

El arbitraje y la acción *

Marco DE BENITO LLOPIS-LLOMBART **

Sumario: I. Introducción. II. Lo material y lo procesal en el arbitraje. III. La acción y el derecho a la jurisdicción. IV. El arbitraje como carga del actor. V. La impugnación de la jurisdicción como carga del demandado. VI. Conclusiones.

Resumen: El arbitraje y la acción

Convenio arbitral y proceso arbitral constituyen dos realidades jurídicas autónomas, pero interrelacionadas. Este trabajo quiere precisar y clarificar la naturaleza y alcance de esas relaciones. Convenio y arbitraje no guardan entre sí una relación de causa a efecto. Lo que hace nacer un determinado procedimiento arbitral no es el convenio arbitral, sino el propio acto de demandar. La demanda, lo mismo para el proceso judicial que para el arbitral, es el único origen de toda situación jurídico-procesal. Y ello porque la incoación del arbitraje supone el ejercicio del derecho de promover la actividad jurisdiccional. El convenio arbitral se limita a sujetar el ejercicio de ese derecho a la carga de hacerlo mediante arbitraje. Pero es el derecho a la jurisdicción, y no el convenio arbitral, el que, ejerciéndose en el arbitraje, engendra todo lo que de procesal hay en éste.

Palabras clave: ACCIÓN – ARBITRAJE – CARGAS – CONVENIO ARBITRAL – DEMANDA ARBITRAL – PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Abstract: Arbitration and Action.

Arbitration agreements and arbitration proceedings constitute two separate, albeit interrelated, legal realities. This essay aims at clarifying the connection between both. Arbitration agreements and proceedings do not present a cause and effect relationship. What gives rise to an arbitration is not the arbitration agreement, but the commencement of that arbitration itself. The claim is, for arbitral as well as for judicial proceedings, the only origin of any procedural situation. This is so because commencement of an arbitration entails the exercise of the general right of action. The arbitration agreement only subjects the exercise of that right to the burden of doing so precisely through arbitration. However, in arbitration, it is the right of action, and not the arbitration agreement, that gives rise to all things procedural.

Keywords: ARBITRATION – ARBITRATION AGREEMENT – ARBITRATION PROCEEDINGS – BURDENS – COMMENCEMENT OF ARBITRATION – RIGHT OF ACTION.

* Se han publicado versiones anteriores de este trabajo, primero como *Working Paper* de *IE Law School* el 4 noviembre 2012 y después como capítulo en J.L. Collantes González y A-C. Cremades (dirs.), de M. Benito Llopis-Llombart (coord.), *Arbitraje comercial internacional en Europa: aspectos actuales y regímenes jurídicos*, IE Law School / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2013, pp. 61 ss.

** Profesor de Derecho Procesal. IE Universidad.

I. Introducción

El estudio de lo que podríamos llamar la *parte general* del Derecho arbitral se revela hoy especialmente oportuno. En primer lugar, el arbitraje, como disciplina académica, es aún relativamente joven; muchas de sus páginas están aún por escribir. En segundo, de todas las ramas jurídicas, la jurisdiccional es tal vez la que presenta vínculos más estrechos con cuestiones de teoría general¹. Por último, así lo impone seguramente la peculiar ubicación sistemática del arbitraje, tierra de frontera² a caballo entre el Derecho procesal, civil, mercantil e internacional privado. No en vano se advierte un creciente interés por el cultivo de esta parte general de la disciplina arbitral³, de la que depende el correcto planteamiento de numerosos aspectos positivos y prácticos⁴.

Asumiendo el reto que las anteriores reflexiones nos presentan, intentaremos en este breve trabajo contribuir a perfilar con mayor nitidez el tipo de vinculación que existe entre dos realidades jurídicas autónomas, pero interrelacionadas: el convenio arbitral y el proceso arbitral.

II. Lo material y lo procesal en el arbitraje

La ciencia procesal moderna surge como consecuencia del empeño, problemático aún hoy en algún aspecto, por deslindar lo material y procesal en el Derecho⁵.

Ambos fenómenos confluyen en lo que suele denominarse, en traducción literal del alemán, contratos procesales: aquéllos cuyo principal objeto y efecto se sitúa en el ámbito de la jurisdicción, del proceso en sentido amplio⁶. Al margen de las importantes precisiones que requiere⁷, la figura permite el estudio sistemático de contratos que, como el convenio arbitral, exhiben como rasgo característico esa repercusión jurisdiccional.

¹ E. Gómez Orbaneja, "Legitimación y representación", en *Derecho y proceso*, Cizur Menor, Civitas, 2009, p. 249.

² F. Carnelutti, *La prova civile*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 2.

³ Vid. E. Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 3.

⁴ *Ibid.*, pp. 5 ss.

⁵ Desde O. von Bülow, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Gießen, 1868 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969), en español *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (trad. de M.A. Rosas Lichtschein), Buenos Aires, EJEA, 1964). Vid. también, posteriormente, W. Henckel, *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen, Schwartz, 1970.

⁶ La obra de referencia sobre los contratos procesales es actualmente Wagner, G., *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1998. Vid. también, en neerlandés, M.W. Knigge, *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Alphen aan den Rijn, Uitgeverij Kluwer, 2012.

⁷ Vid. a este respecto de M. Benito Llopis-Llombart, *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 62 ss.

Sucedee que, por el notable grado de abstracción de esos términos, afirmar que el efecto de estos pactos se produce en el ámbito procesal no es decir mucho. Hay que concretar más.

Consideremos, pues, para empezar, la evidencia de que la relación jurídica comprometida puede desenvolverse sin litigio alguno; ésa es de hecho, por regla general, la intención de las partes. Igualmente, surgido el litigio, la vinculación compromisoria subsiste enteramente al margen de él, y sigue proyectándose hacia el futuro en relación con los nuevos litigios que puedan surgir en el seno de la relación jurídica comprometida. En suma, al incluir una cláusula arbitral, las partes se limitan a sujetarse a resolver el litigio *eventual* de una determinada manera. No en otra cosa consiste el efecto material del convenio arbitral. Realidad netamente distinta es, sin duda, la que se genera con la incoación de un *concreto* procedimiento arbitral: una genuina situación jurídica⁸, marcada por el dinamismo⁹ que imprime en ella la pugna por un laudo favorable.

La cuestión que nos hemos propuesto dilucidar es la del modo en que se enlazan ambos fenómenos: la obligación compromisoria y el proceso arbitral. Así, podría pensarse que ambas realidades guardan una *relación de causa a efecto*¹⁰. Sin embargo, sólo considerar el carácter eventual del proceso arbitral ya levanta una objeción insalvable a esa supuesta relación causal: si el proceso arbitral es *consecuencia* del convenio arbitral, ¿por qué esa consecuencia se sigue en unos casos y no en otros? Aunque parezca una perogrullada, conviene recordar que suscribir una cláusula arbitral no origina arbitraje alguno. Del convenio arbitral surge sólo una vinculación obligatoria que es perfectamente incapaz, por sí misma, de engendrar litigio o proceso alguno. El convenio arbitral es una institución de Derecho sustantivo; y, al contrario que el barón Munchhausen, que salía del lago tirando de su propia coleta, el convenio arbitral no sale nunca por sí mismo del Derecho material.

La mera observación de la realidad señala que lo que hace nacer el arbitraje no es sino el propio litigio: el acto de demandar. He aquí la clave para distinguir la relación jurídica material que surge del convenio arbitral de la situación jurídica procesal en que consiste el arbitraje.

⁸ En la terminología original de Goldschmidt, J., *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1968). Vid. en español J. Goldschmidt, "Teoría general del proceso", en *Derecho, Derecho penal y proceso*, vol. I, *Problemas fundamentales del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 814 ss.

⁹ V. Gimeno Sendra, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 163 ss, glosando a Goldschmidt: las partes procesales "se encuentran en una situación esencialmente dinámica"; "actúan con el esfuerzo de obtener una sentencia de determinado contenido"; "todos los actos procesales tienen como objetivo el alcanzar una sentencia favorable".

¹⁰ N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Examen de la nueva Ley española sobre arbitraje", *Estudios Procesales*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 49, señala, refiriéndose a la Ley española de 1953, que "el legislador maneja a capricho las ideas de *arbitraje* y de *compromiso*, enlazadas en virtud de una relación de efecto a causa, pero distintas entre sí".

No en vano es la *notitia litis* –la recepción del requerimiento de someter la controversia a arbitraje– el momento al que gran parte de la legislación comparada contemporánea refiere el comienzo del arbitraje¹¹. Así la Ley Modelo de UNCITRAL (art. 21)¹², la Ley española de Arbitraje (art. 27)¹³ y la ZPO alemana (§ 1044)¹⁴; con matices, la *Arbitration Act* (art. 14)¹⁵ y la ley federal suiza de Derecho internacional privado (art. 181)¹⁶. Como es natural, también refieren a la *notitia litis* –aquí, su recepción en la corte– la fecha inicial del arbitraje los reglamentos de UNCITRAL (art. 3.2), CCI (art. 4.2º), LCIA (art. 1.2º), ICDR (art. 2.2º), CAM (art. 5.1º) y Reglas Suizas (art. 3.2º). Es a este momento al que se anudan todos los efectos auténticamente procesales¹⁷: la pendencia del arbitraje¹⁸; la delimitación de las partes¹⁹; el *dies a quo*, en su caso, del plazo para laudar.

¹¹ Vid. J.-F. Poudret y S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (trad. de S.V. Berti y A. Ponti), Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 486 ss.

¹² “Iniciación de las actuaciones arbitrales. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto a una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje”.

¹³ “Inicio del arbitraje. 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”.

¹⁴ “Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so beginnt das schiedsrichterliche Verfahren über eine bestimmte Streitigkeit mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Der Antrag muss die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten”.

¹⁵ “14(3) Where the arbitrator is named or designated in the arbitration agreement, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties a notice in writing requiring him or them to submit that matter to the person so named or designated.

14(4) Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by the parties, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party serves on the other party or parties notice in writing requiring him or them to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator in respect of that matter.

14(5) Where the arbitrator or arbitrators are to be appointed by a person other than a party to the proceedings, arbitral proceedings are commenced in respect of a matter when one party gives notice in writing to that person requesting him to make the appointment in respect of that matter”.

¹⁶ “Litispendance. L’instance arbitrale est pendante dès le moment où l’une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d’arbitrage ou, à défaut d’une telle désignation, dès que l’une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral”.

¹⁷ Observa F. Munné Catarina, “Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa*, 2004, nº5, p. 108, que “cuando la Ley regula el inicio del ‘arbitraje’, se está refiriendo al momento a partir del cual queda trabada la relación jurídico–procesal respecto de una concreta controversia”. Por ello, la cuestión de la vigencia del convenio arbitral debe referirse a este momento, como hace el Tribunal Constitucional español en sentencia 9/2005, de 17 enero.

¹⁸ “Incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia”, según aclara la Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje, ap. VI.

¹⁹ Que no tienen por qué coincidir con las partes del convenio arbitral, precisamente por el carácter autónomo de la legitimación procesal; y sin perjuicio de la incorporación posterior de partes adicionales.

Ese momento señala un antes y un después: *ante litem natam, post litem natam*²⁰. La *notitia litis* es el particular *big bang* que hace surgir súbitamente, *ex nihilo*, el universo jurídico–procesal de un nuevo arbitraje.

(No es, por el contrario, relevante por sí solo a estos efectos –la determinación del comienzo del arbitraje– la designación y aceptación de los árbitros. En ese instante queda perfeccionado el contrato entre las partes y los árbitros, y queda atribuida la competencia arbitral. Sin embargo, la designación y aceptación de los árbitros no es –desde esta perspectiva– sino un elemento *intraprocesal*²¹ más del arbitraje. En efecto: la falta de acuerdo sobre el nombramiento del árbitro se suple por su nombramiento judicial a instancia de cualquiera de las partes²², por lo que el actor puede seguir el arbitraje en todos sus trámites, hasta la obtención de un laudo, sin el concurso del demandado. Ello significa que, en el momento de nombrar a los árbitros, nos hallamos ya inmersos en el universo propiamente procesal, cuyo centro de gravedad es la pugna por el laudo favorable. Nombrar a los árbitros cuando proceda es, por tanto, una carga procesal más²³, como lo son subvenir al arbitraje²⁴, cooperar en él de buena fe²⁵ o alegar y probar lo alegado²⁶).

Pero volvamos a la *notitia litis*. La *revolución* que supone en el mundo jurídico–procesal la incoación del arbitraje contrasta con la nula repercusión que tiene en la vinculación compromisoria. Ésta sigue su *pacífico* curso hasta la extinción de la relación jurídica comprometida (e incluso más allá). En nada le afecta que se entable un arbitraje, o cien, o ninguno. Todo eso pertenece al universo procesal, dinámico, no al material, estático. Y son universos casi *paralelos*.

²⁰ Vid. A. De la Oliva Santos, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 66, nota 83.

²¹ Vid. G. Wagner, *op. cit.*, p. 16.

²² Vid. art. 11 LMU; art. 15 LA; arts. 1452 ss NCPC; art 179 Ley federal suiza de DIPr; arts. 17 ss *Arbitration Act*; § 1035 ZPO.

²³ Aluden explícitamente al nombramiento de árbitros como carga procesal G. Verde y F. Auletta, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Turín, Giappichelli, 1997, p. 113.

²⁴ También puede constituir ésta una obligación material, pero ello sólo desde la perspectiva del *receptum arbitri*, no desde la intraprocesal del propio arbitraje. Cf. E. Silva Romero, “La obligación de dar: los costos del arbitraje. Introducción”, en E. Silva Romero, E. (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, p. 705; C. Conejero Roos, “Los costos en el arbitraje internacional”, *ibíd.*, pp. 732 ss.

²⁵ Indica J. Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 293, que la actuación conforme a la buena fe se constituye dentro del proceso como una auténtica carga procesal, que puede llegar a ocasionar la pérdida del pleito. Ello es plenamente aplicable al proceso arbitral, donde es práctica habitual extraer *adverse inferences* del comportamiento malicioso de cualquiera de las partes.

²⁶ En palabras del art. 2697.1 del *codice civile*: “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”.

III. La acción y el derecho a la jurisdicción

En suma: la raíz del proceso arbitral no es el convenio arbitral, sino –al igual que en el proceso judicial– el propio acto de demandar²⁷. La demanda, lo mismo para el proceso judicial que para el arbitral, es el único origen de todo fenómeno jurídico–procesal: también del arbitraje²⁸.

(Lógicamente, esta afirmación, como todo lo que sigue, es incompatible con una noción *soberanista* de la jurisdicción²⁹, y presupone, en cambio, una concepción *funcional* de ésta, que no define la jurisdicción por referencia a un determinado sujeto que la posee *a priori*, sino por la actividad en que efectivamente consiste³⁰.)

Más allá de la entrega de un trozo de papel, el acto de demandar constituye, sin duda, uno de los fenómenos más complejos del Derecho. En él confluyen varias nociones fundamentales: las que constituyen el objeto de la vieja y ardua, pero insoslayable³¹, polémica sobre la *acción*³².

De un lado, la incoación del arbitraje supone el ejercicio de “la facultad de promover la actividad jurisdiccional”³³. Esta idea ha sido expresada de múltiples formas: “la facultad general, o que corresponde a todos, de demandar”³⁴; el “poder de constituirse el derecho a la tutela jurídica”³⁵; el “derecho *abstracto* de acción”³⁶; el ejercicio, en fin, del “derecho al proceso”³⁷ o “a la

²⁷ Sostener lo contrario, esto es, que “*come da ogni domanda nasce un rapporto processuale, così da ogni compromesso nasce un rapporto processuale*”, constituye un error contra el que ya prevenía S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milán, Giuffrè, 1931, p. 12.

²⁸ La Exposición de Motivos de la Ley española de Arbitraje, ap. VI, hace notar que “la práctica demuestra que quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor”.

²⁹ Antaño prevalente, hoy en retroceso. En palabras de A.T. von Mehren, *Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study*, Leiden, The Hague Academy of International Law–Martinus Nijhoff, 2007, p. 259: “*the jurisdictional theory, which saw the arbitral tribunal as exercising adjudicatory authority delegated by a sovereign State, has been undermined by theories that reason from contract and function*”.

³⁰ “La jurisdicción es anterior a la legislación”, observa M. Serra Domínguez, “Naturaleza jurídica del arbitraje”, en *Jurisdicción...*, *cit.*, pp. 165 ss.; “de ahí que la noción de jurisdicción sea independiente de su atribución por parte del Estado a unos órganos determinados. El órgano es en sí irrelevante a los efectos de determinar la función. Lo interesante es la función y los efectos de ésta”.

³¹ *Vid.* A. De la Oliva Santos, *op. cit.*, pp. 1 ss.

³² Para una exposición general de la polémica en español, *vid.* G. Chiovenda, “La acción en el sistema de los derechos”, 1903, recogido en *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (trad. de Sentís Melendo, S.), vol. I, Buenos Aires, EJE, 1949, pp. 17 ss.; más recientemente, *int. al. mult.*, M. Serra Domínguez, “Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción”, en *Jurisdicción, acción, proceso*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 181 ss.

³³ E. Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil* (con V. Herce Quemada), vol. I, Madrid, Marcial Pons, 1976, p. 227.

³⁴ *Ibid.* y prosigue E. Gómez Orbaneja: “o sea, de afirmar ante el juez que se tiene la acción”.

³⁵ G. Chiovenda, *loc. cit.*

³⁶ H. Degenkolb, “Der Streit über den Klagrechtsbegriff”, en *Beiträge zum Zivilprozeß*, Leipzig, 1905 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969), p. 44.

jurisdicción”³⁸. Se alude con ello al derecho subjetivo público a obtener una resolución que ponga fin al fondo del litigio³⁹. Se trata, sin duda, de un derecho *natural*, correlato necesario de la interdicción de la autotutela⁴⁰. De otro, la incoación del arbitraje supone el ejercicio de la propia acción, entendida, en sentido *concreto*, como el derecho subjetivo público a la tutela concreta que se pretende con respecto a este o aquel derecho e interés legítimo; en otras palabras, el derecho a una sentencia con un contenido determinado⁴¹.

No es ésta una duplicidad inútil, sino una distinción necesaria. El derecho a la jurisdicción es el que permite al actor impulsar el arbitraje hasta su conclusión mediante un laudo sobre el fondo; laudo que podrá ser favorable o desestimatorio. Un demandante puede, así, tener derecho al proceso arbitral, pero carecer de acción, esto es, de derecho a la tutela concreta solicitada en el arbitraje; del mismo modo, puede tener razón en lo que pide –acción–, pero *pedirlo mal*, sin cumplir los presupuestos procesales, sin que quede correctamente constituida la relación jurídico–procesal en que consiste también el arbitraje. Esta circunstancia llevará a la absolución de la instancia, a un laudo que no entre a decidir el fondo del asunto –la acción–, que quedará así imprejuizada.

Ambos derechos se ejercitan conjuntamente mediante la puesta en marcha del proceso, sea judicial o arbitral. ¿En cuál de ellos incide el convenio arbitral? Evidentemente, no en la acción, pues tener derecho a una concreta tutela –la declaración de ser propietario, la condena a la entrega de una cosa– no depende de *dónde* o *cómo* se pida, sino de hallarse el actor dentro del supuesto de hecho al que las normas sustantivas atribuyen el efecto jurídico pretendido.

La sumisión a arbitraje nada tiene que ver con ello, sino con el derecho a la jurisdicción: el *dónde* o el *cómo* pedir la tutela en cuestión. Por virtud del convenio arbitral, las partes se obligan a seguir un cauce determinado en el ejercicio de su derecho a la jurisdicción con respecto a las peticiones de tutela jurídica que surjan en el seno de la relación jurídica comprometida. El convenio arbitral afecta sólo al *dónde* o al *cómo* de las eventuales disputas: éstas deberán resolverse precisamente mediante arbitraje. Por tanto, si se incumple la obligación compromisoria y se acude a la jurisdicción, no se pierde la acción, sino la ocasión de que los árbitros se pronuncien sobre ella⁴².

³⁷ A. De la Oliva Santos, *op. cit.*, p. 37.

³⁸ J. Montero Aroca, “La acción (un intento de aclaración conceptual)”, en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 142.

³⁹ El primer inciso del art. 30 del NCPC lo expresa del siguiente modo: “*L’action est le droit, pour l’auteur d’une prétention, d’être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.*”

⁴⁰ Vid. J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 21 ss.

⁴¹ Vid. A. De la Oliva Santos, *op. cit.*, *passim*. E. Gómez Orbaneja, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 225 ss. Las consideraciones expuestas valen también si se concibe la acción en sentido abstracto, siempre que ésta venga a indentificarse con el derecho a promover la actividad jurisdiccional.

⁴² Al margen ahora de que para ello la otra parte deba impugnar la jurisdicción del juez, aspecto de la cuestión que se analiza *infra*.

IV. El arbitraje como carga del actor

Como se ha visto, el convenio arbitral afecta al derecho a la jurisdicción, sujetando su ejercicio a la condición de hacerlo mediante arbitraje. Nadie puede imponer a nadie el deber de ejercitar una acción, de formular una pretensión jurídica; pero sí es imperativo acudir al arbitraje si se quiere ejercitar una acción contra el otro compromitente. Como *condición para el ejercicio de un derecho*, el recurso al arbitraje reúne los caracteres que se predicaban de las cargas jurídicas⁴³. El recurso al arbitraje mediando un convenio arbitral se configura así nítidamente como una *carga del derecho a la jurisdicción*.

Se ha señalado⁴⁴ que, en sí, la formulación de la pretensión, el ejercicio del derecho a la jurisdicción, presenta los caracteres de una carga. Pues bien: la carga de acudir al arbitraje viene a cualificar, por efecto de la autonomía de la voluntad –el convenio arbitral–, esa carga general o “condición absoluta”⁴⁵ que el recurso a la instancia jurisdiccional correspondiente constituye con respecto al derecho abstracto a la tutela jurídica. Dicho de otro modo: mediante el convenio arbitral, las partes asumen la carga específica de ejercitar la acción *precisamente* mediante el recurso al arbitraje, y no a la jurisdicción del Estado.

Las cargas pueden clasificarse, de un lado, en autónomas –creadas por la autonomía de la voluntad– y heterónomas –impuestas por la ley o la buena fe–, y, de otro, en materiales y procesales⁴⁶. La carga de acudir al arbitraje es claramente una carga autónoma y no heterónoma, en tanto asumida por virtud del convenio arbitral, expresión de la autonomía de la voluntad. Asimismo, se trata de una carga material. Las cargas materiales (*Obliegenheiten*) gravan al acreedor; las procesales (*Prozeßlasten*)⁴⁷, al litigante. Aquéllas deben levantarse para poder ejercer un derecho o para evitar su pérdida; éstas tienden a aumentar las expectativas de obtener una resolución procesal favorable dentro de un concreto litigio. En el Derecho material la ventaja que deriva de su observancia consiste en la adquisición o en la conservación de un derecho, mientras que en el proceso el cumplimiento de la carga simplemente crea una situación que aumenta las expectativas de

⁴³ La obra de referencia en español sobre el concepto de carga es A. Cabanillas Sánchez, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988.

⁴⁴ N. Alcalá-Zamora y Castillo, “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945–1972)*, vol. I, UNAM, México, 1992, p. 332.

⁴⁵ A. De la Oliva Santos, *op. cit.*, pp. 69 ss.

⁴⁶ *Vid.* A. Cabanillas Sánchez, A., *op. cit.*, 62 ss.

⁴⁷ Aún con precedentes en Kisch, la doctrina de las cargas procesales es plenamente goldschmidtiana; *vid.* Goldschmidt, J., *op. cit.*, pp. 841 ss. La idea fue pronto recibida en el Derecho privado a través de Schmidt, R., *Die Obliegenheiten: Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Versicherungs-wirtschaft, Karlsruhe, 1953, esp. pp. 89 ss., 101 y ss. y 312 ss.

obtener la sentencia favorable que se persigue⁴⁸. Así, la carga material no constituye un *deber*, sino un “*tener que*” que actúa como base de un *poder*⁴⁹. Dicho de otro modo, la inobservancia de la carga determina la imposibilidad para el acreedor de ejercitar legítimamente el poder de actuación en que la facultad consiste. El acreedor “sólo puede ejercitar la facultad conectada a la carga si la observa de forma adecuada”⁵⁰.

Pues bien: la demanda arbitral no tiene por objeto aumentar las expectativas de obtener un laudo favorable, sino –cuestión claramente previa a aquélla– hacer posible que ese laudo llegue a emitirse. No es un presupuesto para evitar un perjuicio en el seno de la relación jurídica arbitral –al modo de la carga de actuar de buena fe en el arbitraje–, sino que opera como presupuesto del ejercicio de la acción misma. Acudir al arbitraje pactado constituye un *tener que* que actúa como premisa del legítimo ejercicio de un *poder*. Esta carga reúne, en consecuencia, todos los rasgos que permiten referirse a ella como una carga material.

Y es que sólo hay cargas procesales en relación con un concreto proceso; fuera de él, no son siquiera concebibles. Sin proceso incoado, sin juez y sin partes procesales, sin relación jurídica procesal, en suma, sencillamente no hay facultad o carga alguna procesal. El convenio arbitral se limita a crear una carga para el ejercicio del derecho a la jurisdicción. *Es el derecho a la jurisdicción, y no el convenio arbitral, el que, ejercitándose en el arbitraje, engendra todo lo que de procesal hay en éste.*

V. La impugnación de la jurisdicción como carga del demandado

Carga es también, igualmente autónoma y material, la de impugnar la jurisdicción del Estado en el caso de incumplimiento de la obligación compromisorio. Es, en efecto, el convenio arbitral el que atribuye al acreedor compromisorio el derecho de rehusar ser llevada ante los tribunales del Estado. La circunstancia de que el ejercicio de ese derecho deba verificarse en uno u otro momento procesal, según lo disponga la ley, no altera ese origen negocial. La impugnación de la jurisdicción *ex compromisso* se configura así como una auténtica carga para el compromitente, de origen autónomo.

Es asimismo, como la de acudir al arbitraje, carga material, no procesal⁵¹. Como hemos dicho, la *differentia specifica* entre las cargas materiales y las procesales radica en que aquéllas tienden a evitar la pérdida de un derecho, y éstas a aumentar las expectativas de obtener una sentencia favorable. Así, la impugnación de la jurisdicción del Estado no tiene por objeto “hacer valer un

⁴⁸ Vid. Alcalá-Zamora y Castillo, N., “Enseñanzas y sugerencias...”, *loc. cit.*

⁴⁹ En palabras de Cabanillas Sánchez, A., *op. cit.*, p. 44, “la carga no constituye un *sollen*, sino un *müssen*, es decir, un ‘tener que’ para ‘poder hacer’”.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Con acertada intuición, la STC 9/2005, de 17 enero, ya citada, afirma que “la cuestión de la vigencia del convenio arbitral tiene carácter material”, en tanto que “afecta a la misma posibilidad de acudir al arbitraje como sistema de resolución de controversias”.

derecho en juicio”, ni aumentar las expectativas de obtener una sentencia favorable: su único objeto es evitar que esa sentencia se dicte, que se constituya la relación jurídico–procesal. No es un presupuesto para obtener una ventaja procesal; sí lo es para ejercitar con éxito el derecho a vetar todo conocimiento del asunto por el tribunal. Y ello porque no impugnar debidamente la jurisdicción del Estado lleva aparejada la pérdida de la *oportunidad de hacer valer el propio derecho*. Es un *tener que* que actúa como base de un posterior *poder*: impugnada la jurisdicción *ex compromisso*, no es que aumenten las expectativas de una decisión favorable: es que el juez está obligado a dejar de conocer del asunto. La inobservancia de la carga material que supone la impugnación jurisdiccional determina para el compromitente la imposibilidad de ejercitar su facultad de neutralizar el incumplimiento de su contraparte⁵².

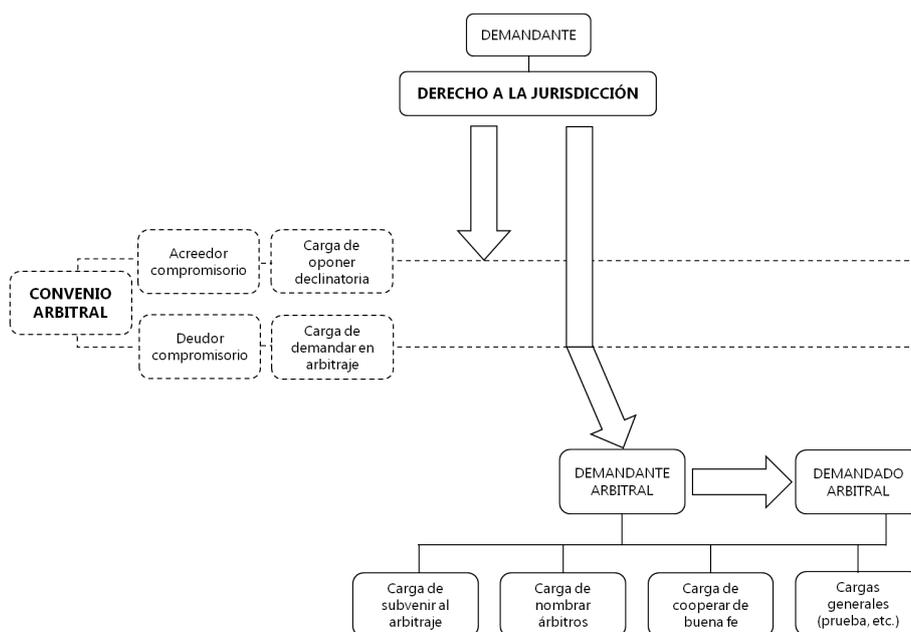
Se objetará tal vez, para sostener el carácter procesal y no material de esas cargas, que el recurso al arbitraje da lugar a un proceso –arbitral–, del mismo modo que la jurisdicción debe impugnarse precisamente en el seno del proceso –judicial– en marcha. Mas considérese que lo que el demandado pretende al impugnar la jurisdicción del Estado es detener y quedarse *fuera* el proceso judicial, no obtener, *dentro* de él, una resolución favorable. Por supuesto, dentro tanto del proceso arbitral como del incidente judicial sobre jurisdicción, los compromitentes son también demandante y demandado, y como tal tienen todos los poderes y cargas procesales: alegación, prueba, etc. Pero éstos los adquieren desde que se ha iniciado el proceso respectivo, mientras que el derecho de incoar o de vetar el arbitraje lo adquirieron *antes*: al suscribir el convenio arbitral.

VI. Conclusiones

Las breves consideraciones que han quedado expuestas permiten ya identificar la esencia de la relación entre arbitraje y convenio arbitral. De éste no surge efecto procesal alguno: es el derecho a la jurisdicción, ejercitado mediante el recurso al arbitraje, lo único capaz de producir efectos procesales, como, en general, de hacer nacer cualquier género de situación jurídica procesal. El convenio arbitral se limita a obligar al deudor compromisorio a acudir al arbitraje si quiere demandar: carga material y autónoma, por tanto, del derecho a la jurisdicción. Por su parte, el acreedor compromisorio goza de un derecho a no ser demandado ante los tribunales del Estado, derecho que, si resulta amenazado por el deudor, sólo puede hacerse efectivo mediante la impugnación de la jurisdicción del Estado: carga asimismo material y autónoma.

⁵² El art. VI.1º Convenio de Ginebra 1961, expresa esta idea de modo terminante: “Toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral deberá ser propuesta por el demandado, *so pena de pérdida de derechos*” (la cursiva es nuestra).

El siguiente esquema, con el que se pone término al trabajo, trata de resumir gráficamente las anteriores reflexiones. En él las líneas horizontales representan la relación jurídica material que nace del convenio, y las verticales, la situación jurídica procesal que surge de la demanda arbitral.



Esquema. Relación entre la obligación compromisoria –representada por las líneas horizontales, discontinuas– y la situación jurídica surgida del ejercicio de la acción –simbolizada por las líneas verticales, continuas–.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945–1972)*, vol. I, México, UNAM, 1992, pp. 317 ss.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: “Examen de la nueva Ley española sobre arbitraje”, en *Estudios Procesales*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 42 ss.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, Montecorvo, 1988.
- CARNELUTTI, F.: *La prova civile*, Milán, Giuffrè, 1992.
- CHIOVENDA, G.: “La acción en el sistema de los derechos”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (trad. de S. Sentís Melendo), vol. I, Buenos Aires, EJEA, 1949, pp. 17 ss.
- CONEJERO ROOS, C.: “Los costos en el arbitraje internacional”, en Silva Romero, E. (dir.), Mantilla Espinosa, F. (coord.), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 732 ss.
- DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M.: *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 62 ss.

- DEGENKOLB, H.: "Der Streit über den Klagrechtsbegriff", en *Beiträge zum Zivilprozeß*, Leipzig, 1905 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969), pp. 1 ss.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980.
- GAILLARD, E.: *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden–Boston, Martinus Nijhoff, 2010.
- GIMENO SENDRA, V.: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, Civitas, 1981.
- GOLDSCHMIDT, J.: *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925 (reed. en Scientia, Aalen, 1986).
- GOLDSCHMIDT, J.: "Teoría general del proceso", en *Derecho, Derecho penal y proceso*, vol. I, *Problemas fundamentales del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 814 ss.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil* (con V. HERCE QUEMADA), vol. I, Madrid, Marcial Pons, 1976, vol. I, p. 227.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: "Legitimación y representación", en *Derecho y proceso*, Cizur Menor, Civitas, 2009, pp. 249 ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 2001.
- HENCKEL, W.: *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen, Schwartz, 1970.
- KNIGGE, M.W.: *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*, Alphen aan den Rijn, Uitgeverij Kluwer, 2012.
- MONTERO AROCA, J.: "La acción (un intento de aclaración conceptual)", en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 117 ss.
- MUNNÉ CATARINA, F.: "Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje", en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 5, 2004, pp. 107 ss.
- PICÓ I JUNOY, J.: *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, Bosch, 2003.
- POUDRET, J.-F. y BESSON, S.: *Comparative Law of International Arbitration* (trad. de Berti, S. V., Ponti, A.), Londres, Sweet & Maxwell, 2007.
- SATTA, S.: *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milán, Giuffrè, 1931.
- SCHMIDT, R.: *Die Obliegenheiten: Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Karlsruhe, Versicherungswirtschaft, 1953.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción", en *Jurisdicción, acción, proceso*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 181 ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Naturaleza jurídica del arbitraje", en *Jurisdicción, acción, proceso*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 165 ss.
- SILVA ROMERO, E.: "La obligación de dar: los costos del arbitraje. Introducción", en E. Silva Romero (dir.), F. Mantilla Espinosa (coord.), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 705 ss.
- VERDE, G. y AULETTA, F.: *Diritto dell'arbitrato rituale*, Turín, Giappichelli, 1997.
- VON BÜLOW, O.: *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Gießen, 1868 (reimpr. en Scientia, Aalen, 1969).
- VON BÜLOW, O.: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales* (trad. de Rosas Lichtschein, M. Á.), Buenos Aires, EJEA, 1964.
- VON MEHREN, A. T., *Adjudicatory Authority in Private International Law. A Comparative Study*, The Hague Academy of International Law–Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.
- WAGNER, G., *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Mohr–Siebeck, Tübingen, 1998.