad al inicio del proceso judicial.

A esta posibilidad se refiere expresamente el artículo 19.1 LEC como una concreta manifestación del poder de disposición de las partes sobre el proceso. Por su parte, el párrafo tercero añade que esos actos

«podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución».

No hay una mayor expresión del carácter dispositivo del proceso civil en el derecho español que el amplio ámbito de libertad de actuación de las partes respecto del objeto del proceso.

Vamos a ver cada una de estas posibilidades. Así, iniciado el proceso judicial pendiente en primera instancia, y por las partes se celebra con posterioridad el convenio arbitral decidiendo que la controversia se solventa mediante arbitraje, en ese momento, previa correspondiente alegación ante el órgano jurisdiccional nacional ante el que se está siguiendo el proceso, el órgano judicial pierde la jurisdicción sobre ese asunto (efecto negativo del convenio), y nace la competencia de los árbitros. La cuestión concreta que aquí se suscita es la forma específica de terminación del proceso judicial que las partes habían iniciado. El problema se da porque la LEC es muy escueta a la hora de regular este supuesto, pues para el caso de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje el artículo 19.1 LEC se limita a mencionar esta posibilidad sin señalar las consecuencias que se derivan.

De este precepto procesal debemos señalar dos cuestiones concretas. En primer lugar, y que supone un límite objetivo a la autonomía dispositiva de las partes sobre el objeto procesal civil, el artículo 19.1 LEC *in fine* excluye la posibilidad de que las partes puedan disponer del proceso y de su objeto

«cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero».

Por cuanto la celebración de un convenio arbitral entre las partes por el cual se acuerde la disposición del proceso a favor del arbitraje en detrimento de la jurisdicción, el juez ante el cual está pendiente el proceso debe poner fin al mismo, salvo en el caso en que ese arbitraje esté prohibido por la ley. Así, en los supuestos en que el convenio arbitral celebrado tuviera por objeto alguna materia sobre la que está prohibida el arbitraje ex artículo 2 de la ley de Arbitraje (indisponi-

bilidad de las partes sobre la materia), el juez mantendrá su jurisdicción sobre la controversia, toda vez que ese acto de disposición del proceso no sería válido y, por tanto, ineficaz. En segundo lugar, y partiendo de que ese acuerdo es válido porque el objeto de disposición, la materia objeto del proceso, es disponible por las partes, no prohibida por la ley y, por tanto, produce los efectos acordados, es decir, privar al juez ante el que pende el proceso de jurisdicción. Aquí se trata de un supuesto de pérdida sobrevenida de jurisdicción, y el pronunciamiento judicial al respecto, entendemos que debe ser el mismo que cuando la falta de jurisdicción se aprecia al inicio del proceso. De este modo, apreciada la existencia del convenio y verificado que el mismo no se refiere a materia excluida del arbitraje, el tribunal lo declarará mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (art. 65.2 LEC.).

5. 2. *Litispendencia de procedimiento arbitral previo*

El último supuesto a abordar es el de que una vez iniciado –y, por tanto, pendiente– un arbitraje sobre la controversia, se pretende iniciar por alguna de las partes en litigio, posteriormente, otro procedimiento igual ante otro árbitro o tribunal arbitral. Así son varias las situaciones que podemos diferenciar: *i*) que en el convenio arbitral las partes hayan designado un árbitro concreto, o hayan encomendado a una Institución o Asociación determinada la gestión del arbitraje; *ii*) que en el convenio se haya pactado la sumisión a dos o más árbitros distintos, o a dos o más Instituciones o Asociaciones diferentes, la gestión del arbitraje.

a) *Cuando en el convenio se indica un único árbitro o entidad encargada de la gestión del arbitraje*

Nos referimos al caso en que lo que pactaron las partes mediante ese convenio posterior fue la sumisión a un determinado árbitro/s o a una determinada Asociación o Institución para que gestionara el arbitraje al que someten el litigio. En este caso podría darse que las partes, de conformidad con lo pactado, ponen en marcha el procedimiento arbitral, y encontrándose éste pendiente, se presenta por una de ellas solicitud de arbitraje a otro árbitro u otra Institución distinta a la identificada en el convenio. Aquí debemos concretar si en ese segundo procedimiento arbitral, que pretende ponerse en marcha, puede alegarse la excepción de litispendencia por la otra parte.

Estamos otra vez ante un problema distinto de la litispendencia. Puesto que desde el punto de vista del segundo árbitro o Institución ante la que se presenta la segunda solicitud de arbitraje hay que determinar que carece de competencia objetiva para conocer de ese asunto. Toda vez que las partes, al identificar el árbitro concreto o la Institución para la gestión del arbitraje, otorgan competencia única y exclusivamente a ese árbitro o Institución. Por ello, lo que debe alegar la parte instada en el segundo procedimiento es la falta de competencia del árbitro o Institución ante los cuales pretende iniciarse este procedimiento, en el tiempo y forma legalmente prevista (art. 22 Ley de Arbitraje).

b) *Cuando en el convenio se pacta la sumisión a dos o más árbitros distintos o Instituciones o Asociaciones diferentes*

El punto de partida en este supuesto es la existencia de un convenio arbitral entre las partes por el que pactan encomendar la gestión del arbitraje a dos o más Instituciones o Asociaciones distintas. La situación posible que puede darse es que las partes instan el arbitraje ante una de las Asociaciones indicadas en el convenio, se designa al árbitro o árbitros y se produce iniciación del arbitraje (art. 27 Ley Arbitraje), y con carácter posterior, por alguna de las partes se insta el arbitraje ante otra de las Asociaciones que se indicaban en el convenio arbitral. La cuestión que debemos resolver es la de si la parte que resulta requerida en este segundo procedimiento puede alegar la excepción de litispendencia, por la pendencia de la misma causa por otro árbitro o árbitros.

Para resolver la problemática debemos resaltar la siguiente distinción. Si el segundo arbitraje instado se refiere a la misma relación jurídica, pero la cuestión litigiosa es distinta, no se darán las identidades necesarias para que pueda operar la litispendencia. Y por ello no hay ningún obstáculo para que el segundo procedimiento pueda desarrollarse. Cuestión distinta es que la controversia planteada ante este segundo arbitraje relativa a esa relación jurídica entre esas mismas partes sea la misma. En este caso cabe un primer supuesto a señalar, el de que la solicitud del segundo arbitraje a Institución distinta la realice la parte que fue requerida en el primer procedimiento. En este caso sí cabe el planteamiento de excepción de la litispendencia ante el segundo arbitraje por esa parte que ahora es instada y que en el primer procedimiento es la parte instante. El problema que se

plantea es el relativo a la determinación del momento en que puede alegarse la misma.

Pues bien, debemos, para dar respuesta, atender al momento procesal en el que se encuentra el primer procedimiento arbitral instado. Así, si el primer procedimiento se encuentra en los primeros trámites iniciales, es decir, antes del inicio del arbitraje según la ley, no cabe el planteamiento de la excepción de litispendencia ante el segundo arbitraje. En este momento, lo que la parte instada en el segundo procedimiento puede poner de relieve ante este segundo arbitraje es la falta de competencia o jurisdicción. Por tanto, y atendiendo a lo expuesto, para que se pueda excepcionar la litispendencia ante el segundo arbitraje, el primer arbitraje debe encontrarse ya iniciado. En este momento es cuando se puede, ante este segundo órgano arbitral, alegar la falta de jurisdicción o de competencia, y, por tanto, puede alegarse la litispendencia. La forma y plazos para alegar esta excepción será la determinada en la ley a tales efectos (art. 22 LA, sin perjuicio de lo que expresamente se establezca en el Reglamento correspondiente, si se trata de arbitraje institucional).

Para el remoto supuesto de que sea la misma parte que instó el primer arbitraje la que solicita nuevo arbitraje ante otro órgano arbitral de forma posterior, existiendo las identidades reseñadas. Debemos dar la misma solución que en el caso anterior. Es decir, si el primer procedimiento arbitral ya está iniciado, la parte instada en el segundo procedimiento (que también es la instada en el primero), podrá alegar la excepción de litispendencia y deberá hacerlo dentro de los plazos señalados legalmente y en la forma prescrita al efecto.

VII. CONCLUSIONES

La falta de *imperii* de la que adolece el Arbitraje respecto del poder de ejecutar coercitivamente sus propias resoluciones da lugar, de forma constante en la praxis, a interacciones entre la jurisdicción y esta forma de justicia privada. Si bien, y como ha quedado planteado en el presente trabajo, no puede considerarse esta intervención judicial *per se* como una renuncia al proceso arbitral previamente convenido por las partes, sino que es necesaria la concurrencia de actos procesales suficientemente relevantes que permitan afirmar, positivamente, que se ha producido una sumisión a la jurisdicción

para el conocimiento del asunto litigioso y correlativamente una renuncia tácita al arbitraje.

Tres son los elementos determinantes previos al proceso que condicionan que la controversia pueda ser o no sustanciada ante el arbitraje. A saber, arbitrabilidad del asunto –o disponibilidad de la materia por las partes–, la autonomía de la voluntad de las partes y, por último, la existencia de una cláusula compromisoria o convenio arbitral –donde se materializa esa autonomía–, por el que someten expresamente las diferencias que se deriven de la relación jurídica que une a las partes a ser dirimidas mediante arbitraje, siempre que sea válido, eficaz y aplicable, para que pueda desplegar sus dos efectos, positivo y negativo. Con la concurrencia de estos elementos, podemos plantearnos la posibilidad o no de una litispendencia entre la jurisdicción y el arbitraje sobre el conocimiento de un mismo asunto litigioso entre las mismas partes. En el presente trabajo se ha intentado dar fundamento a la afirmación de la imposibilidad de litispendencia entre jurisdicción y arbitraje con los distintos supuestos que caben producirse en la práctica, planteándose las distintas posturas posibles y la solución a las mismas.

Como primera de las conclusiones a las que llegamos con el presente trabajo, es que para que pueda desplegar plenamente sus efectos el convenio arbitral, es necesario que la **parte demandada expresamente invoque la cláusula arbitral ante la jurisdicción**, pues en caso contrario se presume que está renunciando al arbitraje; es más, la invocación **se debe hacer en forma de declinatoria**, con los plazos señalados por nuestra LEC y de acuerdo con el art. 11.2 de nuestra actual Ley de Arbitraje –antes de haberse iniciado el procedimiento arbitral o ya encontrándose pendiente el mismo–, de tal forma que la realización de cualquier gestión procesal que no sea proponer en tiempo y forma la declinatoria implica la renuncia tácita al arbitraje. Nunca mediante litispendencia, aunque ya referimos en los párrafos precedentes que existen en la praxis jurisprudencial de nuestros tribunales resoluciones que abogan por el reconocimiento de esta excepción cuando exista procedimiento arbitral previo y pendiente sobre la misma causa.

Por lo tanto, ha de ser alegado por la parte requerida –demandada– ante la jurisdicción, bien la existencia de un procedimiento arbitral sobre la controversia ya pendiente, o bien que existe un convenio arbitral que da jurisdicción al arbitraje para conocer del litigio al mismo tiempo que la quita a todas las jurisdicciones, aunque no se

haya iniciado arbitraje alguno todavía. En cualquiera de los dos supuestos, la forma en que ha de manifestarse estos extremos por la parte demandada ha de ser mediante la declinatoria, dado que cualquier manifestación distinta ante la jurisdicción traería como consecuencia la renuncia tácita al arbitraje y correlativamente la sumisión –también tácita– a la jurisdicción donde ha comparecido para realizar ese acto procesal distinto de presentar en tiempo y forma la declinatoria.

Por último, se trata de resaltar una vez más el carácter dispositivo y el pleno imperio de la autonomía de la voluntad de las partes en este medio de justicia privada; tanto para determinar su inicio, tramitación y continuidad en el conocimiento del fondo del asunto (haciendo valer el convenio arbitral acordado previamente entre las partes), o en su caso, decretar su suspensión y continuación ante la jurisdicción nacional –mediante renuncia del arbitraje ya sea expresa o tácitamente, o dejando caducar dicha cláusula compromisoria–, así como para la concreción de los hechos, determinación de los fundamentos jurídicos, y, por tanto, del diseño absoluto de todo el debate procesal.

Lo más destacable aquí, se concreta en el aspecto del control por parte de los árbitros de su competencia para conocer del asunto que se les plantea, es decir, lo que se plantea es la cuestión del control de oficio por los árbitros de su competencia, por tanto, en cuanto a la existencia, validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral que les otorgue jurisdicción en la controversia. Nosotros nos posicionamos afirmando que única y exclusivamente podrá apreciarse por los árbitros la existencia de esta cláusula compromisoria a instancia de parte, es decir, cuando alguna de las partes lo haga valer en su sede. Esta argumentación la mantenemos siguiendo el tenor literal de los preceptos legales de nuestra actual ley de arbitraje, Ley 60/2003, donde claramente se recoge la intención del legislador de dar absoluto protagonismo a la voluntad de las partes al poder disponer del objeto del litigio en cualquier momento, sin que quepa que los árbitros puedan suplir la voluntad de aquellos en ningún momento. Queda, por tanto, exclusivamente en manos de las partes el control de la competencia o «jurisdicción» del arbitraje para conocer del litigio por la existencia del convenio arbitral, «ya que es su voluntad el presupuesto esencial sin el cual no tiene jurisdicción el arbitraje si no es manifestada por las partes el sentido de su voluntad nadie suplirá su inactividad».