

LA DECLINATORIA POR SUMISIÓN A ARBITRAJE Y POSIBLES PROBLEMAS PRÁCTICOS



Mercedes Romero. Abogada del Departamento de Litigación y Arbitraje, Pérez-Llorca.
Natalia Fuertes. Abogada del Departamento de Litigación y Arbitraje, Pérez-Llorca.

SUMARIO

1. Introducción
2. La declinatoria por sumisión a arbitraje: cuestiones básicas
3. La declinatoria por sumisión a arbitraje: posibles problemas prácticos “el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje”

La declinatoria es el instrumento procesal que permite al demandado denunciar ante el Tribunal su falta de competencia o jurisdicción para conocer de un asunto. Mediante la declinatoria, el demandado también puede denunciar ante el Tribunal que la controversia está sometida a arbitraje.

La declinatoria por sumisión a arbitraje tiene una tramitación idéntica a la declinatoria por falta de competencia o jurisdicción. No obstante, es preciso tener en cuenta las disposiciones al respecto de la declinatoria que se incluyen en la Ley de Arbitraje.

Una de estas disposiciones (artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje), que permite el inicio de un procedimiento arbitral en paralelo a la tramitación de la declinatoria ante la jurisdicción ordinaria, puede dar lugar a situaciones controvertidas.

INTRODUCCIÓN

La **declinatoria**, regulada en los artículos 63 y siguientes de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), es el instrumento procesal que **permite al demandado denunciar la falta de jurisdicción y**

competencia del Tribunal ante el que ha recaído un asunto y poner de manifiesto, entre otros motivos, **que la controversia está sometida a arbitraje.**

Cabe señalar que la declinatoria **no debe ser considerada como una**

suerte de excepción procesal a los efectos del artículo 416 LEC, pese a las similitudes que la declinatoria puede tener con alguna de las figuras que en dicho artículo se recogen. Y ello **porque el legislador ha querido que las cuestiones de competencia y jurisdicción y posible some-**

timiento a arbitraje se planteen en un estadio anterior (**antes de la contestación a la demanda**), al que se formulan las excepciones procesales (contestación a la demanda y audiencia previa). Así, cuando un demandado considera que el Tribunal ante el que se ha presentado la demanda no es competente, no tiene que esperar a presentar la contestación a la demanda para hacer valer sus argumentos, **y puede presentar la declinatoria en un plazo de diez días desde que se le notificó la demanda.**

Asimismo, cabe señalar que la presentación de la declinatoria no implica en modo alguno la aceptación o sometimiento al Tribunal de que se trate, sino todo lo contrario. Es más, la declinatoria **es el único medio concedido al demandado para que la sumisión tácita no tenga lugar**¹.

LA DECLINATORIA POR SUMISIÓN A ARBITRAJE: CUESTIONES BÁSICAS

Según lo expuesto, **un demandado puede considerar que el Tribunal ante el que se ha presentado la demanda no es competente por haber acordado las partes someter las controversias a arbitraje** (artículos 63 LEC y 39 LEC), y decidir

LEGISLACIÓN

www.bdifusion.es

- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (Normas básicas. Marginal: 24330). Arts.; 9.1, 9.3, 11, 11.1, 11.2, 22.1, 39, 49
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Normas básicas. Marginal: 12615). Arts.; 39, 63, 64, 64.1, 65.2, 79.1, 394, 416,416.1.3ª, 721

por ello presentar una declinatoria. La misma posibilidad se recoge en el artículo 11 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (“LA”) que precisa que **el convenio arbitral impide a los Tribunales ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje**, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

En primer lugar, cabe hacer alusión al concepto de **convenio arbitral**, que es un acuerdo por escrito, generalmente incluido en el marco de un contrato principal, en el que **las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje toda controversia o conflicto que derive de la relación negocial de las partes.**

En este sentido, cabe recordar el

“El convenio arbitral impide a los Tribunales ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”

¹ Lorca Navarrete, Antonio María (director) y Guilarte Gutiérrez, Vicente (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Editorial Lex Nova, 2ª Edición, Noviembre de 2000, página 460. Comentario al artículo 39 de Piedad González Granda.

“En base al principio de separabilidad del convenio arbitral del artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje, la eventual nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula del convenio arbitral que en él se incluya”

principio de separabilidad del convenio arbitral recogido en el artículo 22.1 de la LA, en virtud del cual, **la eventual nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula del convenio arbitral que en él se incluya**. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, precursora directa de la LA, establece la misma consideración en su artículo 16².

La jurisprudencia ha aplicado tam-

bién el principio de separabilidad al considerar que la validez del convenio arbitral y la del contrato principal que lo alberga son cuestiones diferentes al ser ambos contratos separables³. Además, **la jurisprudencia considera que los convenios arbitrales deben interpretarse de manera flexible**, de modo que pueden reputarse comprendidas en ellos todas aquellas cuestiones vinculadas a la disputa, incluida la de la nulidad de los contratos de los que surja la misma⁴. En el mismo sentido, se ha pronunciado **la doctrina** que además **incide en que**

el principio de separabilidad es uno de los pilares fundamentales de la funcionalidad del arbitraje⁵.

En conclusión, aún en el hipotético caso de que el contrato principal que incluye la cláusula arbitral fuera nulo, ello no afectaría a la validez del convenio arbitral que, según lo expuesto, ha de tratarse como un acuerdo independiente.

La importancia del convenio arbitral no es baladí. Y es que **mediante dicho Convenio, las partes están renunciando a la jurisdicción ordinaria en atención a su autonomía de la voluntad**. En otras palabras, si las partes acuerdan que dirimirán los conflictos que entre ellas puedan surgir mediante arbitraje, cumplir lo estipulado “*Pacta Sunt Servanda*” equivale a no acudir a la vía jurisdiccional⁶. Así, el que el convenio obligue a las partes a cumplir lo estipulado “*no es sino una consecuencia de la aplicación al convenio arbitral de la*

² La Ley Modelo puede consultarse en castellano en la siguiente dirección web: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html

Artículo 16: “A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 octubre 1995 [AC 1995, 2555]: “La primera cuestión que hay que dejar clara a este respecto es que, a pesar de que “Medipress, SA” intenta la nulidad de este pacto de arbitraje por extensión al mismo de los vicios que luego atribuye al contrato total en sí, es posible y es preciso separar y tratar diferenciadamente cláusula arbitral y contrato principal” y: “No puede ser opuesto, como con detenimiento razona el juzgador de primer grado, que la nulidad del contrato implique la de la sumisión al arbitraje que contiene, pues la validez del convenio arbitral y la del contrato que lo alberga son cuestiones diferentes al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje en su apartado V, y así lo dispone expresamente el artículo 22 de la LA cuando indica que la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”.

⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de marzo de 2011 [: “Sin embargo, como bien apunta el auto apelado, el controvertido “Convenio Arbitral” establece que “Las Partes acordamos que, los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá a Arbitraje de Derecho”. No podemos, pues, sino coincidir con aquel auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que contempla una cláusula idéntica a la que nos ocupa, en que de la lectura de la misma, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad de los contratos como ajena al pacto arbitral. En efecto, el objeto del convenio arbitral cuestionado abarca las relaciones contractuales derivadas del contrato suscrito por las partes y las controversias relativas a la interpretación y cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho contrato, y el artículo 1284 del Código Civil dispone que si una cláusula admitiere varios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Por ello, y con el fin de dar al convenio arbitral toda su eficacia, debe concluirse que, si las partes han sometido a arbitraje no sólo las cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino también las relativas a la interpretación del contrato, debe entenderse que han sometido a arbitraje todas las cuestiones y controversias relativas al contrato, incluidas las referentes a los distintos grados de ineficacia del contrato y, por tanto, la relativa a la nulidad del contrato fundamentada en cualquier causa determinante de nulidad”.

⁵ Merino Merchán, José y Chillón Medina, José María, “Tratado de Derecho Arbitral”, 3ª edición, Editorial Aranzadi, año 2006, página 1138: “El principio de autonomía del convenio arbitral en relación con el contrato principal está ampliamente reconocido en todos los sistemas jurídicos. En el sistema de common law se conoce como “severability” o “separability” para significar lo propio en el derecho continental donde está más acrisolado el término de autonomía o incluso el de independencia o desvinculación del convenio arbitral. El principio de autonomía ha sido reconocido en el derecho del arbitraje tanto nacional como convencional, y por la jurisprudencia judicial y la práctica arbitral. Es uno de los asideros fundamentales de la funcionalidad del arbitraje como institución y se proyecta de manera especial respecto del arbitraje internacional”.

⁶ Arias Lozano, David (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003”; “Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, Editorial Thomson Aranzadi, año 2005, página 102. Comentario al artículo 11 de D. David Arias Lozano.

fuerza general vinculante de los contratos”⁷.

Para que el convenio arbitral sea válido debe cumplir con los **requisitos de forma y contenido** de los artículos 9.1 y 9.3 de la LA. **Si el convenio arbitral alegado por el demandado en la declinatoria es válido, el Juzgado queda imposibilitado para conocer de la controversia planteada por el demandante** de conformidad con el artículo 11.1 de la LA. Esto es lo que se conoce como **“principio impeditivo de actuación de los tribunales”**. La otra cara de la moneda de este principio es el *Kompetenz-Kompetenz*, principio que confiere a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia.

Es preciso señalar **que el citado principio impeditivo** de actuación de los Tribunales cuando existe convenio arbitral **no opera de manera automática, ya que los Tribunales no aprecian de oficio⁸ la sumisión a arbitraje** (pese a que algún autor ha planteado la posibilidad de valorar la apreciación de oficio de la existencia de un convenio arbitral en determinados supuestos, por ejemplo, cuando

“Si el convenio arbitral alegado por el demandado en la declinatoria es válido, el Juzgado queda imposibilitado para conocer de la controversia planteada por el demandante, según el principio impeditivo de actuación de los tribunales”

existe un litisconsorcio necesario⁹).

No obstante lo anterior, los términos de los preceptos de la LEC (artículos 39 y 49) y de la LA (artículo 11) no dejan lugar a dudas: **la parte demandada debe plantear la existencia de la sumisión a arbitraje**

mediante la declinatoria. La jurisprudencia también es clara en este sentido: no es posible apreciar de oficio por ningún Juez o Tribunal la sumisión a arbitraje de las partes, y se exige en todo caso el planteamiento de la declinatoria por parte del demandado¹⁰ **en el plazo de diez días.**



7 González Bueno, Carlos (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, Consejo General del Notariado, año 2014, página 259. Comentario al artículo 11 de Fernando Rodríguez Prieto.

8 Moreno, Juan Damián, “La Declinatoria de Arbitraje”, Doctrina que forma parte del libro “La reforma de la Ley de arbitraje 2011” (Comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo) edición n° 1, Editorial La Ley, año 2011, página 26: “sería inconcebible que pudiera ser apreciada ex officio por el juzgador, toda vez que resulta de un acto de disposición como fruto de la autonomía de la voluntad de las partes”. [La Ley 675, 2012].

9 Barona Vilar, Silvia (coordinadora) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, Editorial Thomson Civitas, año 2004, página 457: “Por lo que se refiere a la existencia de un convenio arbitral, se apunta que es posible (aunque poco frecuente) un control de oficio: por ejemplo, cuando ante la alegación por el demandado de la falta de litisconsorcio necesario (art. 416.1.3ª LEC) y de la intervención de este tercero llamado al proceso, se dedujera la existencia de convenio arbitral, dado que el convenio no es renunciabile sin el consentimiento de las partes que, en principio, permanecen como terceros en el proceso”.

10 Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 19 de diciembre de 2006: “Hechas las precisiones anteriores hay que anticipar que no es posible en modo alguno apreciar de oficio por ningún juez o tribunal la sumisión a arbitraje de las partes, pues tal excepción solo es posible su planteamiento por medio de declinatoria y por ello con cumplimiento de los plazos preclusivos del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En primer lugar la propia Ley de Arbitraje es muy clara en su artículo 11.1 cuando establece que “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Por tanto la propia Ley de Arbitraje obliga a quien quiera evitar el conocimiento de un asunto por parte de un tribunal ordinario que plantee la correspondiente declinatoria a tal efecto, privando de este modo de facultades de oficio al tribunal para apreciar tal sumisión. No se puede olvidar que el sometimiento a arbitraje es un acuerdo voluntario de las partes que libremente deciden resolver sus controversias por medio de árbitros y no por los tribunales, siendo imperativo mientras se exija por cualquiera de los obligados, pero de la misma libre y voluntaria forma las partes pueden aceptar que la resolución del litigio se lleve a cabo por un tribunal de justicia, de tal manera que, en términos análogos a los de la sumisión tácita, el mero hecho de plantear la demanda implica para el actor la renuncia al arbitraje, actuación que se dará también para el demandado en el caso de que no plantee en forma la declinatoria en los plazos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el tribunal tiene plena jurisdicción en este caso”.

El plazo de diez días parece no dar lugar a dudas en la práctica, aunque algunos autores plantearon en su momento la posibilidad de tomar en consideración otro plazo más extenso, porque consideraban que la eficacia práctica del arbitraje no podía condicionarse a una actuación que debía realizarse en tan corto periodo de tiempo. Y es que **el plazo puede generar especiales dificultades cuando el elemento internacional está presente y alguna de las partes se encuentra en el extranjero**¹¹. Además, algunos autores plantearon la posibilidad de extensión del plazo a los 15 días para presentar declinatoria cuando existiera sumisión a arbitraje (como pretendía originariamente el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Arbitral aprobado el 22 de febrero de 2011), precisamente para discriminar de manera positiva el arbitraje¹². Pese a las anteriores propuestas, el plazo legal previsto por el artículo 64 de la LEC se ha mantenido en 10 días.

Presentada la declinatoria dentro del plazo indicado, y en tanto en cuanto la misma no sea resuelta, **el Secre-**



tario Judicial deberá acordar la suspensión del plazo para contestar a la demanda y la suspensión del curso del procedimiento, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64.1 de la LEC. Para evitar olvidos, es conveniente **incluir en el suplico de la declinatoria la referencia a la suspensión del plazo**¹³. Tampoco debemos olvidarnos de solicitar la **imposición de las costas**

a la parte contraria de conformidad con el artículo 394 de la LEC.

Cabe recordar que la suspensión del plazo para contestar y la suspensión del procedimiento principal no es óbice para que el Tribunal pueda practicar a instancia de parte cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, o pueda adoptar medidas cautelares¹⁴.

11 González Soria, Julio (coordinador) y otros autores, "Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje", Editorial Thomson Aranzadi, año 2004, páginas 124 y 125, Comentario al artículo 11 de Miguel Ángel Fernández Ballesteros: "A mi entender, la declinatoria de arbitraje (la de los arts. 11 LArb y 39 LECiv) no debe estar sujeta al plazo de 10 días del art. 64.1 LECiv. El art. 11.2 LArb habla de la forma en que debe denunciarse (esto es, el cauce procesal en el que la declinatoria consiste) pero no el tiempo que marca la preclusión del derecho a hacer valer un convenio arbitral válido. (...) Si, de verdad, se desea que el arbitraje sea una institución posible, su eficacia práctica no puede condicionarse a una actuación (quizá compleja) que debe realizarse en el muy corto (y pequeño hasta lo ridículo, si se piensa en el arbitraje internacional) plazo de 10 días". Y "Y diez días desde el emplazamiento (como quiere el 64.1 LECiv) son tan pocos cuando el demandado es extranjero y la cuestión objeto del litigio está sometida a arbitraje que debe razonablemente entenderse que lo que el art. 11 LArb prescribe es el modo en que debe denunciarse la existencia del convenio arbitral (vgr. no en la audiencia previa), no el tiempo en el que la manifestación de voluntad que supone la declinatoria debe manifestarse".

12 Marcos Francisco, Diana, "Las garantías del arbitraje tras la reciente ley de reforma de la Ley arbitral" Actualidad Civil, N° 17, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Oct. 2011, página 1943, tomo 2, [La Ley 15181, 2011]: "No obstante, quizás hubiera sido más pertinente aumentar el plazo a 15 días en todo caso (para plantear declinatoria en un juicio ordinario o verbal), como pretendía el Proyecto de Ley de reforma de la Ley Arbitral aprobado por la Comisión de Justicia con competencia legislativa plena el pasado 22 de febrero de 2011 (publicado el 4 de marzo en el Diario Oficial de las Cortes Generales —Congreso de los Diputados— núm. 85-17, correspondiente al núm. de expediente 121/000087). Si bien es cierto que ello hubiera supuesto un tratamiento diferenciado con respecto a la regulación propia del proceso judicial civil, podría haberse considerado como una medida de «discriminación positiva» a favor del arbitraje que hubiese redundado en su mayor eficacia, fomento y uso, mejorando las condiciones —como decía la EM del precitado Proyecto—, «para que definitivamente se asienten en España arbitrajes internacionales, sin desdeñar que al tratarse de una regulación unitaria, también se favorecerán los arbitrajes internos. Por ello, se procede a ampliar el plazo para la proposición de la declinatoria, cuando alguna de las partes no quiera someterse a arbitraje y recurra a la vía jurisdiccional, cuestión que suscitada en el plano práctico, con consecuencias desfavorables, aconsejaba su modificación» (apartado II)".

13 Primer otrosí digo: que, tal y como se ha solicitado en el cuerpo de este escrito, procede la suspensión desde el día de hoy del plazo para contestar a la demanda y del curso del procedimiento, de conformidad con el artículo 64.1 LEC. Suplico al juzgado: tenga por realizada la anterior manifestación y, en su virtud, acuerde la suspensión desde el día de hoy (i) del plazo para contestar a la demanda y (ii) del curso del procedimiento, de conformidad con el artículo 64.1 LEC.

14 Calvo Corbella, Juan Carlos, "Eficacia Impeditiva de la actuación de los Tribunales como consecuencia de la celebración de convenio o cláusula arbitral" Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje n° 5, Sección Artículos, Editorial Wolters Kluwer España, Segundo cuatrimestre 2009 [La Ley 13535, 2009].

En caso de que se estime la declinatoria, **el Juzgado deberá dictar auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.2 de la LEC.

Frente al auto por el que el Juzgado se abstiene, cabe recurso de apelación, y frente al auto por el que el Juzgado decida continuar cabe recurso de reposición.

Una vez analizados los presupuestos esenciales de la declinatoria, cabe hacer referencia a ciertos problemas prácticos que dicho instrumento procesal puede originar. Y es que, pese a la aparente sencillez de su tramitación, no son pocas las situaciones en las que la declinatoria puede crear situaciones de incertidumbre entre las partes.

LA DECLINATORIA POR SUMISIÓN A ARBITRAJE: POSIBLES PROBLEMAS PRÁCTICOS “EL ARTÍCULO 11.2 DE LA LA”

Sin perjuicio de que la declinatoria por sumisión a arbitraje puede dar lugar a casos complejos e interesantes en la práctica jurídica, queremos centrar nuestra atención en los problemas derivados del artículo 11.2 de la LA al que nos referiremos a continuación.

Según hemos apuntado, la declinatoria es un instrumento útil y necesari-



JURISPRUDENCIA

www.bdifusion.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 17 de octubre de 1995
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 15 de marzo de 2011, núm. 14/2011, Nº Rec. 26/2011, (Marginal: 2467059)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 19 de diciembre de 2006, núm. 487/2006, Nº Rec. 394/2006, (Marginal: 2467057)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de fecha 10 de octubre de 2013, núm. 4/2013, Nº Rec. 2/2013, (Marginal: 2467058)
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 10 de febrero de 2014, Nº Rec. 18/2013, (Marginal: 2467060)

rio, pero **existe el riesgo de que, en ocasiones, la declinatoria se presente con “picaresca”, y con el único fin de dilatar el procedimiento de resolución de controversia.**

Precisamente para evitar lo anterior, el artículo 11.2 de la LA recoge que **la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales**¹⁵.

Especialmente controvertida resulta la posibilidad de “iniciar” las actuaciones arbitrales pese a la tramitación de la declinatoria¹⁶.

La gran mayoría de los autores en-

tienden que este artículo pretende favorecer el arbitraje ya que “*poner en marcha un proceso no afecta en nada al desarrollo normal del convenio arbitral o del procedimiento arbitral*”¹⁷ y “*la preferencia entre el arbitraje y el proceso judicial no se basa en una cuestión temporal (vid. Art. 79.1 LEC), sino que en caso de coincidencia siempre prevalece el arbitraje cuando se propone la correspondiente declinatoria*”¹⁸.

Sin embargo, **ciertos autores han considerado que** el tenor literal del artículo 11.2 de la LA, especialmente cuando se refiere a la posibilidad de “iniciar” las actuaciones arbitrales pese a la tramitación de la declinatoria,

¹⁵ González Bueno, Carlos (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, Consejo General del Notariado, año 2014, página 261. Comentario al artículo 11 de Fernando Rodríguez Prieto: “De esta forma, como recoge la Exposición de Motivos de la LA, se pretende que no pueda obstaculizarse o paralizarse el arbitraje con la argucia de acudir a los tribunales a pesar de la existencia del convenio arbitral.”

¹⁶ Moreno, Juan Damián, “La Declinatoria de Arbitraje”, Doctrina que forma parte del libro “La reforma de la Ley de arbitraje 2011” (Comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo) edición nº 1, Editorial La Ley, año 2011, página 26: “La Ley de Arbitraje declara explícitamente que la declinatoria no impide que pueda iniciarse proseguirse el procedimiento arbitral ya iniciado, suponemos que con la finalidad de que el proceso judicial no pueda ser utilizado para bloquear o dificultar el arbitraje previamente comprometido, pero desde luego este reconocimiento en favor de la simultaneidad puede generar enormes problemas y aunque tal como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, es verdad que es raro que suela darse en la práctica, puede dar lugar a la indeseable situación de que coexistan dos procesos tramitándose simultáneamente sobre el mismo objeto, con el inevitable riesgo de decisiones contradictorias”. [La Ley 675, 2012].

¹⁷ Barona Vilar, Silvia (coordinadora) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, Editorial Thomson Civitas, año 2004, página 477.

¹⁸ Barona Vilar, Silvia (coordinadora) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, Editorial Thomson Civitas, año 2004, página 459.

es “desconcertante” pues sugiere que **“la existencia de un proceso judicial ya iniciado no impide que se inicie un arbitraje sobre el mismo objeto. O lo que es igual: que aun teniendo objeto idéntico, entre un proceso jurisdiccional y uno arbitral, no hay litispendencia¹⁹”**.

Esta posibilidad **puede llevar a situaciones de incertidumbre y confusión**, como por ejemplo:

(i) **Un demandante, que ve paralizado el procedimiento judicial que ha iniciado** porque el demandado ha presentado declinatoria por sumisión a arbitraje, **puede en paralelo iniciar un arbitraje** para evitar una dilación en la tramitación de la defensa de sus intereses. Es posible que, como parte de su estrategia, el demandante haya querido de manera intencionada iniciar la

vía judicial obviando el convenio arbitral y que, ante la declinatoria por sumisión a arbitraje presentada por el demandado, acuda al arbitraje presentando la correspondiente solicitud de demanda de arbitraje.

Cabe señalar que este supuesto no sería muy frecuente dado que implicaría que el demandante ha incumplido primero con el convenio arbitral (acudiendo a la jurisdicción ordinaria), para luego cumplir con él (presentando solicitud de demanda de arbitraje). **Este supuesto implicaría un alto coste para el demandante** por la tramitación de dos procedimientos en paralelo.

(ii) También podría suceder que **el demandado ante los Tribunales ordinarios que ha presentado la declinato-**

ria por sumisión a arbitraje decidiera, **en paralelo, iniciar el procedimiento arbitral**. Este supuesto sólo podría darse en caso de que el demandado en vía judicial tuviera una pretensión que hacer valer, y pudiera ser demandante en la vía arbitral, de tal manera que se invierten las posiciones procesales, pasando de demandado a actor. No obstante, lo lógico sería esperar a conocer el resultado de la declinatoria en sede judicial.

(iii) Asimismo, podría suceder que un demandante iniciara un arbitraje, el demandado en arbitraje iniciara en paralelo la vía judicial (siempre que tuviera pretensiones que hacer valer), y el demandante en arbitraje interpusiera declinatoria en sede judicial por existir un procedimiento arbitral en curso.

(iv) Y también existe la posibilidad de **que la declinatoria sólo se reclame y actúe de una forma eficaz sobre parte de las reclamaciones planteadas en un proceso**, cuando sólo a éstas, y no a las demás, se refiera el convenio arbitral. En este caso el proceso judicial continuará respecto a esas pretensiones no sujetas a arbitraje. Esta situación puede dar lugar a que diversas reclamaciones sean resueltas en vías diferentes, judicial y arbitral, dando lugar a resoluciones inconexas, difícilmente conciliables, o incluso manifiestamente contradictorias²⁰.



¹⁹ González Soria, Julio (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje”, Editorial Thomson Aranzadi, año 2004, página 126, Comentario al artículo 11 de Miguel Ángel Fernández Ballesteros.

²⁰ González Bueno, Carlos (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje”, Consejo General del Notariado, año 2014, página 260. Comentario al artículo 11 de Fernando Rodríguez Prieto.

BIBLIOGRAFÍA

www.bdifusion.es

BIBLIOTECA

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2ª Edición. Actualizado*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2012

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL. *La nueva ley de arbitraje*. *Economist&Jurist* N° 152. Julio-agosto 2011. (www.economistjurist.es)
- SUÁREZ, CARLOS; BERNARDO SAN JOSÉ, ALICIA, y FABUEL CERVERA, VIRGINIA. *¿Cabe plantear declinatoria por sumisión a Arbitraje en un juicio cambiario?* *Economist&Jurist* N° 123. Septiembre 2008. (www.economistjurist.es)

Todas estas situaciones, pese a resultar hipótesis, podrían llegar a dar lugar a confusión. Ello puede generar problemas de importante calado en la práctica judicial y arbitral, por ejemplo, si el Tribunal ordinario desestimara la declinatoria presentada por el demandado y continuara conociendo del asunto y, en paralelo, el Tribunal arbitral continuara a su vez con la tramitación del proceso.

Ni la LA ni la LEC se pronuncian acerca de esta suerte de pre-judicialidad o litispendencia (aunque técnicamente la situación que se origina no es ni lo uno ni lo otro).

Teniendo en cuenta lo anterior, **las**

soluciones otorgadas por doctrina y jurisprudencia han sido vacilantes.

Algunos autores consideran que se debe dar preferencia en todo caso al procedimiento arbitral. Por ello, el Tribunal jurisdiccional debería posponer su decisión hasta que el Tribunal arbitral se hubiere manifestado al respecto²¹.

No obstante, **también se apunta tímidamente a la posibilidad de que el Juez civil requiera al árbitro²² para que deje de conocer como medida cautelar** (artículo 721 LEC). Sin perjuicio de lo anterior, el mismo autor que trae a colación tal

posibilidad reconoce que la decisión “no es fácil: el juez no puede ordenar al árbitro que deje de conocer (al menos mientras penda el proceso arbitral, el árbitro es juez de su propia competencia y de cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia -art.22 Larb-) ni el juez puede ordenar al árbitro que se abstenga de dictar un laudo”.

La jurisprudencia no ha ahondado con profundidad en la cuestión, pero podemos hacer referencia a dos sentencias que brevemente aluden al problema que exponemos.

Así, en la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla**

²¹ Arias Lozano, David (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003”; Comentario al artículo 11 de D. David Arias Lozano “Convenio arbitral y demanda en cuando al fondo ante un Tribunal”, Editorial Thomson Aranzadi, año 2005 página 108: “Iniciado un arbitraje, si la parte contraria inicia la vía judicial y la promotora del arbitraje interpone declinatoria, ¿cuál debe ser la conducta del tribunal? ¿deberá suspender el curso de los autos hasta que los árbitros se pronuncien o podrá por el contrario decidir sobre la validez del convenio arbitral? Constatado el silencio normativo al respecto, a mi juicio la laguna debe integrarse interpretando ampliamente el efecto negativo de la competencia arbitral y postulando que, planteada la declinatoria ante los tribunales de justicia, a menos que éstos interpreten que el convenio arbitral es manifiestamente nulo, en principio deberían posponer su decisión hasta que el colegio arbitral se hubiere manifestado al respecto. De tal forma que, si los árbitros se declarasen competentes, los tribunales deberían sobreseer el proceso judicial. Y ello por un doble motivo: en primer lugar, de lege lata es más que dudoso que los tribunales puedan entrar a conocer a título principal sobre la validez del convenio arbitral. Y en segundo lugar, entiendo que debe sostenerse una interpretación teleológica y sistemática del precepto que conduce a la solución más favorable a la vía arbitral. En efecto, si lo que realmente pretende la nueva norma es favorecer en la máxima medida el procedimiento arbitral e impedir que las maniobras dilatorias de alguna de las partes puedan incidir sobre él, habrá de convenirse también que la interpretación propuesta es la que mejor coadyuva a alcanzar estos objetivos”.

²² González Soria, Julio (coordinador) y otros autores, “Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje”, Editorial Thomson Aranzadi, año 2004, página 127, Comentario al artículo 11 de Miguel Ángel Fernández Ballesteros.

La Mancha de 10 de octubre de 2013 se analiza un caso en el que un demandante solicita la nulidad del laudo por, entre otras cuestiones, haber sido dictado pese a existir un procedimiento judicial en curso.

El demandante en primera instancia (también demandante de la solicitud de la anulación del laudo) había solicitado en sede judicial la nulidad de un contrato.

El demandado en primera instancia presentó declinatoria en sede judicial por considerar que el asunto estaba sometido a arbitraje que, de hecho, ya se estaba tramitando.

En este escenario, el demandante presentó diversos escritos ante el Ár-

bitro indicando que debía suspender el procedimiento arbitral por existir prejudicialidad civil. *“Desde la presentación de la demanda y su admisión a trámite, el demandante dirigió varios escritos al Árbitro interesando la suspensión del procedimiento, por entender que concurre prejudicialidad civil; que resultó rechazada por el Árbitro, que acabó dictando el Laudo cuya nulidad pretende la parte (...)”*.

Pese a los requerimientos del demandante, el Árbitro continuó adelante con el procedimiento arbitral y dictó el laudo -cuya nulidad se cuestiona en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha-

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha consideró, entre

otras cuestiones, que no procedía la causa de nulidad solicitada por el demandante porque *“no viene contemplada la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad, a diferencia de lo previsto entre dos procedimientos ante la jurisdicción ordinaria; resultando clarificador que en el supuesto de litispendencia se impone la continuación del arbitraje”*.

En este sentido, dicho Tribunal apuntó que *“otra solución diferente implicaría desconocer la naturaleza de la propia institución del arbitraje; pues la prejudicialidad civil (a diferencia de la penal) no puede producir efecto suspensivo (...)”*

En conclusión, **el Tribunal consideró que el Árbitro había actuado**



de manera adecuada al continuar con la tramitación del procedimiento en sede arbitral y haber dictado el laudo. La demanda de anulación del laudo fue, por éste y otros motivos, desestimada.

En un sentido parecido, el **Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 10 de febrero de 2014** recoge que: *“Es cierto que acaso podría plantearse conflicto entre la estimación de esa demanda judicial (que conduciría a la pérdida de condición de socio del demandante) y la estimación de la demanda que el Sr. Virgilio interpusiera ante el árbitro designado; pero los efectos de esa prejudicialidad civil entre el proceso judicial y el proceso arbitral, en caso de producirse (es decir, si fuere estimado el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de 10 de enero de 2014 y por tanto siguiera tramitándose el Juicio Ordinario nº 1087/2013) deberán ser valorados, con plena jurisdicción, por el árbitro que resulte designado”*.

Así pues, parece que los Tribunales son favorables a apreciar la continuidad del procedimiento arbitral en todo caso. ■



CONCLUSIONES

- Según lo expuesto, la declinatoria en el arbitraje tiene un cometido esencial consistente en que las partes no se desvinculen de lo pactado. Si las partes han generado la confianza legítima en su relación, y han pactado que cualesquiera controversias van a ser resueltas por arbitraje, no puede luego una de ellas desviarse del camino elegido
- Así, mediante la declinatoria, la parte demandada puede reconducir la situación, si bien es cierto que la utilidad del arbitraje disminuye en la medida en que una de las partes no quiere ya acudir a él, pese a lo pactado en un inicio
- Son varios los problemas prácticos que se pueden derivar de la tramitación de la declinatoria por sumisión a arbitraje. Como hemos visto, el artículo 11.2 de la LA permite que se pueda iniciar un procedimiento arbitral mientras se tramita una declinatoria en un procedimiento ordinario, lo que podría dar lugar a la tramitación de dos procedimientos en paralelo, con los riesgos que ello conlleva. Ni la LA ni la LEC dan solución al mencionado problema pero doctrina y jurisprudencia tienden a favorecer la intervención arbitral