

**ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL POSIBLE CONTROL DE OFICIO DE
LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL EN AL AUDIENCIA PREVIA
EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL**

**Elena Martínez García
Doctora en Derecho Procesal
Universitat de València**

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha dado paso a numerosos interrogantes en materia arbitral. En líneas generales la valoración que debemos realizar es positiva, aunque por innovadora, corre el peligro de quedar en papel mojado si no procede el legislador a reformar algunos de los puntos neurálgicos de la Ley arbitral. Sin embargo el objeto de este trabajo debe centrarse en una cuestión nada clara a la luz de la nueva Ley y, tampoco pacífica si nos atenemos a los limitados poderes que debe tener el órgano jurisdiccional en el proceso civil.

El arbitraje se principia mediante la firma del convenio por ambas partes, lo que le constituye como fuente de poder que impedirá a los Tribunales entrar a conocer del asunto sometido a un proceso arbitral (o efecto negativo) y que les hará pasar a las partes por lo estipulado (o denominado efecto positivo). Y es en torno a este efecto negativo, donde pretendemos centrar nuestra reflexión.

1. La nueva declinatoria de jurisdicción: un cambio cualitativo

La Disposición Final Octava de la LEC/2000 modifica este art.11 LA¹ al introducir como único cauce de oposición a la vía judicial por existencia de convenio, la declinatoria (arts.39 y 63 ss.LEC). Se produce lo que parte de la doctrina denomina como el «apartamiento de la jurisdicción»².

Con ello se supera la controvertida Jurisprudencia a la que el artículo 11.2 de la LA daba lugar³. La excepción dilatoria del art. 533 LEC/ 1881 relativa a la «sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje», provocó que en aquellos juicios en los que no existía trámite previo para su discusión, cualquier actividad del demandado que no fuera estrictamente la de oposición, se entendiera como sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales del Estado⁴. El problema se

¹ Art. 11.1 LA «El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante *declinatoria*».

² Entre otros muchos, pues esta es la terminología acuñada con carácter general, encontramos a ALCALÁ-ZAMORA, N., «Examen de la Nueva Ley Española de Arbitraje» *Estudios de Derecho Procesal*, Tecnos, 1975, pág. 44.

³ De esta forma, resulta ejemplificativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sección Décima, cuando calificaba a la situación de «conflicto de jurisdicciones» a resolver a través del trámite de incidentes previsto para la declinatoria (arts.72 y 79 de la antigua LEC) y, sin embargo, ésta misma en su Sección 13ª la había considerado cuestión a resolver en el fondo, entendiéndolo que cualquier actividad que se lleve a cabo –incluso la contestación *ad cautelam*– debía interpretarse como un supuesto de sumisión tácita a la Jurisdicción. *Vid.* SAP de BARCELONA, Secc.10ª, 5 febrero 1992, RCEA 1993; y de la misma Audiencia Secc.13ª, 12 mayo 1992 RCEA 1993. En este último sentido, véase también las sentencias AP Burgos 8 enero 1994 (RCEA 1995, pág. 253) y SAP Valencia 12 enero 1995 (RCEA 1995, págs. 255 y s.).

Más recientemente, *vid.* SAP BALEARES 11/03/1999 (AC 1999\4760), SAP BARCELONA 7/12/1999 (AC 1999\7994), STS 11/12/1999 (RJ 1999/9018)

⁴ La Jurisprudencia durante los primeros años de la LA entendió dicho mandato en sentido estricto, admitiendo como sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales cualquier actividad distinta del acto de oposición. *Vid.* la SAP Barcelona 12 mayo de 1992 (RGD 1992, pág. 12159) donde se afirmaba que «Si aquel o aquellos, además de plantear la cuestión adoptan otra conducta de oposición a la demanda aduciendo motivos impeditivos u obstativos, hay que entender que se someten tácitamente al Juez o Tribunal ordinario por imperio de lo dispuesto en el art.58.2 LEC (...) por virtud del cual no cabe suscitar ninguna otra cuestión so pena de implicar un acto de sumisión tácita, en tanto que el artículo 11.2 LA y el 58.2 LEC, al referirse, el primero a cualquier actividad procesal y el segundo a cualquier gestión, no hacen distinción alguna y son frases de sentido muy amplio que permiten ser interpretadas de esta suerte».

En este mismo sentido el TS confirmó dicha postura en Sentencia 2 julio 1992, RA 6069 y recientemente SAP Baleares 11 marzo 1999 (AC 1999/4760), SAP Madrid 10 mayo 1993, (RVDPA,1, 1994, págs. 80 y 81), SAP V 18 noviembre de 1992 (RVDPA, 1, 1994, pág. 73) y SAP Murcia 29 noviembre 1999, (AC 1999/7926).

presentaba al determinar cuál era el trámite oportuno para resolver dicha excepción en aquellos procedimientos distintos al de mayor cuantía, lo que generaba en numerosas ocasiones que se resolviera en el fondo del asunto, con las perniciosas consecuencias que ello conllevaba.

En la actualidad, la LEC/2000 parece haberse decantado a favor del arbitraje en aquellos aspectos donde la Ley procesal ha podido pronunciarse. Así se concibe esta situación como un enfrentamiento de *jurisdicciones*, de ahí que su tramitación se lleve a cabo por la vía establecida para la declinatoria, reconociéndose, verdaderamente, que la falta de poder decisorio de los jueces se genera desde la existencia del convenio, lo que provoca la carencia de su jurisdicción para entrar a conocer de ese conflicto en concreto⁵; con ello, se confirman sus efectos *positivo* y *negativo*. Sólo se entenderá que esa parte renuncia al arbitraje cuando, «interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier gestión procesal que no sea la de proponer en forma la declinatoria».

2. Procedimiento de oposición de parte

La existencia de convenio arbitral parece, en principio, sólo alegable *ope exceptionis*, que al no formar parte esta excepción del *orden público procesal*. Tal causa de oposición se deberá alegar siempre con carácter previo a la contestación a la demanda⁶, de modo que cualquier otra actividad procesal distinta, se entenderá como renuncia al convenio⁷.

En sentido contrario, SAP Barcelona 7 diciembre 1999, AC 1999/7994).

⁵ Vid. LORCA NAVARRETE, J.M., *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, 1994, pág. 108, cuando dice que «la excepción del convenio arbitral (...) logra un efecto puramente cronológico y no jerárquico en orden a evitar que Jueces y Tribunales asuman una competencia que con *anterioridad* las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales instados y tramitados ante la jurisdicción estática *la nulidad de todos ellos*». Véase también VALENCIA MIRÓN, A., (Coor. LORCA NAVARRETE), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal y Arbitraje 1991 pág. 45.

⁶ Es decir, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar (en el juicio ordinario) o en los cinco primeros posteriores a la citación para la vista (en el juicio verbal), con suspensión del

La parte que interpone la declinatoria deberá acompañar una copia del convenio arbitral o de las cartas o documentos de donde se derive su existencia⁸ y, en los cinco días siguientes a la notificación de la declinatoria, deberá contestar la demandante ante la Jurisdicción (art.65 LEC).

Planteada la declinatoria, los efectos serán distintos según sea la parte que permanece inactiva:

- si *el demandante* no comparece a discutir, la consecuencia será el sobreseimiento de la causa (salvo interés expreso del demandado en continuar vía judicial) y se entenderá que el convenio sigue en vigor y eficaz o, en su caso, el proceso arbitral pendiente;
- si contrariamente fuera la *demandada* la que no comparece, debemos distinguir según la inactividad fuera inicial o no. Si fue *ab initio*, ello supone que se le declaró en rebeldía, pero en realidad no renunció porque no hizo actividad procesal alguna en vía judicial (art.496), a tenor de lo dicho por el art.11 LA. El demandado no comparecido tendrá la oportunidad de ser oído a través del recurso de audiencia al rebelde (art.499). Si, por el contrario, se personó y no alegó declinatoria, se debe entender que existe claramente una renuncia.

«Si el Tribunal entendiese que carece de Jurisdicción por corresponder el conocimiento (al arbitraje), lo declarará mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso» (art.65.2). Contra este auto del Juez cabrá solo *apelación* si fuera estimatorio de la declinatoria, con la consiguiente abstención de seguir conociendo; al demandante le quedará la posibilidad de impugnar tal decisión junto al laudo definitivo, mediante el recurso de anulación. Si por el contrario el auto fuera desestimatorio de la declinatoria, al demandado podrá interponer recurso de *reposición*, a efectos de poder en un futuro impugnar tal

plazo para contestar (art.64 LEC), con la posibilidad de adoptar medidas cautelares pendientes el procedimiento principal (sea judicial o arbitral)

⁷ A este respecto, tengamos en cuenta lo dicho *supra*, sobre la solicitud de una medida cautelar, pues no puede entenderse como renuncia al convenio y, es más, la LEC prohíbe la interposición de la declinatoria en esta fase procesal *ante causam* (arts. 725.1 y 2)

⁸ SAP MADRID 4-4-2000 (AC 2000/1776).

decisión junto con el fondo del asunto (art.66 LEC). Podría ser que se hubieran adoptado medidas cautelares con anterioridad a la demanda o incluso una vez interpuesta la declinatoria: en ese mismo momento el Juez dictará auto de alzamiento, con la debida imposición de costas a la demandante y caución, si la hubo.

c. Su posible control de oficio por existencia de convenio y/o proceso arbitral pendiente

El tratamiento que otorga la LEC a la declinatoria debe ser siempre previo a la contestación a la demanda, lo que impide ser alegado por la parte en la fase de audiencia previa. Cuestión distinta será su posible control de oficio.

Plantearse el alcance de este control judicial exige observar el tenor del art.416.2 LEC. La función saneadora de la audiencia previa aparece como protagonista del proceso civil con el fin de evitar una posible sentencia meramente procesal por falta de impedimentos procesales, de ahí que, si le precluyó al demandado la posibilidad de discutir la falta de jurisdicción y competencia ya no lo pueda hacer, «sin perjuicio de lo previsto en la Ley sobre la apreciación del Tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o competencia».

Pensemos, por ejemplo, en la existencia de un convenio arbitral o incluso en la litispendencia de un arbitraje, donde puede quedar afectada la jurisdicción del Juez. La falta de oposición del demandado mediante declinatoria antes de la contestación a la demanda, debiera entenderse como renuncia al arbitraje⁹, pero existe algún caso donde el Juez, de oficio y a partir de hechos aportados por las partes en sus alegaciones, debiera controlar su falta de Jurisdicción por existencia de convenio arbitral o por litispendencia de tal tipo¹⁰.

⁹ En estos términos se ha pronunciado CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en Derecho Español: Interno e internacional*, Aranzadi, 1995, pág. 99 al negar la aplicabilidad en el arbitraje de la Jurisprudencia que admite la apreciación de oficio de la excepción (STS 25 febrero 1992, RJ 1992, 1552) «porque el no planteamiento de la excepción deberá interpretarse como una renuncia tácita al arbitraje pendiente, del mismo modo que la no proposición en tiempo y forma de la excepción de compromiso supone (...) una renuncia tácita a la eficacia excluyente de la jurisdicción que tiene el convenio arbitral».

¹⁰ *Vid.* AUTO TS 16/11/1999 (RJ 1999/9909): «TERCERO.- En este orden de cosas, no puede dejar de advertirse que antes de promover el arbitraje ante la Cámara Arbitral de París la mercantil

1) El control de la *litispendencia* de un proceso arbitral

La LEC parece haber dado un tratamiento unitario a la *litispendencia* y al convenio, a pesar de las diferentes naturalezas que ambas poseen al tratarse de una institución procesal y contractual, respectivamente. Sin embargo, ambas causas deben resolverse a través de un mismo procedimiento, la *declinatoria*.

La causa de oposición de la *litispendencia* aparece incardinada con carácter general en el artículo 416 en su número primero (art.416.1.2º), sin hacer mención alguna sobre ella en su número segundo, cuando se refiere a las causas de oposición relativas a la jurisdicción y competencia y a su posible control de oficio. ¿Acaso el legislador no pretende reconocer como causa de excepción procesal la *litispendencia* arbitral? ¿se encuentra tácitamente recogida en el enunciado general del artículo 416.1.2º? ¿o ésta tan sólo será aducible mediante la oposición de existencia del convenio, con independencia de que el proceso arbitral se encuentre iniciado o no?

Desde luego, la razón de ser de ambas causas es enteramente distinta, pues si de un verdadero proceso y jurisdicción arbitral se trata, la aceptación del asunto por el árbitro ya provocó la *perpetuatio legitimacionis*¹¹ y *iurisdicciois*¹².

actora había interpuesto demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles dirigida contra las sociedades «Líneas Ecoa, SA», «Naranja Shipping Corporation» -de la que se dice ser titular de todas sus acciones- y «Naviera Peninsular, SA» -de la que se alega ser dueña del buque «Lex Naranja», respecto del que se reclaman las comisiones por los servicios portuarios prestados, y que fue objeto de traba en el embargo preventivo instado previamente-, por los mismos hechos e idénticas pretensiones que las deducidas ante la corte arbitral, si bien, en el procedimiento seguido ante ésta la parte promovente desistió de reclamar determinadas cantidades, reservándose la acción para ejercitarla ante la jurisdicción competente. Ahora bien, aun cuando, en puridad, y en evitación de posibles conductas fraudulentas, los efectos de la *pendencia* del proceso iniciado en España habrían de proyectarse hacia el arbitraje promovido con posterioridad, de suerte que deberían suponer un obstáculo al reconocimiento del laudo extranjero, el hecho de que se haya puesto término al procedimiento por auto de sobreseimiento firme y se haya dispuesto el archivo de las actuaciones -y no obstante haberlo sido con fundamento en la existencia del laudo extranjero cuyo reconocimiento se pretende-, convierte en irrelevante la oposición basada en esta causa, pues no hay *pendencia* de proceso alguno que impida ya la homologación de los efectos de la Sentencia arbitral, como tampoco decisión recaída en el foro con efecto de cosa juzgada que se alce como un obstáculo insalvable frente al «*exequatur*».

¹¹ Sólo aquellas personas que se comprometieron convencionalmente, pueden ahora ser parte legitimada en el proceso arbitral. Cualquier modificación subjetiva, quedaba sujeta a una nueva prestación de consentimiento.

Fruto de la *litispendencia* se impide a cualquiera de las partes que abra otro proceso en el que medie identidad objetivo-subjetiva en los mismos términos que quedaron establecidos en el convenio arbitral, por razones de economía procesal y por evitar decisiones contradictorias¹³. Además, pensemos que en el arbitraje no existen normas sobre la acumulación de procesos y por esa razón la *litispendencia* arbitral adquiere una función fundamental.

Parece que la LEC, al referirse a lo largo de su articulado al proceso arbitral, ha pretendido dar un salto cualitativo con todas sus consecuencias: ya en este momento procesal no es sólo un acuerdo de voluntades el que impide a un Juez entrar a conocer (art.39 LEC), sino que verdaderamente ha nacido un proceso, que debe impedir a los órganos jurisdiccionales entrar a conocer del asunto sometido a arbitraje.

En nuestra opinión, la Ley no hace distinción alguna en el artículo 416 y, por tanto, tampoco debiéramos nosotros hacerla, pero ello nos lleva a una gran contradicción si observamos este mismo problema desde la perspectiva de la cosa juzgada derivada de un laudo. Tampoco a ella se refiere expresamente ese art.416.1.2º LEC, pero indudablemente debiera poder ser considerada por el tribunal de oficio, si de los hechos aportados así se dedujere. En conclusión, la litispendencia arbitral debe permitirse su control de oficio por el Tribunal en la audiencia previa en determinados casos; ejemplo de lo que decimos podría ser el proceso que se desarrolla en rebeldía.

¹² En relación con el árbitro, supone que, tras la dotación de su autoridad, queda obligado a continuar con el procedimiento, sujeto a la obligación de *non liquet* y a que se desarrolle un proceso basado en las garantías constitucionales antes aludidas; tampoco se admiten cambios que afecten a la autoridad que se le atribuyó en dicho convenio: surge el efecto de la denominada *perpetuatio jurisdictionis* y adquiere, en este caso, los matices propios de su esencia, es decir, fundamentada, en los límites objetivos del convenio, a saber, la *arbitrabilidad* de la controversia y el concreto derecho dispositivo que convencionalmente se le atribuyó, fuera de los cuales no podrá pronunciarse so pena de anulación (art.45.4) .

¹³ En torno a la función de dicha excepción véase, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. *Estudios de Derecho Procesal*, EUNSA, 1974, págs. 327 y 328; SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La litis-pendencia», *RDPr*, 1969, págs. 670 y ss.; CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, 1997, págs. 21 y ss.; CHOZAS ALONSO, J.M., *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*, Comares, 1995.

2) La existencia de convenio arbitral

Pudiera ser que el órgano jurisdiccional –a partir de los hechos aportados al proceso- se viera en la tesitura de poner de manifiesto la existencia de este convenio, pues de no hacerlo podría traer como consecuencia la existencia de dos resoluciones (arbitral y judicial) contradictorias, por haberse llevado a cabo dos procesos regidos por el principio de preclusión, donde la falta de presencia del demandado no paraliza el proceso.

En realidad, y dado el sistema férreo de garantías en las notificaciones que presenta la LEC en fase de rebeldía, nos parece un tanto difícil que se dé esta situación, pero pudiera ser que de la alegación por el demandado de la falta de litisconsorcio necesario (art.416.1.3º) y de la intervención de este tercero llamado al proceso, se dedujera la existencia de convenio arbitral. Ello implicaría la necesidad de control por parte del Juez de la existencia de un convenio arbitral, pues al igual que un arbitraje no se puede celebrar sin el debido litisconsorcio necesario, ahora tampoco es renunciable el convenio sin el consentimiento de esas partes que, en principio permanecen como terceros en el proceso¹⁴.

Por su lado –y desde la perspectiva de un proceso arbitral ya iniciado- podemos encontrar igualmente esta misma situación, con la consiguiente obligación de los árbitros de observar la validez del convenio arbitral desde el momento de aceptación del cargo. Es más, a tenor del art.23 LA éstos deben apreciar de oficio su falta de «competencia objetiva» y, en tal caso, deben abstenerse de seguir conociendo del caso y ello debemos entenderlo aplicable en los casos de que existiera una litispendencia judicial o arbitral o cualquier otra causa que pudiera afectar a la jurisdicción del árbitro¹⁵.

¹⁴ AAP de las PALMAS 18/03/1999 (AC 1999/3923) y SAP MURCIA 29/11/1999 (AC 1999/7926).

¹⁵ ACUERDO 477/1997, de 19/11/1997 del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB núm.10, págs. 105 y 106) confirma que «el art.7 del Reglamento de este centro arbitral, (...) debe examinarse de oficio si existe entre las partes convenio arbitral válido y vigente, en aras al principio de economía procesal y por cuanto (...) la exclusión de la excepción de litispendencia entre el arbitraje y la Jurisdicción se funda precisamente en la existencia de sumisión a arbitraje. (...) Por ello adquiere especial relevancia la verificación *a limine* de la existencia de sumisión válida y vigente, aun cuando no haya sido oportunamente invocada por las partes».