

ROCESSUS IUDICII



La filosofía que inspira la obra procesal del profesor Manuel Serra Domínguez, catedrático de la Universidad de Barcelona, podría sintetizarse en el binomio que da título a esta obra: *Realismo jurídico y experiencia procesal*. En ella se recogen las colaboraciones que sus discípulos, colegas y amigos próximos le dedican con motivo de su jubilación académica universitaria.

ISBN 878-84-92788-05-7



9 788492 788057

Manuel Serra  
Domínguez  
(*Liber Amicorum*)

Realismo jurídico y experiencia procesal



Manuel Serra Domínguez  
(*Liber Amicorum*)

## Realismo jurídico y experiencia procesal



 **Atelier**  
LIBROS JURÍDICOS

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Esta obra se ha beneficiado del Plan Nacional de I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación, proyecto SEJ 2004-00673 y de un Ajut al Grup de Recerca en Dret Processal de Catalunya SGR2005 00660.

© 2009 X. Abel Lluch, F. Adán Doménech, J. Almagro Nosete, C. Arangüena Fanego, J.M. Asencio Mellado, C.S. Bello Rengifo, J. Bonet Navarro, L.I.M. Bujosa Vadell, M. Cachón Cadenas, M.C. Calvo Sánchez, E. Cerrato Guri, J.P. Correa Delcasso, J.A. Cuevillas Sayrol, M. del Pozo Pérez., R. Escaler Bascompte, E. Espinosa-Saldaña Barrera, J. Franco Arias, J.F. Garnica Martín, E. Garriga Ariño, A. Girbau Coll, F. Gómez de Liaño González, S. Guasch Fernández, J. Jimeno Bulnes, A. Libano Beristain, F. Martín Diz, J. Martín Ostos, J.F. Monroy Gálvez, J. Nieva Fenoll, R.O. Berizonce, F. Ortego Pérez, M. Ortells Ramos, M. Peláez Del Rosal, V. Pérez Daudí, J. Picó i Junoy, F. Ramos Méndez, F. Ramos Romeu, F. Redondo García, N. Reynal Querol, D. Vallespín Pérez, E. Yélamos Bayarri.

© 2009 Atelier  
Via Laietana 12, 08003 Barcelona  
e-mail: editorial@atelierlibros.es  
www.atelierlibros.es  
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N. 978-84-92788-05-7  
Depósito legal: Z-3898-2009

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos.

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona  
www.addenda@addenda.es  
Impresión: INO Reproducciones, S.A.



<b>LA IMPUTACIÓN DE LA FLAGRANCIA. UNA APROXIMACIÓN COMPARADA</b> .....	185
<i>Carlos Simón Bello Rengifo</i> <i>Profesor de la Universidad Central de Venezuela</i>	
1. Introducción .....	185
2. El concepto de estructura .....	186
3. La flagrancia en el derecho venezolano .....	189
4. La comparación de estructuras .....	192
5. Referencias europeas .....	194
<b>EL JUSTO PROCESO DE EJECUCIÓN Y LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL</b> ..	197
<i>Roberto O. Berizonce</i> <i>Profesor Ordinario de Derecho Procesal II, Universidad Nacional de La Plata,</i> <i>Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal</i>	
I. La efectividad de la tutela judicial en el marco del proceso justo y las vías de ejecución .....	197
II. Problemas que suscita el proceso de ejecución .....	198
1. La individualización de los bienes del deudor .....	199
2. El resguardo de los derechos del ejecutado .....	199
3. Los medios de coacción y su extensión. 4. La efectividad de los sucesivos actos tendientes a la regularización de los bienes embargados .....	200
III. Tendencias actuales en la regulación de la ejecución forzada .....	202
IV. En la búsqueda de un equilibrio razonable de los legítimos intereses en juego ..	209
<b>INADECUACIÓN DEL ARBITRAJE PARA INSTRUMENTAR DETERMINADAS PRETENSIONES DE RECUPERACIÓN DE FINCA ARRENDADA</b> .....	211
<i>José Bonet Navarro</i> <i>Profesor Titular de Derecho Procesal, Universitat de València (Estudi General)</i>	
I. Viabilidad del convenio arbitral para someter la resolución del arrendamiento y operatividad de la declinatoria .....	212
II. Sobre la inadecuación del procedimiento arbitral para instrumentar ciertas pretensiones de desahucio .....	216
1. Especialidades en materia de desahucio y su posible o imposible incorporación en el procedimiento arbitral .....	217
2. Dudas sobre el ejercicio de la facultad enervadora en el procedimiento arbitral ..	220
3. Problemas que genera la ejecución del laudo pendiente la acción de anulación .....	224
III. A modo de síntesis conclusiva .....	225
<b>PROCESO PENAL EUROPEO Y ENJUICIAMIENTO DE MENORES</b> .....	227
<i>Llorenç M. Bujosa Vadell</i> <i>Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca</i>	
1. Introducción .....	227
2. El problema de la aproximación normativa en Europa .....	228
3. La constatación de una necesidad .....	235
4. Dificultades de partida .....	243

5. Elementos existentes .....	248
5.1. Marco general .....	249
5.2. Marco específico .....	253
6. Previsión de futuro .....	259
<b>EFFECTOS DEL SOBRESEIMIENTO</b> .....	261
<i>Manuel Cachón Cadenas</i> <i>Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Barcelona</i>	
1. Apunte preliminar .....	261
2. Efectos comunes al sobreseimiento libre y al provisional .....	261
A) Supuestos en que se decreta el sobreseimiento total .....	261
B) Supuestos en que se acuerda el sobreseimiento parcial .....	273
3. Efectos específicos del sobreseimiento libre .....	274
A) Cosa juzgada material .....	274
B) Remisión al juicio de faltas .....	276
C) Responsabilidad patrimonial del Estado .....	277
4. Efectos exclusivos del sobreseimiento provisional .....	278
A) Diferencias del sobreseimiento provisional frente al sobreseimiento libre y respecto de los supuestos de mera suspensión del proceso penal .....	278
B) Fundamento de la posibilidad de reabrir la causa penal .....	279
C) Problemas que plantea el sobreseimiento provisional desde el punto de vista de los principios y las garantías constitucionales .....	280
D) Restricciones a las que está sometida la posibilidad de reabrir el proceso penal ..	281
5. Nota bibliográfica .....	284
<b>LA RECUSACIÓN DE TRES MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2007</b> .....	287
<i>Maria del Carmen Calvo Sánchez</i> <i>Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca</i>	
I. Introducción .....	287
II. El T. C. en el objetivo de los medios de comunicación a propósito de las recusaciones de varios de sus Magistrados .....	289
III. El auto de 27 de noviembre de 2007 .....	294
<b>ESTUDIO DEL ART. 641 LEC: MOTIVOS DE SU INAPLICACIÓN PRÁCTICA</b> .....	339
<i>Elisabet Cerrato Guri</i> <i>Profesora de Derecho Procesal, Universidad Rovira i Virgili</i>	
1. La voluntad privatizadora del ART. 641 LEC .....	339
2. Análisis de la experiencia práctica .....	341
2.1. Introducción .....	341
2.2. La realidad práctica del art. 641 LEC .....	341
2.3. ¿Por qué no funciona? .....	342
3. Reflexión final .....	349

dañar innecesariamente al deudor. Un juicio de ponderación<sup>44</sup> o proporcionalidad,<sup>45</sup> que balancee adecuadamente los intereses de ambas partes, cotejando las ventajas que se derivarían para el acreedor con los sacrificios impuestos al deudor, evitando de esa manera todo desequilibrio o inadecuación en relación a las finalidades de la satisfacción ejecutiva del crédito.

Es responsabilidad compartida de legisladores, jueces y abogados propender al equilibrio dinámico en el diseño y operatividad del proceso de ejecución para que pueda finalmente alcanzar las finalidades que le son propias. Arduo empeño el del perfeccionamiento de sus reglas desde que requiere la búsqueda del equilibrio, tan esquivo, entre eficiencia y justicia.

44. En el balance de principios o valores contrapuestos —expresa Alexy— debe atenderse a criterios de adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro Est. Pol. y Const., Madrid, 2002, 3ª reimpresión, trad. E. Garzón Valdés, pp. 160-161 y ss.).

45. Tarzia G., *Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., pp. 343-344.

## Inadecuación del arbitraje para instrumentar determinadas pretensiones de recuperación de finca arrendada

JOSÉ BONET NAVARRO  
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (ESTUDI GENERAL)

La principal cuestión que se plantea en el presente trabajo es la de si el arbitraje es realmente adecuado para instrumentar determinadas pretensiones de recuperación de finca arrendada.

Desde luego, el arbitraje es una institución comúnmente reivindicada como alternativa a la jurisdicción. Entre las ventajas que ofrece respecto de la vía judicial, suele destacarse su rapidez o celeridad y su efecto de «descongestión de los actualmente saturados órganos judiciales».<sup>1</sup> Incluso se llega a sostener que aporta economía, profesionalidad especializada, confidencialidad, intermediación y resolución íntegra del conflicto.<sup>2</sup> En todo caso y sin perjuicio de lo discutibles que puedan resultar estas publicitadas ventajas al menos en algunos de los múltiples supuestos posibles, lo que no parece dudoso es que el arbitraje se presenta como material interesante desde diferentes ópti-

1. Son palabras contenidas en la web de la Cámara de Comercio de Las Palmas (<http://www.camaraalaspalmas.com/servicios/servcorte.html>).

2. Véase como se justifican estas «ventajas», por ejemplo, en la web de la Cámara de Comercio de Valencia ([http://www.camaravalencia.com/servicios/5\\_660.asp](http://www.camaravalencia.com/servicios/5_660.asp)). Similarmente, para la Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación, las ventajas del arbitraje frente a los que denominaría «métodos judiciales» son similares: El sometimiento de las partes al arbitraje es voluntario; resolución de conflictos de forma rápida; mismas garantías que el proceso judicial; árbitros imparciales expertos en su sector; ahorro de costes; confidencialidad; fomenta el diálogo y evita ruptura profesional entre empresas o socios que estén en la misma entidad trabajando en el mismo sector; y, por último, prevención de conflictos graves. Véase un mayor detalle en [http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/ventajas\\_arbitraje.mpx](http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/ventajas_arbitraje.mpx). Hasta llega a afirmarse que «el arbitraje es fuente de riqueza para un país», título de un artículo de José María Alonso en *Iuris*, núm. 118, junio 2007.

cas, particularmente para que determinados juristas puedan ampliar su ámbito de ejercicio profesional y, por ende, sus fuentes de ingresos.

En este breve trabajo, contrariamente a lo habitual, va a responderse a la cuestión, como adelantaba, se plantea en este trabajo. Quedarán patentes las dificultades — cuando no imposibilidades — que trae aparejada la incorporación en el procedimiento arbitral de gran parte de las especialidades previstas para los juicios de desahucio en la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), sobre todo cuando se basa en la falta de pago. Esto unido a los inconvenientes que plantea las limitadas posibilidades de intervención judicial y, sobre todo, la ejecución del laudo arbitral no obstante la acción de anulación, me permitirá concluir manifestando los serios inconvenientes que plantea el procedimiento arbitral y, en definitiva, su inadecuación para sustanciar, cuanto menos, determinadas pretensiones de desahucio.

### I. Viabilidad del convenio arbitral para someter la resolución del arrendamiento y operatividad de la declinatoria

La posibilidad de someter a arbitraje cualquier cuestión que suponga la resolución del arrendamiento y, por tanto, decretar el consiguiente desahucio tradicionalmente ha sido un tema polémico. En todo caso, como presupuesto el convenio arbitral habría de contener expresamente la facultad de resolución, pues no será admisible que ésta derive de la mera «interpretación» de los pactos del contrato de arrendamiento.<sup>3</sup>

Antes de su derogación por la disposición derogatoria única 2.6ª LEC, el art. 39.5 LAU preveía expresamente que «las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los Tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre». Y en esa misma línea, el art. 34 de la vigente LAR mantiene igualmente que las partes «podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materia». Sin embargo, el hecho de la derogación del primer precepto, y de la introducción del segundo, no resultan concluyentes para dar una respuesta satisfactoria a la pregunta de la viabilidad del convenio arbitral para someter la resolución del arrendamiento.

Ciertamente no resulta imprescindible que ninguna norma general o especial expresamente autorice la posibilidad de sometimiento a arbitraje de una determinada materia.<sup>5</sup> Siendo así, salvo que explícitamente se hubiera autorizado el sometimiento para

3. En ese sentido se pronuncia la SAP Almería (Secc. 2ª), 18 de febrero de 2003. Ponente: D. José María Contreras Aparicio. AC 2003/585.

4. Véase Pérez-Cruz Martín, A. J., «Arbitraje y arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso distinto de la vivienda (en torno a una cabal interpretación del art. 39.5ª de la Ley de Arrendamiento Urbano de 1994)», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, mayo 2000, págs. 309-22.

5. Como opina Cucarella Galiana, L. A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Bolonia-Zaragoza, 2004, pág. 110, aunque la norma civil o mercantil no diga nada, salvo que se trate de materias no disponibles, la materia será arbitrable.

todas y cada una de las materias posibles, resulta irrelevante la derogación del citado art. 39.5 LAU<sup>6</sup> por la vigente LEC, o que el citado art. 34 se haya introducido recientemente, por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos; precepto que de otro lado remite a «los términos previstos en la legislación aplicable en la materia». Por su parte, la circunstancia de que el desahucio implique, en esencia y al margen del eventual cumplimiento voluntario, un poder de coerción que solamente se atribuye a los órganos jurisdiccionales<sup>7</sup> tampoco resulta útil para negar la arbitrabilidad, porque parece claro que lo sometido se limita estrictamente a la resolución de la relación arrendaticia y, como en cualquier otro supuesto de resolución de condena, la ejecución del laudo quedará en manos de la jurisdicción.<sup>8</sup>

En fin, no tratándose el juicio de desahucio de un proceso especial,<sup>9</sup> y habiéndose derogado el art. 1561 LEC 1881 con la expresa atribución a la jurisdicción ordinaria de las demandas de desahucio que suponía, la admisibilidad del convenio arbitral para decidir sobre el desahucio dependerá de la disponibilidad de la materia en atención al art. 2.1 Ley de Arbitraje (en adelante LA); y, además, de que las especialidades procesales en los juicios de desahucio puedan impedir o dificultar el sometimiento a arbitraje en este ámbito.

En relación con su disponibilidad, me sumo a los autores que estiman que es toda disponible, sin perjuicio de que determinados aspectos tengan carácter imperativo o preceptivo. Estos últimos aspectos no excluirán el arbitraje por cuanto el propio contrato es esencialmente renunciabile por el arrendatario —aunque pueda en ciertos casos someterse a indemnización— y por vía del recurso de anulación cabe corregir posibles

6. De hecho, vigente el art. 39.5 LAU se venía negando mayoritariamente la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones que pudieran provocar la resolución del contrato y desahucio del inquilino, fundamentalmente porque seguía vigente el art. 1561 LEC 1881. Véase entre otros a Pérez-Cruz Martín, A. J., *Ley de Arrendamientos Urbanos. Su proyección procesal (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, Granada, 1997, págs. 122-3, notas 41 y 508. Entre la jurisprudencia, véase la SAP Valencia (Secc. 7ª), 26 de enero de 1998. Ponente: D. José Antonio Lahoz Rodrigo. AC 1998/3. Sin embargo, en ocasiones algunas resoluciones judiciales entendían tácitamente el art. 1561 LEC 1881. Así lo entendía, por ejemplo, la SJPI (núm. 1) Pamplona, 17 de mayo de 2000. Ponente: Dña. Raquel Fernández Nosti. JUR 2001/240546.

7. La exclusión del arbitraje respecto del proceso de ejecución se produce en cualquier caso, con independencia de que de modo inicial o sobrevenido se pueda producir cumplimiento voluntario. Que los árbitros carecen de todo poder coercitivo se demuestra por el hecho de que, sin ningún género de condicionante, el art. 8.4 LA prevea que «para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado...» Véanse las consideraciones que al respecto realiza el ATC 259/1993 (Sala 1ª, Secc. 1ª), 20 julio (RTC 1993/259 AUTO).

8. Alema Lorca Navarrete, A. M., *Tratado de Derecho de Arbitraje*, San Sebastián, 2002, pág. 827, que el ámbito de resolución de cuestiones litigiosas arrendaticias, no impide que el laudo que se pronuncie declare —por tanto función declarativa— la resolución del contrato de arrendamiento por impago del pago de la renta y que, la parte favorecida por ese pronunciamiento, postule en trámite de ejecución forzosa del laudo arbitral el desahucio —obligación del condenado a hacer: dejar la finca—.

9. Como dice Lorca Navarrete, A. M., *Tratado de Derecho de Arbitraje*, cit., pág. 827, «con la LEC 1/2000 el juicio de desahucio no discurre ya por los trámites de un juicio especial, sino de un proceso declarativo ordinario al que se incorporan determinadas especialidades por lo que la naturaleza imperativa y especial de su tramitación ya no es ni tan siquiera determinante».

disfuncionalidades sobre los mismos.<sup>10</sup> A lo sumo, el carácter imperativo impondría que el arbitraje fuera de derecho.<sup>11</sup>

En cuanto a las especialidades, dos aspectos son inicialmente relevantes: de un lado, no ha de pasar por alto que la sumisión a arbitraje permitirá orillar la específica regulación contenida en la LEC para los desahucios, sobre todo los de finca urbana por falta de pago, puesto que la remisión al procedimiento se hace a la LA o, en su caso, a la Ley 26/1984, de consumo,<sup>12</sup> sin traslado en cualquier caso de las especialidades contenidas en la LEC;<sup>13</sup> de otro, que de entrada no parece que ninguna de estas especialidades representen un obstáculo insalvable para el arbitraje.

En mi opinión, desde una perspectiva de estricta política legislativa, resulta incoherente que se introduzcan pormenorizadamente especialidades procesales en la sustanciación de una determinada materia como es el caso del desahucio, hemos de pensar que todas ellas no son caprichosas sino que obedecen a razones justificadas, para a continuación permitir que dichas especialidades sean orilladas, permitiéndose que el desahucio se sustancie mediante un procedimiento arbitral huérfano de toda previsión específica en materia de desahucio.

Salvo que entendamos que dichas especialidades son verdaderamente inútiles o irrelevantes, como luego insistiré, en la medida que sean necesarias y hasta imprescindibles en la sustanciación de los juicios de desahucio, el procedimiento arbitral resulta inadecuado. Desde luego, la tendencia legislativa es la de reforzar las previsiones específicas, sobre todo en los desahucios de finca urbana por falta de pago, como se patentiza con la reforma de la LEC a través de la Disp. Fin. 3 Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

Esta inadecuación del procedimiento arbitral será tanto más patente cuanto mayor sea la cantidad y calidad de las especialidades. Ciertamente algunos tipos de desahucio

10. Alonso-Cuevillas y Sayrol, J., *Procesos arrendaticios urbanos y comunes tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, Barcelona, 1996, págs. 237-40, nota 544, siguiendo a Puig Ferriol. Opinión que considera acertada Lorca Navarrete, A. M., *Tratado de Derecho de Arbitraje*, cit., pág. 827. Pérez-Cruz Martín, A. J., «Arbitraje y arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso distinto de la vivienda (en torno a una cabal interpretación del art. 39.5º de la Ley de Arrendamiento Urbano de 1994)», cit., págs. 318-9. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, SAP Baleares (Secc. 3ª), 4 de febrero de 1997. Ponente: D. Carlos Gómez Martínez. AC 1997/318.

11. VVAA, *La figura jurídica del arrendamiento urbano. Los procedimientos arrendaticios antes y después de la LEC 2000, la relación existente entre las hipotecas y los arrendamientos urbanos, el arbitraje y la enervación de la acción en los procesos de desahucio*, (dir.: Álvarez-Ossorio y Moreno), Madrid, 2000, págs. 146-7, concretamente será así para materias que versen sobre duración, renta, derecho y obligaciones, suspensión, resolución y extinción del contrato, el arbitraje habrá de ser acorde con las normas imperativas de la LAU; y a salvo de los arrendamientos distintos de vivienda, en los que rige el principio de autonomía de las partes en los que cabrá el de equidad. Opinión en contra, Pérez-Cruz Martín, A. J., «Arbitraje y arrendamiento de vivienda y arrendamiento para uso distinto de la vivienda...», cit., págs. 321-2.

12. Bonet Navarro, A., *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coor.: Bercovitz), Pamplona, 1995, pág. 831.

13. Así parecen indicarlo autores como Alonso-Cuevillas y Sayrol, J., *Procesos arrendaticios urbanos y comunes tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994*, cit., pág. 242, nota 551. Pérez-Cruz Martín, A. J., *Ley de Arrendamientos Urbanos. Su proyección procesal (Estudio doctrinal y jurisprudencial)*, cit., pág. 122.

como los que se han de sustanciar por el juicio ordinario contienen previsiones de relativo calado (procedimiento adecuado por la materia, fuero indisponible, satisfacción de rentas previo o durante el recurso); y a otros desahucios, como el procedente por extinción del plazo, se le suma alguna otra especialidad (junto a las anteriores, meras particularidades en la designación de abogado y procurador, exclusión del conocimiento de los jueces de paz, y posibilidad de designar como domicilio del demandado, a efectos de actos de comunicación, la vivienda o local arrendado). Ahora bien, si las anteriores previsiones pueden ser consideradas como menores, en modo alguno merecen tal calificativo el hecho de que en los desahucios por falta de pago, entre otras cosas, solamente se permita al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación (art. 444.1 LEC); la exclusión de efectos de cosa juzgada de las sentencias que pongan fin a los juicios verbales (art. 447.2 LEC); la posibilidad de enervación (art. 22.4 LEC), incluso con inadmisión de la demanda si se incumple con las indicaciones previstas en el art. 439.3 LEC...

De otro lado, no suelo encontrar, salvo en aquellos procedimientos arbitrales sufragados por fondos públicos, ventajas apreciables en el arbitraje para las partes desde un punto de vista de celeridad y economía, y ni siquiera se ha revelado hasta la actualidad como alternativa eficiente y eficaz para descargar verdaderamente de trabajo a los órganos jurisdiccionales.<sup>14</sup>

Ahora bien, manifestada mi opinión sobre la inadecuación, ha de reconocerse que no tiene sustento en norma expresa. Es más, el último fundamento en el derecho positivo que se contaba para considerar inadecuado el arbitraje, esto es, el art. 1561 LEC 1881, se halla actualmente derogado. Y por añadidura, una norma posterior a la propia LEC como es la vigente LAR, de 26 de noviembre de 2003, nos recuerda en su art. 34 que las partes «podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materia».<sup>15</sup>

En fin, no obstante los inconvenientes que presenta y hasta la inadecuación del procedimiento arbitral para sustanciar el desahucio mediante un procedimiento adecuado, desde un punto de vista lege lata no encuentro base jurídica suficiente que fundar la inviabilidad del convenio arbitral en materia de resolución arrendaticia y para imponer

14. Ciertamente las opiniones manifestadas por la doctrina suelen partir de una valoración positiva del arbitraje. Valga como ejemplo, VVAA, *La figura jurídica del arrendamiento urbano. Los procedimientos arrendaticios antes y después de la LEC 2000, la relación existente entre las hipotecas y los arrendamientos urbanos, el arbitraje y la enervación de la acción en los procesos de desahucio*, (dir.: Álvarez-Ossorio y Moreno), cit., pág. 151, cuando califican a los convenios arbitrales como «absolutamente beneficiosos, ya que evitaría el conocimiento de esas materias a los juzgados, con la consiguiente descarga de trabajo, lo que agilizaría la justicia».

15. Este precepto, como pone de manifiesto Sanz Valentín, L. A., «Art. 34. Cuestiones litigiosas extrajudiciales», en *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, (coor.: Caballero), Madrid, 2006, pág. 500, introduce una «llamativa invitación» a la utilización del arbitraje, que carece de todo antecedente en la legislación anterior, puesto que la intervención de las llamadas «Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos» distaba de ser un verdadero arbitraje, al carácter de la mayor parte de las notas propias de esta institución.

el lanzamiento del demandado. Por esto que, formulado juicio de desahucio ante un órgano jurisdiccional, será viable la declinatoria basada en convenio arbitral.<sup>16</sup>

## II. Sobre la inadecuación del procedimiento arbitral para instrumentalizar ciertas pretensiones de desahucio

Partiendo de la admisibilidad del convenio arbitral para sustanciar el desahucio así como de la viabilidad de la declinatoria fundada en el mismo para excluir el asunto convenido de la jurisdicción, han de resaltarse los graves inconvenientes y disfunciones que plantea el sometimiento a arbitraje en su encaje procedimental. Hasta tal punto graves que, desde esa perspectiva, en mi opinión el arbitraje merece calificarse como inadecuado, tanto más cuanto mayor sea la cantidad y calidad de las especialidades previstas para cada supuesto de desahucio.

De entrada, considero oportuno formular algunas consideraciones generales sobre los inconvenientes del arbitraje. En cuanto a la disposición del derecho y respeto de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral en la práctica suele «imponerse» en el momento de la firma del contrato, que es cuando, salvo supuestos concretos generalmente referidos a locales de negocio que puedan resultar muy convenientes económicamente para el arrendador, la posibilidad de negociación de la parte arrendataria se encuentra habitualmente mermada. En cuanto a las garantías, el resultado del sometimiento a arbitraje será que las partes renuncian a la viabilidad del procedimiento jurisdiccional y, por tanto, en principio abandonan las garantías y especialidades procesales establecidas en el mismo —ha de pensarse— por resultar convenientes y adecuadas a la relación jurídica material objeto del proceso. Incluso representa una merma de garantías respecto en quienes toman las decisiones, en el mejor de los casos abogados en ejercicio, por tanto, al margen de desvinculación subjetiva, sin garantías de su imparcialidad objetiva. En cuanto al coste económico, en comparación con la jurisdicción, en el procedimiento arbitral el cargo de árbitro es remunerado, como igualmente ha de abonarse la eventual protocolización del laudo y la fehaciente notificación. Este coste no va a verse compensado necesariamente por su afirmada celeridad o rapidez,<sup>17</sup> por cuanto, en primer lugar, el plazo de seis meses previsto en el art. 37 LA perfectamente puede incumplirse, y porque, en todo caso, la supuesta rapidez dependerá, entre otras cosas, de una descongestión favorecida precisamente por el mayor costo de esta vía de solución de conflictos. Por último, en cuanto a su efecto descongestionador de la jurisdicción, no ha tenido, ni parece que vaya a tener en el futuro, efecto alguno sobre el volumen de registro de asuntos en los órganos jurisdiccionales.

16. Convenio en el que se someta a arbitraje tanto para la resolución de un contrato de arrendamiento como para la declaración de inmueble «cedido en precario». En este último caso, cuando no medie una cesión expresa de precario, la propia ausencia convenio hace improbable, cuando no imposible, que conste sometimiento arbitral alguno para la declaración de un hecho como el precario que tampoco constará formalmente.

17. A pesar de que, se haya informado de que el primer procedimiento arbitral de desahucio se ha resuelto en un plazo de dos meses (véase esta información en <http://www.lexureditorial.com/noticias/0406/21191257.htm>), no creo que necesariamente el arbitraje vaya a reducir los plazos para su resolución.

Al margen de las anteriores consideraciones, lo que me interesa resaltar en este momento es que las normas que regulan el procedimiento arbitral no contienen previsión específica a especialidades de ninguna índole, no obstante ser éstas adecuadas, conforme a las leyes procesales, en la sustanciación del desahucio. Ante ello la consecuencia se presenta como obvia: se hace preciso incorporar en la medida de lo posible estas especialidades al procedimiento arbitral. De ese modo, partiendo de la viabilidad del arbitraje para sustanciar el desahucio y de la justificación, coherencia y adecuación de las especialidades en esta materia, aunque nada se regula expresamente, algunos autores se afanan en resaltar la «conveniencia» o la «recomendación» de que los procedimientos arbitrales recojan en esencia las especialidades más relevantes propias del juicio de desahucio.<sup>18</sup>

Sin embargo, resulta dudoso que el arbitraje represente en este ámbito un verdadero «equivalente jurisdiccional»,<sup>19</sup> puesto que a pesar de los esfuerzos integradores no siempre será posible incorporar unas previsiones específicas y adecuadas en el mismo. Por mucha llamada a la conveniencia de la incorporación de estas previsiones, no solamente nada impide hacer caso omiso a tales «recomendaciones» y obviar su establecimiento en el arbitraje, sino que en muchos casos ni siquiera será posible tramitar el arbitraje mediante un procedimiento adecuado y equivalente al jurisdiccional en tanto que dichas previsiones en ocasiones resultan incompatibles con el propio procedimiento arbitral.

### 1. Especialidades en materia de desahucio y su posible o imposible incorporación en el procedimiento arbitral

Se hace preciso concretar qué previsiones «conviene» o es posible introducir en el procedimiento arbitral. Pensemos que quizá algunas especialidades en realidad puedan no ser esenciales, que su establecimiento dependa de una mera cuestión de conveniencia de política legislativa, o quizá en otros casos, éstas lleguen a resultar incompatibles con el procedimiento arbitral y su traslación imposible.

Como veremos a continuación, buen número de las previsiones propias del desahucio resultan incompatibles con el procedimiento arbitral o, a lo sumo, solamente caben introducirse en el mismo mediante acuerdo de las partes o por decisión puntual de los árbitros. Por último, solamente la facultad enervadora por parte del demandado, y todavía con dudas, podrá tener una aplicación directa en el arbitraje.

#### A) Especialidades incompatibles en el procedimiento arbitral

Entre las especialidades incompatibles con el procedimiento arbitral cabe citar las siguientes:

18. Iscar De Hoyos, J., «El arbitraje privado en los arrendamientos urbanos. Aspectos prácticos», en *PT*, núm. 15, 2005, págs. 45-51.

19. Así es como lo califica en ocasiones el TC. Entre las más recientes, STC 196/1997, 13 de noviembre. Ponente: D. Fernando García-Mon y González Regueral. *RTC* 1997/196.

- 1.º Las normas sobre adecuación por la materia y por la cuantía al juicio ordinario o verbal (arts. 249.1.6º y 250.1.1º y 2 LEC) por no encontrar equivalente en el procedimiento arbitral así como al contradecir la libertad procedimental que proclama el art. 25 LA.
- 2.º Las limitaciones de alegaciones y pruebas así como la exclusión de la cosa juzgada en el desahucio por falta de pago (arts. 447.2 y 444.1 LEC) por ser incompatible con el art. 43 LA, según el cual, sin otras limitaciones ni matizaciones, dispone que «el laudo firme produce efectos de cosa juzgada».
- 3.º Las particularidades contenidas en el art. 33.3 LEC para la designación de abogado y procurador con el objetivo de evitar dilaciones cuando se solicite el derecho de asistencia jurídica gratuita, por cuanto el procedimiento arbitral no se encuentra amparado, al menos expresamente, por este derecho (arts. 1.2 LAJG y 1.2 RAJG).<sup>20</sup>
- 4.º Las previsiones de la Disposición Adicional quinta LEC sobre agilización en los supuestos de desahucios de finca urbana por falta de pago que, referidas a oficinas de señalamiento inmediato exclusivamente en partidos judiciales y en relación con órganos jurisdiccionales, no incluyen en su ámbito los órganos ni los procedimientos arbitrales.
- 5.º La exigencia de que hayan de tener satisfechas las rentas como condicionante de la admisión o mantenimiento de los recursos en los términos del art. 449 LEC, dado que, salvando las distancias en los medio de impugnación, el art. 40 LA autoriza la acción de anulación sin condicionarse al abono de renta alguno y sin que proceda hacer aplicación analógica de una norma como el citado art. 449 restrictiva de derechos, especialmente cuando la «acción de anulación del laudo» no se trata estrictamente de un recurso.
- 6.º La posibilidad de consignación judicial para hacer efectiva la enervación en los términos del art. 22.4 LEC se opone a lo previsto en los arts. 7 y 8 LAC, en cuanto, conforme el primero, «en los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga», y sin que el segundo contenga previsión alguna sobre la posibilidad de consignación judicial.

#### B) Especialidades innecesarias en el procedimiento arbitral

Otras especialidades resultan innecesarias incorporarlas en tanto que la propia atribución del conocimiento al arbitraje las trae implícitas.

20. El art. 1.2 LAJG, es claro cuando dice que «las disposiciones de esta Ley serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el artículo 6.1», relativo este último al «asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretenden reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión». Por su parte, el art. 1.2 RAJG no solamente no contiene mención alguna al procedimiento arbitral sino que matiza su referencia a «todo tipo de procesos ante juzgados y tribunales con jurisdicción» y a los «procedimientos administrativos cuya tramitación y resolución corresponda a órganos de la Administración General del Estado».

- 1.º Exclusión del conocimiento de los jueces de paz prevista en el art. 47 LEC, por ser consecuencia necesaria en la atribución del conocimiento a los árbitros. Si bien podría tener relevancia en cuanto a la competencia para la intervención judicial cuando sea necesaria.
- 2.º La autorización de acumulación solamente para ciertos supuestos, y, por esa vía, la prohibición de acumulación para el resto tal y como se contempla en el art. 438.1.3.º LEC. Es así porque nada impide la acumulación en el procedimiento arbitral de todas o alguna de las controversias relativas a la relación arrendaticia conforme al art. 9 LA referido a que «el convenio arbitral... deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual»; en relación con el 20 LA que prevé que «salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho».

#### C) Especialidades que podrán introducirse en el arbitraje mediante acuerdo de las partes o decisión de los árbitros

Otras especialidades no van a ser incorporadas al arbitraje de forma automática, sino que será necesario, tal y como autoriza el art. 25 LA, acuerdo expreso de las partes o decisión de los árbitros.

- 1.º El plazo para dictar sentencia desde la finalización de la vista contemplada en el art. 447.1 LEC, puesto que aunque el art. 37 LA establece como regla general un plazo de seis meses —prorrogable— para decidir la controversia (desde la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el art. 29 o de la expiración del plazo para presentarla), excepcionalmente permite que las partes dispongan otra cosa.
- 2.º El conocimiento del órgano del lugar en que esté sita la finca del art. 52.1.7º LEC, pues el art. 26.1 LA permite que las partes determinen libremente el lugar del arbitraje, y, a falta de acuerdo, lo fijen los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. Sin duda estas circunstancias aconsejarán que sea el lugar en que radica el inmueble, tanto para facilitar la ejecución (competencia del juzgado de primera instancia del lugar en que haya sido dictado el laudo según los arts. 545.2 LEC y 8.4 LA), como el acceso a la acción de anulación cuya competencia corresponde a la Audiencia Provincial del lugar donde se haya dictado (art. 8.5 LA).<sup>21</sup>
- 3.º La necesidad, como condición de admisibilidad, de que la demanda contenga las circunstancias relativas a la posibilidad o no de enervación a que se refiere el art. 439.3 LEC, podrá imponerse en la medida que el art. 29 LA autoriza a la partes acordar otra cosa respecto del contenido de la demanda.

21. Iscar De Hoyos, J., «El arbitraje privado en los arrendamientos urbanos. Aspectos prácticos», cit., pág. 47.

- 4.º Que el demandante pueda anunciar en la demanda que asume el compromiso de condonación condicionándolo al desalojo voluntario dentro del plazo indicado (art. 437.3 LEC), también por la autorización del mismo art. 29 LA.
- 5.º La posibilidad de designar como domicilio del demandado, a efectos de actos de comunicación, la vivienda o local arrendado a que se refieren los arts. 155.3 y 161.3 LEC, puesto que el art. 5 LA permite acuerdo en contrario de las partes.
- 6.º Que la citación correspondiente contenga las previsiones del art. 440.3 LEC dependerá, conforme al art. 25 LA, de que las partes lo hayan contemplado o de que los árbitros lo consideren apropiado.

## 2. Dudas sobre el ejercicio de la facultad enervadora en el procedimiento arbitral

### A) Consideraciones iniciales a favor de la posibilidad de ejercicio directo de la facultad enervadora en el arbitraje y algunas consecuencias

La facultad de enervación que se atribuye al demandado en virtud del art. 22.4 LEC es la única que, por ser norma de derecho sustantivo y aún con dudas, podría aplicarse directamente al procedimiento arbitral. Ciertamente, aunque no se autoriza expresamente, tampoco parece excluirse.

La enervación es una facultad que, sin perjuicio de su ubicación sistemática,<sup>22</sup> y aunque sea con indudable trascendencia procesal,<sup>23</sup> supone no solamente la exclusión de la acción de desahucio, sino también un modo de extinción de la obligación en el plano jurídico-privado.<sup>24</sup>

En mi opinión, el componente sustantivo que le corresponde, unido a la dudosa renuncia al derecho de enervación que ha de atribuirse al mero sometimiento de la decisión a arbitraje, permitirían considerar subsistente la facultad enervadora del des-

22. La ubicación sistemática en la LEC no es determinante de su naturaleza jurídica. Piénsese en instituciones tan sustantivas como pueden ser el pago o el cumplimiento de la prestación se regulan y contienen también en nuestras leyes procesales (los arts. 583, 585, 586, 699 ó 710 LEC son buenos ejemplos). Ortelés Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, (con Mascarell, Cámara, Juan, Bonet, Bellido, Cucarella y Martín), Cizur Menor, 2005, pág. 677; añade otros ejemplos como el supuesto de responsabilidad por daños y perjuicios por la conducta del ejecutado consistente en inducir al tribunal a extender la ejecución frente a personas que el título o la ley no autorizan (art. 538.4 LEC).

23. No obstante, alguna jurisprudencia pone de manifiesto su naturaleza estrictamente procesal. Así, por ejemplo, la SAP Asturias (Secc. 6ª), 28 de enero de 1997. Ponente: D. José Manuel Barral Díaz. AC 1997/12. La SAP Toledo (Secc. 1ª), 24 de febrero de 1997. Ponente: D. Julio Tasende Calvo, AC 1997/324. Incluso el TS ha considerado que la infracción del art. 22.4 LEC no tiene el carácter de norma sustantiva a efectos de la admisión del recurso de casación, debiendo instarse para su infracción el recurso extraordinario por infracción procesal; entre otras resoluciones, AT5 (Sala 1ª, Secc. 1ª), 1 de marzo de 2005. Ponente: D. Clemente Auger Llázn. RJ 2005/4173.

24. Véase la SAP Córdoba (Secc. 2ª), 24 de enero de 1997. Ponente: D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre. AC 1997/13, cuando habla de «beneficio legal de carácter mixto: procesal en su ejecución y de derecho sustantivo civil en su esencial naturaleza, aunque se regule o recoja en dicha LEC. Procesal».

ahucio con independencia de la vía procesal o arbitral en que se instrumentara. Y consecuentemente, en el caso de que los árbitros denegaran la enervación, cumplidos el pago o la puesta a disposición en las condiciones legalmente exigidas, se podría permitir al arrendatario demandado formular con éxito la acción de anulación prevista en el art. 40 LA.

Dado el carácter extraordinario de esta acción de anulación del laudo, su fundamento no se presenta sencillo. Quizá podría basarse en que el procedimiento no se ha ajustado a la LA (art. 41.1.d LA), concretamente al art. 24.1 LA que prevé que en el procedimiento «deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos», entre los que cabe incluir el derecho de enervación del art. 22.4 LEC. Quizá, en caso contrario, el recurso se fundaría alegando que el laudo es contrario al orden público en los términos del art. 41.1 f) LA, por cuanto se ha tramitado un procedimiento con merma de los derechos y garantías materiales y procesales que atribuye el art. 22.4 LEC en cuanto sea aplicable al desahucio arbitral y, por esa vía, con vulneración del derecho de defensa proclamado por la CE.

### B) Algunas dificultades de encaje: *dies a quo* y *dies ad quem* para hacer efectiva la enervación

A pesar de la inicial posibilidad de ejercicio de la facultad de enervación en el procedimiento arbitral, presenta dificultades de encaje debido a la falta de identidad en sus procedimientos, salvo que se acordara ésta por las partes o por los árbitros (art. 25 LA). Principalmente dificultosa se encuentra la determinación concreta del *dies a quo* y sobre todo del *dies ad quem* para el ejercicio de la enervación.

Por lo que se refiere al *dies a quo*, no presenta especiales problemas puesto que, a pesar de que el momento en principio hábil para el ejercicio de la enervación sea el posterior a la citación para la vista, mayoritariamente se entiende que la enervación se producirá a partir de la litispendencia (art. 410 LEC). Siendo así, y dados los términos del art. 27 LA, «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», el *dies a quo* se iniciará cuando el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, de modo que cualquier pago o puesta a disposición habrá de reputarse enervación y no simple pago tardío. En el caso de que se haya formulado demanda ante un órgano jurisdiccional y se hubiera estimado la declinatoria con base en el convenio arbitral, el *dies a quo* se iniciaría igualmente con el requerimiento de someter la controversia a arbitraje que ha de formular el demandante.

El *dies ad quem* presenta mayores dificultades de encaje. El art. 22.4 LEC deja en principio claro cual es el *dies ad quem* para hacer efectiva la enervación: antes de la celebración de la vista. Ello sin perjuicio de que momento adecuado para poner de manifiesto el hecho de haber realizado la sea el del inicio de la vista. Que la enervación haya de ser previa al momento de la vista no es casual, puesto que es en la vista del

juicio verbal cuando el demandado tendrá la primera oportunidad ordinaria de ser oído.<sup>25</sup> El equivalente en el procedimiento arbitral a efectos de establecer este *dies ad quem* para la enervación sería el momento de la contestación a la demanda. Y como el procedimiento arbitral será oral o escrito, conforme al art. 30 LA, por acuerdo de partes o, en su defecto, por decisión de los árbitros, el momento en que finalizará la posibilidad de enervar válidamente será en principio el inmediatamente anterior a la contestación por escrito o a la primera audiencia señalada y celebrada.

Ahora bien, la certeza de este momento se ve enturbiada por el hecho de que el art. 29.2 LA permita que «salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho». Una interpretación laxa de este precepto permitiría concluir que la posibilidad de enervación se extendería hasta el momento en que el laudo estuviere dictado,<sup>26</sup> en tanto que el pago de las rentas con efecto enervador se considere como una modificación o ampliación de la contestación que ha de ser aceptada por el árbitro, y sin perjuicio de la imposición de costas en función de dicha demora.

La conclusión anterior resulta dudosa. Al margen de la inicial indefinición legal del tipo de procedimiento arbitral, escrito o por audiencias, la fijación del *dies ad quem* en el momento en que el demandado tenga la primera oportunidad ordinaria de alegar se adecua mejor a la regulación del art. 22.4 LEC y otorga mayores dosis de certeza, máxime cuando el plazo para dictar el laudo arbitral, salvo pacto en contrario, se podrá extender nada menos que a seis meses desde la presentación de la contestación, prorrogable por los árbitros por un plazo no superior a dos meses (art. 37.2 LEC). Además, esta interpretación responde adecuadamente al carácter de privilegio que en mi opinión merece la facultad de enervación atribuida a una de las partes para hacer inviable una acción a pesar de haberse producido el hecho fundamental integrante de la *causa petendi* de la pretensión.

Lo que el art. 29.2 LA autoriza realmente es a que pueda alegar posteriormente un enervación realizada previamente. Parece claro que el pago o la puesta a disposición, como tales, no tienen en absoluto la naturaleza de «contestación a la demanda», sino de hecho extintivo de naturaleza sustantiva y con relevancia en el proceso. Por tanto, la única conclusión válida que se obtiene del art. 29.2 LA, sin perjuicio de que el arrendatario sea declarado en situación concursal,<sup>27</sup> es que el pago o puesta a disposición, rea-

25. Así y todo, con carácter eventual o extraordinario serán posibles alegaciones previas diversas como, entre las más importantes, la declinatoria (art. 64 LEC); comunicación de que pretende valerse de abogado y procurador en caso de que pudiera no resultar preceptiva su intervención (art. 32.2 LEC); la proposición de recusación (art. 107.1 LEC); la solicitud de nuevo señalamiento de vista (art. 183.1 LEC); la indicación de las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, hayan de ser citadas por el tribunal para que declaren en calidad de partes o testigos (art. 440.1.III LEC); o la notificación previa al actor de la recomendación (art. 438.1.II LEC).

26. A esta conclusión llega Iscar De Hoyos, J., «El arbitraje privado en los arrendamientos urbanos. Aspectos prácticos», cit., pág. 48.

27. Aunque los convenios arbitrales en que sea parte el concursado queden sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, los procedimientos que estén tramitándose en el momento de declararse el concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo (art. 52 Ley Concursal). Y conforme al art. 70 de la misma Ley la administración concursal

lizados antes del primer acto de alegación, puedan ser puestas en conocimiento y acreditadas durante el curso del procedimiento y hasta que el laudo haya sido dictado.

Cuestión distinta es que en ciertas situaciones excepcionalmente pudieran ser válidas total o parcialmente enervaciones ulteriores. Sería el caso de que por la existencia de dudas en la determinación exacta de la cantidad debida se autorizara una consignación ulterior por la diferencia del importe debido; o supuestos de aplazamientos, suspensiones o anulaciones de la vista, entre otros supuestos, por no haberse dictado el laudo en el plazo que fija el art. 37.2.II LA. En este último caso, el pago o puesta a disposición tendría carácter de pago tardío o de enervación dependiendo de que se volviera a iniciar o no nuevo procedimiento arbitral.

### C) Sobre la constancia en la demanda y en la citación de la posibilidad de enervación

La posibilidad de ejercicio de la facultad de enervación cuando se tramite el desahucio, sea en la vía jurisdiccional como en la arbitral, no implica que las previsiones contenidas en la LEC relativas a dicha posibilidad deban integrar el procedimiento arbitral. En mi opinión, salvo que medie acuerdo expreso de las partes, no son trasladables automáticamente al procedimiento arbitral las exigencias de los arts. 439.3 y 440.3 LEC.

La necesaria constancia en la demanda de las circunstancias relativas a la posibilidad o no de enervación como *conditio sine qua non* para su admisibilidad y que en la citación, entre otras cosas, el Tribunal indique la posibilidad de enervar el desahucio, no tienen carácter sustantivo sino estrictamente procesal. Con las mismas la LEC establece un *plus* para facilitar tanto una decisión judicial sobre la procedencia de la enervación como el mismo ejercicio de esa facultad por el arrendatario. Se trata de elementos coadyuvantes, pero son esenciales ni necesarias para la existencia, subsistencia o ejercicio de la facultad de enervación a favor del demandado. El arrendatario demandado, si se dan los presupuestos legales para ello, podrá enervar la acción sin necesidad de que conozca la opinión del arrendador demandante al respecto ni de que se le recuerde que le corresponde esa posibilidad.

En definitiva, salvo pacto de las partes, no será necesaria la mención en la demanda de la posibilidad de enervación como condicionante de su admisibilidad. Y lo mismo cabe decir respecto de la citación, que podrá producirse, además, cuando los árbitros lo consideren adecuado dadas las circunstancias. Por lo tanto, con carácter general, la falta de la mención en la demanda o en la comunicación que le dirijan los árbitros sobre la posibilidad de enervación no permitirá fundar con éxito ninguna suerte de impugnación del laudo.

### D) Sobre la dudosa viabilidad de la enervación mediante la puesta a disposición ante el Tribunal en el ámbito del procedimiento arbitral

Si repasamos el tenor literal del art. 22.4 LEC observaremos como otorga efectos a la enervación, entre otros supuestos, cuando el arrendatario pone a disposición del actor

en el tribunal el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento del hecho enervador. Esta previsión, como no podía ser de otro modo, encuentra congruencia con el juicio de desahucio instrumentado en el ámbito judicial.

En el procedimiento arbitral, aunque puedan fijarse tres árbitros (art. 12 LA), no cabe hablar en puridad de tribunal. No en vano la propia LA reserva esta denominación al ámbito judicial.<sup>28</sup> Además, la posibilidad de consignación se ve impedida por las propias normas de la LA puesto que la intervención judicial solamente se producirá en los casos en que la LA así lo disponga, y no se prevé que intervenga a estos efectos (arts. 7 y 8 LA). Consecuentemente, ante la tesitura de una hipotética solicitud de puesta a disposición en un Tribunal, se supone que el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje, en principio habría de rechazarse y, en cualquier caso, tendría que ser inviable a efectos de excluir la acción de desahucio instrumentada mediante el arbitraje.

### 3. Problemas que genera la ejecución del laudo pendiente la acción de anulación

La posibilidad de impugnación del laudo arbitral mediante la llamada «acción de anulación del laudo», regulada de un modo no siempre preciso, produce serias disfunciones en materia de ejecución, cuando ésta se insta pendiente el medio de impugnación.

La llamada «acción de impugnación» no es un recurso.<sup>29</sup> Aunque en la Exposición de Motivos de la LA, punto VIII, nos indica que «el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva», el art. 40 de la misma LA no nos termina de determinar si el laudo impugnado es o no firme. Este precepto se limita a disponer que «contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título». Curiosamente, el art. 43 LA, tras regular el procedimiento de la acción de anulación, si habla del «laudo firme», que, como dispone dicho precepto «produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». Si bien, en alguna medida congruente con la firmeza del laudo, el art. 45.1 LA prevé la ejecución del laudo «aun cuando con-

podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso y a que rehabilita la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento; incluso excluye la limitación prevista en el último párrafo del art. 22 LEC pues cabrá la enervación aunque se hubiere enervado en una ocasión anterior o requerido de pago con dos meses de antelación mínima sin haber procedido al pago.

28. Entre otros, arts. 7 y 8 LA. Esto se explica en la Exposición de Motivos IV de la LA cuando afirma que «la Ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de Tribunal Arbitral, que puede causar confusión con los Tribunales Judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único».

29. Por si había alguna duda al respecto, en el punto VIII de la Exposición de Motivos de la LA, nos aclara que no lo es, por ello se evita la expresión «recurso» «por resultar técnicamente incorrecta»; y nos aclara que «lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo... los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros». Por último nos indica que «el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva».

tra él se haya ejercitado acción de anulación». La regla general es así la ejecutividad y solamente con carácter excepcional el ejecutado podrá paralizar la ejecución solicitando su suspensión «siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo».

En puridad, el laudo será o no firme en la medida que frente al mismo quepa recurso. Si la «acción de anulación» no lo es, como parece, a pesar de la indefinición legal, una mínima coherencia impone concluir que, no obstante pendiente una decisión judicial sobre su posible anulación, el laudo es firme; y si lo es el mismo permitirá abrir en todo caso ejecución definitiva y nunca provisional.<sup>30</sup>

Siendo así, ha de considerarse intransferible desde cualquier punto de vista la regulación de la LEC relativa a la ejecución provisional (arts. 524 a 537 LEC) para su aplicación en el procedimiento arbitral. Y entre ellas, sin que el ejecutado pueda oponer que resulte imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios a que se refiere el art. 528.2.2º LEC. Únicamente cabrá la oposición admisible con carácter general frente a las resoluciones judiciales o arbitrales (arts. 556 y 559 LEC) o interesando la suspensión de la misma mediante la citada previsión del art. 45.1 LA.

Si repasamos la jurisprudencia al respecto,<sup>31</sup> comprobaremos cómo suele mantener una posición sensible a estimar la oposición a la ejecución provisional en los juicios de desahucio. Es así, en síntesis, por considerar que la misma situación propia del arrendamiento implica *per se* no solamente la imposibilidad o la extrema dificultad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional en la que se encuentra cualquier arrendatario, sino incluso la de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. La jurisprudencia parte de la objetivación de la imposible o extrema dificultad y toma como punto de partida las molestias, perjuicios e inconvenientes para la restitución que van implícitas en cualquier desalojo. Se basa para ello en la concreta situación objeto de ejecución provisional generada en los juicios por desahucio y en la búsqueda de la justicia material en el caso concreto. Pues bien, si como se ha indicado, no procede ejecución provisional en el arbitraje como parece, en el mismo, a pesar de la posibilidad futura de anulación que implica la acción de impugnación, y de la situación en la que se situará el arrendatario, no cabrá trasladar al ámbito del arbitraje el régimen y el tratamiento que la jurisprudencia considera que merecen las situaciones de ejecución de la sentencia de desahucio estando pendiente su impugnación.

### III. A modo de síntesis conclusiva

Partiendo de la inicial viabilidad del convenio por el que se somete al arbitraje la resolución del contrato de arrendamiento, el procedimiento arbitral pronto se revela como

30. Pardo Izanzo, V., ¿Se reinstaurado el artículo 45 de la Ley de Arbitraje la ejecución provisional el laudo?, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, (con otros), Madrid, 2004, págs. 1556-65.

31. Véase, entre otras resoluciones, el AAP Cantabria, 13 de julio de 2001, AC 2001\1291.

poco idóneo o inadecuado para su sustanciación. La única especialidad que podría ser directamente aplicable al arbitraje, todavía con muchas dudas y con serias dificultades de encaje, sería la facultad de enervación que corresponde al demandado en el juicio de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario. Respecto del resto, bien se incorporarán solamente mediando previo acuerdo de las partes (plazo para dictar sentencia desde la vista, lugar del arbitraje en lugar donde radique la finca, necesidad de que la demanda contenga las circunstancias relativas a la posibilidad o no de enervación, posibilidad de anuncio de condonación condicionada al desalojo, posibilidad de designar como domicilio del demandado a efectos de actos de comunicación la vivienda o local, que la citación contenga las previsiones del art. 440.3) o, respecto de esta última, por decisión de los árbitros; o bien sencillamente no cabrá su incorporación por resultar innecesarias o incompatibles o incompatibles con la propia naturaleza y regulación del arbitraje (exclusión de jueces de paz, autorización de acumulación, adecuación de procedimiento, sumariedad, designación de abogado y procurador de oficio, agilización, satisfacción de rentas como condicionante recursos, o posibilidad de consignación judicial).

Como se observa, la mayor parte de las especialidades y, en todo caso, las más importantes, referidas generalmente al desahucio de finca urbana por falta de pago, no tendrán cabida en el procedimiento arbitral. Respecto del resto, su no aplicación directa y la necesidad de acuerdo de las partes para su incorporación, implicará que el convenio de sometimiento a arbitraje se convierta en una cuestión no exenta de complejidades y a la que se deberá prestar una atención especial. De ese modo, buena parte de la específica atención que tradicionalmente ha otorgado nuestro ordenamiento procesal a una materia tan particular como el desahucio queda, cuando no resulta inaplicable y en el mejor de los casos, en manos de una debida «negociación» previa del convenio.

Asimismo, la incorporación de estas previsiones plantea problemas de encaje, como el de la determinación del *dies a quo* y *dies ad quem* para enervar. Y, lo que es más grave, plantea problemas que puede llegar a ser gravísimos como el de la posibilidad de ejecución —definitiva— del laudo, no obstante encontrarse pendiente la acción de anulación, no impedida expresamente por la ley y a la que conduce la coherencia con la naturaleza de la propia «acción de anulación».

En suma, la inicial viabilidad del arbitraje para la sustanciación del desahucio se traduce en nuevas desventajas para las partes: dificultades en la confección de un convenio a la altura de las circunstancias; y un procedimiento no adecuado a la materia que se trata, tanto más acusadas cuantas mayores especialidades caractericen el desahucio, incluido un régimen de ejecución «provisional» incapaz de atemperarse con una doctrina jurisprudencial dictada en situaciones materialmente idénticas. Todo ello permite afirmar que para sustanciar la pretensión de desahucio, especialmente la de desahucio por falta de pago, el procedimiento arbitral se presenta como poco idóneo y, en cierta medida, inadecuado.

## Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores

LLORENÇ M. BUJOSA VADELL  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

### 1. Introducción

En las clases de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, la Profesora Calvo Sánchez nos explicaba con su proverbial preparación y rigor las posiciones de los grandes autores en torno a los conceptos fundamentales de la disciplina. Entre ellos siempre se encontraba el Prof. Serra Domínguez. Por ello, cuando años más tarde tuve la suerte de conocerle personalmente, tuve la sensación fundada de conocer a un clásico de nuestra especialidad.

Esta sensación, nunca desmentida, sino acrecentada en todos nuestros encuentros, me impone cierta desazón en el momento de participar modestamente en el homenaje con ocasión de la jubilación de este ilustre profesor. Sobre todo porque el estudio que a continuación expongo, no pretende reflexionar sobre alguna de las muchas materias magistralmente tratadas por el Prof. Serra y ni siquiera —por lo menos aparentemente— persigue una nueva consideración de conceptos troncales del Derecho procesal.

Me ha parecido, sin embargo, que la mejor forma de rendir público respeto a este esforzado universitario, gran profesional del Derecho y maestro de procesalistas es la de situarme ante nuevas perspectivas e intentar esbozar nuevos caminos, con el riesgo que naturalmente ello conlleva. Espero que las líneas que siguen no desmerezcan en exceso la admiración que desde hace años tengo por el Prof. Serra y que no se conviertan en meras elucubraciones sin fundamento.