

La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje

Carlos MARTÍN BRAÑAS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: I. Introducción. II. Efecto negativo del convenio arbitral. 1 Finalidad del efecto negativo. 2. Objeto del efecto negativo. III. Planteamiento de la declinatoria de jurisdicción por pertenecer el asunto controvertido al conocimiento de los árbitros. 1 Proposición en forma de la declinatoria. 2. Sustanciación de la declinatoria. 3 Decisión de la declinatoria. 4. Posibles recursos frente a la decisión de la declinatoria en sede judicial. 5. Eficacia de cosa juzgada de la decisión que sobre la declinatoria adopta el órgano judicial.

I. Introducción

Nadie duda de que el arbitraje constituye una de las instituciones que más ventajas nos puede deparar al convertirse en sustitutivo natural de la actividad jurisdiccional. El arbitraje se presenta como un mecanismo despojado de la gran mayoría de vestiduras que tipifican a la jurisdicción contenciosa y que, en muchas ocasiones, son el sustrato sobre el que florecen la mayor parte de los inconvenientes que, a pesar de los constantes intentos por eludirlos, lastran de forma continuada la actividad jurisdiccional (lentitud y falta de eficacia derivada de la complejidad desplegada por muchas instituciones procesales).

Es, sin duda, el argumento precedente el que impulsa a nuestro legislador a otorgar al particular, a la hora de ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, la opción entre acudir a los órganos integrados dentro del Poder Judicial o bien someter sus conflictos jurídicos al ámbito de otras instituciones a las que la propia Jurisdicción, delegando en parte el ejercicio de su propia soberanía, asigne la posibilidad de desarrollar también dicha actividad, como es el caso del arbitraje.

Los justiciables pueden ejercitar esa opción, otorgada por el legislador, decidiendo someter una concreta cuestión controvertida a arbitraje, verificando la misma a través del “convenio arbitral”, presentando, este último, una duplicidad de efectos reconocida, tanto por la doctrina científica¹, como por la jurisprudencia²:

¹ Efectos unánimemente reconocidos por la doctrina científica, a modo de ejemplo *vid.* A. Bernardo San José, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Gransda, Comares, ,

a) Efecto positivo: la existencia del convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado en él.

b) Efecto negativo: esa existencia del convenio arbitral impide a los órganos jurisdiccionales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, salvo renuncia de las partes al propio convenio (art. 11.1º LA).

En el presente trabajo nos centraremos precisamente en el segundo de los efectos señalados, esto es, el efecto negativo del convenio arbitral: los órganos jurisdiccionales no pueden conocer de las controversias sometidas a arbitraje, salvo renuncia de las mismas al convenio suscrito. Esta renuncia puede sustanciarse, a su vez, de dos maneras³: a) en primer lugar, lo podrán hacer de forma expresa, mediante la suscripción de un nuevo acuerdo entre las propias partes que extinga la obligación suscrita anteriormente y, b) en segundo, también podrán llevar a cabo esta renuncia de forma tácita, en aquellos supuestos en los que una de las partes interponga demanda ante los órganos jurisdiccionales y la parte demandada lleve a cabo cualquier actividad diferente a proponer en tiempo y forma la correspondiente declinatoria, con lo que ambas partes quedarán sometidas a la jurisdicción⁴.

Precisamente, esta última opción es la que se plantea en el Auto de la AP de Islas Baleares 10 de febrero de 2009. En este auto se suscita un conflicto entre una sociedad mercantil y uno de sus socios, habiendo hecho efectivo, éste último, un pago de unos pagarés para la compra de determinados activos por parte de la mercantil antedicha a una tercera empresa. Con sustento en las previsiones contenidas en el art. 1158 Cc, que según establece “*el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad*”, el mencionado socio interpone demanda en juicio ordinario contra la mercantil citada. Sin em-

2002, pp. 48 ss. (afecto positivo), pp. 68 ss. (eficacia negativa); D. Arias Lozano, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 101 ss (efecto positivo), pp.103 ss (efecto negativo); M.A. Fernández Ballesteros, “Art. 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 115; R. Verdura Servet, “Art. 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, edit), Madrid, Civitas, 2004, p.445; R. Yáñez Velasco, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.328; B.M. Cremades, “Del convenio arbitral y sus efectos”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (De Martín Muñoz e Hierro Anibarro, coords.), Barcelona, M. Pons, 2006, p. 303; R. Hinojosa Segovia e I. Cubillo López, “El arbitraje”, en *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos* (R. Hinojosa Segovia, coord.), Madrid, Ed. Ramón Areces, 2006, p. 110; J.F. Merino Merchán, y J.M^a Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 3ª edic., Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 449 ss (efecto positivo), pp. 452 ss (efecto negativo).

² La misma precisión realiza nuestra jurisprudencia de manera reiterada, *vid.*, entre otras, las SSAAPP de Pontevedra (Sección 5ª), 7 de abril de 2000 (JUR 2000, 195855); Madrid (Sección 11ª), 6 de junio de 2001 (AC 2001, 1602), etc.

³ Renuncia expresa y tácita reconocida de forma general: *vid.* A. Bernardo San José, *op. cit.*, pp. 80–102; R. Verdura Servet, *loc. cit.*, pp.447 y 448; R. Yáñez Velasco, *op. cit.*, pp. 329 y 331; R. Hinojosa Segovia, e I. Cubillo López, *op. cit.*, p. 110.

⁴ En este sentido el Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª), 4 de junio de 2002 (JUR/2004/37784).

bargo, sustanciado el procedimiento en primera instancia, la mercantil demandada formuló declinatoria de jurisdicción por entender que el asunto controvertido estaba fuera del ámbito competencial del orden jurisdiccional civil, debiendo aquel ser tramitado a través del correspondiente procedimiento arbitral. El órgano judicial perteneciente a la jurisdicción civil estima, en primera instancia, la declinatoria planteada por la demandada, absteniéndose de conocer por entender que la cuestión controvertida había sido previamente sometida por las partes a una decisión arbitral.

II. Efecto negativo del convenio arbitral

Dos apuntes será necesario efectuar respecto al segundo de los efectos atribuidos al convenio arbitral relativos a su finalidad y objeto.

1. Finalidad del efecto negativo

La finalidad perseguida por el art. 11 LA debemos buscarla en la intención del legislador en evitar que se presenten demandas ante los Tribunales de Justicia con la única finalidad de dificultar el arbitraje. Precisamente por ello, dispone el punto 2º del art. 11 LA que la interposición de la declinatoria en un proceso judicial, que verse sobre una controversia sometida a arbitraje, no ha de impedir el inicio o continuación del arbitraje.

Entendemos acertada esta previsión, pues no es más que la lógica consecuencia de la previsión contenida en el precedente punto 1º del citado art. 11 LA. Sometida la cuestión a arbitraje, nada impide que una de las partes, suscitado el conflicto, acuda a los tribunales para darle solución, siendo la única vía válida que le queda a la contraparte, para exigir el cumplimiento del contenido del previo convenio, la presentación en forma de la correspondiente declinatoria. El planteamiento de este mecanismo procesal, servirá a la contraparte para reivindicar el contenido del previo convenio arbitral y negar a la jurisdicción el conocimiento de la cuestión controvertida, evitando, con ello, que el mencionado convenio se entienda renunciado y pierda todos sus efectos⁵.

Debemos señalar que de la dicción del art. 11 LA, sin realizar distinción alguna, preceptúa que la interposición de declinatoria no impide ni iniciar un procedimiento arbitral, si proseguir aquél ya iniciado, eficacia que debemos entender se mantiene durante toda la tramitación que presente la concreta declinatoria, incluidos los posibles recursos que las partes presenten frente a

⁵ Precisamente, el auto que nos sirve de base para esta nota destaca esta circunstancia, apuntando que no se puede buscar contradicción alguna entre el hecho de que el juzgador admita la demanda a trámite, para luego estimar la declinatoria, pues de no hacerlo así, supondría de hecho impedir a la demandada alegar la excepción de sumisión a arbitraje que, repetimos, es la única forma que tiene el demandado de exigir el cumplimiento del contenido del convenio arbitral. Pone de manifiesto la decisiva relevancia otorgada por el legislador a la interposición de declinatoria y la falta de relevancia, en el supuesto analizado, de la interposición de una demanda, A. Bernardo San José, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

su decisión definitiva (recursos de reposición, apelación o extraordinario por infracción procesal)⁶

Esta previsión es, sin duda, un claro exponente de la clara preferencia que muestra nuestro legislador a favor del procedimiento arbitral, frente a la vía jurisdiccional. Sólo la realización de un nuevo convenio arbitral, en sentido contrario, por las partes, o una decisión judicial firme pueden impedir el nacimiento o continuación del procedimiento arbitral⁷.

No obstante, quedaría inconcluso este apartado si dejásemos sin poner de manifiesto que, en todo caso, la mera existencia del convenio arbitral y, en concreto, su efecto negativo, en ningún caso excluye de forma total la intervención de la jurisdicción en el procedimiento arbitral. De hecho, debemos recordar como la propia LA, recoge una serie de actividades que encontrándose encuadradas dentro del ámbito del procedimiento arbitral, sin embargo su ejecución queda en manos de los órganos jurisdiccionales (formalización judicial del arbitraje, auxilio judicial en materia de prueba, adopción de medidas cautelares, ejecución del laudo arbitral, recurso de anulación).

2. Objeto del efecto negativo

Es de destacar que el efecto negativo del convenio arbitral sólo se proyecta sobre la materia que concretamente haya sido sometida a arbitraje. Cuando una de las partes plantea la correspondiente declinatoria intentando lograr el mencionado efecto negativo del convenio, tan sólo pretende lograr que el órgano judicial se abstenga de decidir una determinada controversia antes de que se intente su resolución vía arbitral. Esto significa que una vez planteada la correspondiente declinatoria, el órgano judicial se verá obligado a comparar el objeto del proceso judicial iniciado, especificado por las diferentes alegaciones iniciales de las partes, con el contenido del propio convenio arbitral, en concreto con la relación jurídica y las posibles controversias incluidas en el mismo, siendo factible que el tribunal decida excluir de su conocimiento determinados aspectos plantados por las partes en vía judicial y, sin embargo, afrontar el análisis de otros que a su juicio exceden del ámbito del convenio arbitral⁸.

⁶ Advertencia puesta de manifiesto por R. Verdura Servet, *loc. cit.*, p. 479;

⁷ Clara preferencia que pone de manifiesto la doctrina científica: *ibid.*, p. 477; R. Hinojosa Segovia e I. Cubillo López, *loc. cit.*, p. 111.

⁸ Ejemplo de esta necesidad lo encontramos en el propio Auto 10 de febrero de 2009, que nos sirve de base, en donde el órgano judicial debe comparar la pretensión de la actora (reclamación de cantidad con base en la previsión contenida en el art. 1158 Cc) con los límites de la relación arbitral expuestos en el propio convenio arbitral (“todas las cuestiones que se susciten entre la sociedad y cualquiera de sus socios”), llegando el tribunal a la conclusión de que la pretensión ejercitada por la actora se encontraba claramente inmersa en el contenido objetivo otorgado por el convenio a la relación arbitral.

III. Planteamiento de la declinatoria de jurisdicción por pertenecer el asunto controvertido al conocimiento de los árbitros

La vigente LEC/2000 ha variado el tratamiento procesal que su predecesora, LEC/1881, otorgaba a la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, pasando de ser una mera excepción procesal más, a encauzar su posible invocación a través de la declinatoria.

Del propio texto del art. 11.1º LA se desprende que será necesario para que el convenio arbitral despliegue su eficacia negativa que las propias partes aleguen dicha eficacia, mediante la interposición de la correspondiente declinatoria⁹.

El mecanismo procesal previsto para posibilitar que los justiciables puedan hacer valer la obligación contenida en el convenio arbitral, consistente en someter una concreta cuestión controvertida a arbitraje, no es otro que la declinatoria (arts. 39 y 63 LEC). Tras suscribirse el convenio arbitral, en el que se plasma la obligación de sometimiento a arbitraje de las cuestiones controvertidas que se susciten como consecuencia de la relación jurídica contenida en el convenio, si una de las partes, haciendo caso omiso de la obligación suscrita, decide acudir, para resolver cualquiera de esas controversias, a los tribunales de justicia, la parte contraria se verá en la necesidad de comparecer ante el órgano judicial e interponer la correspondiente declinatoria (en tiempo y forma, art. 64.1º LEC), solicitando al juzgador que se abstenga de conocer, como consecuencia de su falta de jurisdicción, en atención al contenido del mencionado convenio arbitral que, previamente, han suscrito las partes.

En atención a ello, por un lado la mera existencia del convenio arbitral no produce, por sí sola, la consecuencia de impedir a los tribunales de justicia el conocimiento de las cuestiones previamente sometidas a la solución arbitral, su exclusión sólo se produce desde el momento en que la parte interesada interpone en forma la correspondiente declinatoria¹⁰. Pero, además, por otro, el mero hecho de interponer la demanda, en principio, suscitará las consecuencias diametralmente opuestas, pues supondrá el primer paso en dirección a obtener una sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales, salvo que la parte demanda, precisamente, interponga en forma la declinatoria.

1. Proposición en forma de la declinatoria

De la dicción del propio art. 11 LA se desprende que la alegación del sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje queda limitada a la interposición

⁹ Convirtiéndose, de hecho, la declinatoria en el único mecanismo apto para hacer valer en juicio la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, *vid.* SAP de Vizcaya (Sección 3ª), de 11 de febrero de 2005 (AC/2005/753).

¹⁰ Apreciación señalada por A. Bernardo San José, *op. cit.*, p. 69; M.A. Fernández Ballesteros, *loc. cit.*, p. 119; J.M. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *op. cit.*, p. 455.

de la correspondiente declinatoria por parte de quien le interese¹¹, como consecuencia directa de la literalidad de la Ley y, también, del carácter dispositivo que en nuestra legislación presenta el arbitraje, lo cual excluye¹²:

A) La apreciación de oficio, pues, por una parte, no parece razonable pensar que el órgano judicial conocerá la existencia del previo convenio arbitral no alegado por la parte en el caso concreto y, por otra, aunque el juzgador conozca su existencia, una apreciación de oficio por su parte supondrá eliminar de forma absoluta la voluntad de las partes que no desean someter la cuestión litigiosa a arbitraje, al no hacer efectivo el contenido del convenio arbitral, careciendo el órgano judicial de legitimidad para imponer esa vía arbitral y, probablemente, incurriendo en una indebida obstaculización del derecho de acceso a los tribunales, sin olvidar, por último, que otorgar esa capacidad al órgano judicial, teniendo presente la precisión y especificidad mostrada por el art. 11.1º LA, parece un contrasentido, pues supondría conceder al juez una prerrogativa que el legislador ha encomendado, de esa forma tan taxativa, a las partes¹³.

B) La alegación por las partes de la excepción de litispendencia arbitral en un proceso determinado (en la contestación a la demanda, en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal)¹⁴.

2. Sustanciación de la declinatoria

Según establece el art. 63.2º LEC la declinatoria se propondrá ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia. Pudiendo verificarse esa presentación¹⁵:

¹¹ Para lograr el efecto perseguido no sólo será preciso interponer la necesaria declinatoria, sino que, además, también será preciso que ésta sea articulada en forma con arreglo a las previsiones contenidas en la LEC, *vid.* AP de Asturias (Sección 5ª) 11 de abril de 2003 (JUR/2002/210465).

¹² En este sentido *vid.* R. Verdera Servet, *loc. cit.*, pp. 456-458.

¹³ En estos términos se expresan A. Bernardo San José, *op. cit.*, pp. 69 y 70; M.A. Fernández Ballesteros, *loc. cit.*, p. 120; R. Verdera Servet, *loc. cit.*, nota 81, pp. 475 y 476; R. Yáñez Velasco, *op. cit.*, p. 329. Exigencia, también, puesta de manifiesto por nuestra jurisprudencia, ver, a modo de ejemplo, la SAP de Vizcaya (Sección 3ª) 11 de febrero de 2005 (AC/2005/753), y en los mismo términos el AAP de Barcelona (Sección 15ª) 4 de junio de 2002 (JUR/2004/37784).

¹⁴ La caracterización técnica de la declinatoria no coincide con la que ostentan el resto de excepciones procesales, tratándose la primera de un óbice procesal que impide la sentencia sobre el fondo, mientras que el resto de excepciones procesales presentan el carácter de un presupuesto procesal que, en consecuencia, debe concurrir en el proceso para que sea posible la sentencia de fondo, esta diversidad justifica el distinto tratamiento procesal de una y de otras. En este sentido, M.A. Fernández Ballesteros, *loc. cit.*, p. 122. La necesaria interposición de declinatoria en "forma" para alegar la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, olvidando la posibilidad de plantearla como una excepción dilatoria, tal y como acontecía en la LEC de 1881, es puesta de manifiesto por nuestros Tribunales, ver, a modo de ejemplo, el Auto de la AP de Castellón (Sección 3ª), 6 de julio de 2007 (JUR/2007/336829).

¹⁵ M.A. Fernández Ballesteros entiende que los plazos previstos en el art. 64 LEC no deben resultar aplicables a la declinatoria de arbitraje, no pudiendo quedar su eficacia práctica condicionada a una actuación procesal que debe ser realizada en un muy corto plazo de tiempo, entendiendo más razonable permitir la alegación de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en la propia contestación a la

a) En el juicio ordinario, dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (art. 64.1º LEC).

b) En el juicio verbal, en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista (art. 64.1º LEC).

No obstante, la declinatoria podrá presentarse también ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda, sin perjuicio de remitírsela por oficio al día siguiente de su presentación (art. 63.2º LEC).

La proposición de declinatoria “... surte [el] efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal” (art. 64.1º LEC)¹⁶.

Sin embargo, el efecto anteriormente mencionada, esto es, que la proposición de la declinatoria suspenderá el procedimiento judicial hasta que sea resuelta, debe ser puesta en conexión con las previsiones contenidas en el art. 66, puntos 2º y 3º LEC, según las cuales el auto que rechace dicha declinatoria sólo será susceptible de recurso de reposición, sin perjuicio de su reproducción al recurrir en apelación la sentencia definitiva. Lo cual viene a significar que, si bien es cierto que la interposición de la declinatoria suspende el procedimiento, ésta se levantará en el momento en que sea desestimado en la instancia. De otra forma, perderían su sentido las previsiones contenidas en el mencionado art. 66 LEC¹⁷.

En todo caso, la suspensión del procedimiento principal que provoca la interposición de la declinatoria no impide que el órgano judicial pueda practicar, a instancia de parte, las actuaciones necesarias para lograr el aseguramiento de la prueba o adopte cualquier medida cautelar de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que se puedan derivar de la tramitación de una declinatoria infundada (art. 64.2º LEC).

Al escrito de declinatoria se acompañará el convenio arbitral, en la medida en que el art. 65 LEC exige que se acompañen los “documentos o principios de prueba en que se funde”. Del escrito de declinatoria se dará traslado a los restantes litigantes, quienes dispondrán de un plazo de cinco días desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren con-

demanda (*loc cit.*, pp. 124 y 125. También entiende problemático el breve plazo previsto en la Ley B.M. Cremades, *loc cit.*, p. 316.

¹⁶ Efecto opuesto al que produce la interposición de la declinatoria respecto al proceso arbitral, que como ya hemos visto, en ningún caso, impedirá la iniciación o prosecución de un procedimiento arbitral que verse sobre el mismo objeto, *vid.* epígrafe II del presente trabajo.

¹⁷ Debemos recordar que el recurso de reposición carece de efecto suspensivo (art. 451 LEC) y, además, de no levantar la suspensión jamás podríamos llegar a recurrir la sentencia definitiva en apelación, en este sentido se manifiesta la SAP de Asturias (Sección 5ª) 6 de mayo de 2004 (JUR/2004/161868).

veniente para sostener la jurisdicción del tribunal, esto es, aquellos vicios que, de padecerlos el convenio, lo hagan ineficaz.

Oídas ambas partes, el tribunal resolverá sin más trámite en el plazo de cinco días (art. 65.1º LEC).

3. Decisión de la declinatoria

Ante el planteamiento de la declinatoria en vía judicial, es posible que se den dos situaciones diversas¹⁸:

a) Decisión estimatoria de la declinatoria: en primer lugar, el órgano judicial puede terminar concluyendo que entiende la existencia de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, supuesto en el que deberá dictar un auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (art. 65.2º LEC)¹⁹. Frente a este auto cabrá interponer recurso de apelación (art. 66.1º LEC)

b) Decisión desestimatoria de la declinatoria: si la decisión que adopte el órgano judicial respecto a la declinatoria planteada confirma su jurisdicción sobre la cuestión debatida, cabrá plantear frente a la misma recurso de reposición (art. 66.2º LEC).

En este segundo supuesto, una vez alcance firmeza la resolución adoptada por el órgano judicial, esto es, tras la interposición y posterior resolución del correspondiente recurso de reposición, continuará el proceso, reanudándose éste y alzándose la suspensión que pende sobre él.

Llegados a este punto, se nos suscita una duda, si el órgano judicial confirma su jurisdicción y el procedimiento arbitral ya ha dado comienzo ¿Cómo se comunicará a los árbitros esta decisión para que pongan término a su actuación? Nada nos dice la Ley sobre la forma en la que el órgano judicial debe comunicar a los árbitros esta decisión desestimatoria que implica la terminación del procedimiento arbitral. Básicamente, las posibles situaciones se reducen a dos:

1) Si recaída la decisión desestimatoria, esto es los órganos judiciales confirman su jurisdicción, todavía no habían comenzado las actuaciones arbitrales, entendemos que cuando se intente su inicio, la parte a quien interese deberá alegar la existencia de aquélla decisión con la intención de impedir que dichas actuaciones comiencen.

2) Si, por el contrario, ya se habían iniciado las actuaciones arbitrales en el momento en que la resolución de la declinatoria alcanzó firmeza, parece razonable sostener que la parte a quien interese²⁰ comunique a los árbitros o

¹⁸ Sobre los efectos que conlleva la decisión judicial respecto a la declinatoria interpuesta por las partes, *vid.* A. Bernardo San José, *op. cit.*, pp. 127–130; R. Verdura Servet, *loc. cit.*, nota 81, pp. 480 y 482.

¹⁹ Supuesto que aparece en el AAP de Islas Baleares 10 de febrero de 2009, con el que comenzamos la presente nota jurisprudencial.

²⁰ Algún autor (*vid.* R. Verdura Servet, *loc. cit.*, nota 81, p. 480) sostiene que esta alegación debe ser efectuada por la parte que ostenta la posición activa en el proceso jurisdiccional, siendo esto no normal, pues generalmente ella será la más interesada en que concluya el procedimiento arbitral, sin embargo, a

a la institución arbitral encargada de su administración, dependiendo del caso, dicha resolución desestimatoria y, en consecuencia, se proceda a poner fin al procedimiento arbitral ya iniciado. En la misma línea, con más precisión técnica, puede plantearse la solución de que las partes soliciten al juez civil que acuerde, como medida cautelar en el proceso incoado, requerir al árbitro para que dejara de conocer (arts. 721 ss. LEC)²¹.

4. Posibles recursos frente a la decisión de la declinatoria en sede judicial

Las soluciones dependerán del contenido de la decisión adoptada por el órgano judicial respecto a la declinatoria interpuesta:

a) Si el órgano judicial dicta un auto estimando la declinatoria cabrá interponer recurso de apelación frente a dicho auto (art. 66.1º LEC). Sin embargo, no cabrá acudir, frente a la decisión que se adopte en dicha apelación, al recurso extraordinario por infracción procesal²², pues éste sólo puede interponerse frente a sentencias y autos que pongan fin a la segunda instancia (art. 468 LEC) y, en este caso, la apelación interpuesta no se trataría de una segunda instancia²³.

b) Si, por el contrario, el órgano judicial dicta un auto desestimando la declinatoria sólo cabrá interponer, frente a él, recurso de reposición, sin perjuicio de poder alegar la pretendida falta de sumisión a arbitraje como causa de naturaleza procesal para fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia definitiva que se dicte²⁴. Y, finalmente, frente a la decisión adoptada por el juzgador en fase de apelación cabrá interponer el correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal, al estar recurriendo una sentencia que pone fin a la segunda instancia (art. 468 LEC). Entendemos que, aunque, la LEC no recoge expresamente como motivo alegable para acceder al recurso extraordinario por infracción procesal, la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, sin embargo, los preceptos que regulan dicha sumisión debemos entenderlos, *lato sensu*, como normas de jurisdicción integradas en

nuestro modo de ver, nada obsta para que el demandado pueda también comunicar esa circunstancia para impedir la continuación del arbitraje, cosa distinta es que se nos antoje arto improbable.

²¹ En este sentido, M.A. Fernández Ballesteros, *loc. cit.*, nota 12, p. 127.

²² Es de señalar, como algún autor se muestra partidario en admitir la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal frente al auto dictado por la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación presentado frente al auto que estima la declinatoria en primera instancia, *vid.* A. Bernardo San José, *loc. cit.*, pp. 127 y 128.

²³ Sobre el concepto de segunda instancia ver, entre otros, J. Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, 17ª ed. con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 426-432.

²⁴ En caso de desestimación de la declinatoria, cabe recurso de reposición y ante su desestimación, sólo podremos recurrir la sentencia definitiva que se dicte. Pero en el escrito de preparación de dicha apelación, deberemos, no sólo citar la sentencia apelada, sino también el auto que desestimaba en su momento la declinatoria de sumisión a arbitraje. De no hacerse la apelación en forma, la cuestión relativa a la incompetencia de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje queda firme. *Vid.* S AP de Asturias (Sección 5ª) 6 de mayo de 2004 (JUR/2004/161868).

el motivo previsto en el art. 469.1.1º LEC (“infracción de las normas sobre jurisdicción ...”) ²⁵.

Este sistema de recursos, considerablemente complejo, nos plantea un obvio problema que deviene de la previsión contenido en el propio art. 11 LA, según la cual la interposición y tramitación de la declinatoria ante los órganos jurisdiccionales no puede impedir ni la iniciación ni la suspensión de un procedimiento arbitral que verse sobre la cuestión debatida. ¿Qué pasa si en cualquiera de esos recursos, finalmente, el órgano judicial termina desestimando la declinatoria? En buena lógica, las partes podrían comunicarlo al órgano arbitral y éste debería poner término de forma inmediata al procedimiento arbitral, pero ¿Qué pasaría si ese procedimiento arbitral que, recordemos, no se ha suspendido ya hubiese finalizado por resolución arbitral firme?

A nuestro modo de ver, parece evidente el quebrantamiento a los principios básicos de la justicia que esta eventualidad provocaría. Nos encontraríamos ante una decisión arbitral que despliega sus efectos sobre la realidad material, cuando, *a posteriori*, conocemos que el árbitro carecía de legitimidad para ello. Diversas soluciones se nos ocurren para intentar dar solución a la cuestión planteada pero, desde ya, adelantamos al lector que de ninguna de ellas nos sentimos especialmente orgullosos²⁶:

A) La primera, consistiría en acudir al proceso de revisión de laudos firmes (art. 43 LA), iniciando el correspondiente proceso alegando la causa primera del art. 510 LEC, esto es que después de pronunciado el laudo se obtengan documentos decisivos (la resolución judicial firme que desestimaba la declinatoria), de los que no se pudo disponer por fuerza mayor (su no existencia en tiempo adecuado). Esta vía se encontraría con el inconveniente, insalvable, de que la admisibilidad, en fase de revisión, de esos documentos requiere que éstos existieran en el momento de ser necesaria su presentación en el proceso cuya revisión pretendemos, pero su obtención sólo se lograra con posterioridad²⁷. A pesar de la dificultad que presenta esta solución, de-

²⁵ De este parecer, I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, con A. De La Oliva Santos, 3ª ed., Madrid, Ed. Ramón Areces, 2004, p. 511. Sin embargo, encontramos autores que no consideran apropiado llevar a cabo semejante interpretación extensiva, considerando más adecuado plantear el recurso de casación por infracción de las previsiones contenidas en los arts. 5 ss. LA, *vid.* M.A. Fernández Ballesteros, *loc. cit.*, nota 12, p. 126.

²⁶ No podemos mostrar nuestra conformidad con Verdera Servet cuando plantea que, ante la falta de previsión legal, si la decisión judicial que desestima la declinatoria, por tanto denegando la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, llegara a adquirir firmeza en un momento temporal posterior a aquel en el que el laudo arbitral, relativo a la misma cuestión debatida, hubiese adquirido firmeza, simplemente dicha decisión judicial carecería de valor, *vid.* R. Verdera Servet, *loc. cit.*, p. 481.

²⁷ Si revisamos los pronunciamientos de nuestros tribunales resulta evidente que para la viabilidad del causal incluido en el art. 510.1º LEC es preciso que el documento presentado existiese en el momento en que pudo alegarse en el proceso cuya resolución firme intentamos anular en revisión, *vid.* entre otras, las SSTS 26 de marzo de 1992 (RJ 1992/2330), 10 de abril de 1992 (RJ 1992/3192), 5 de octubre de 1993 (RJ 1993/7305), así como los AATS 14 de diciembre de 2001 (JUR 2001/1646) y 20

bemos, al menos, señalar dos circunstancias que podrían ayudar a dar viabilidad al mismo: 1) En realidad, de la dicción del art. 510.1º LEC no se desprende expresamente el requisito aludido; 2) el art. 510.2º LEC prevé la posibilidad de utilizar para obtener la revisión de una sentencia firme, unos documentos que resultaron decisivos para adoptar la resolución, cuya revisión instamos, y cuya falsedad se declara penalmente con posterioridad.

Sin embargo, hemos de reconocer que no es menos cierto que todos los causales previstos en el art. 510 LEC presentan un marcado carácter sustantivo, con lo cual tendríamos que forzar el espíritu de la propia Ley para permitir un motivo de revisión, como el que planteamos, de naturaleza netamente procesal.

B) La segunda, consistiría en interponer frente al laudo arbitral, ya firme, el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, pues no olvidemos que en realidad el árbitro resolvió careciendo de legitimidad para ello, impidiendo con ello el acceso de la parte afectada a los Tribunales y violando, con ello, su derecho a la tutela judicial efectiva, exponente máximo de una situación de indefensión. Sin embargo, esta segunda solución tampoco nos parece suficientemente satisfactoria, pues ante el silencio que guarda la LA respecto a la posible interposición del incidente de nulidad de actuaciones frente al laudo firme, no nos parece adecuado entender aplicable supletoriamente la LOPJ o la LEC al campo arbitral.

C) Por fin, sin perjuicio de que a los avezados lectores se les ocurran soluciones adicionales, debemos plantear que, quizás, simplemente deberíamos intentar impedir que se llegue a producir la firmeza del laudo en cuestión. Interpuesta la declinatoria en vía judicial, la parte interesada en que efectivamente los árbitros no resuelvan la cuestión debatida, deberá impedir que se llegue a la situación que hemos planteado. En consecuencia, una vez dictado el laudo definitivo la parte que interpuso la declinatoria en vía judicial, deberá impugnar el mismo a través de la acción de anulación ante la Audiencia correspondiente, alegando el motivo contenido en art. 41.c) LA, esto es, que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, llegados a este punto la Audiencia se encontraría, con un proceso judicial y una acción de anulación en las que se discutía la misma cuestión controvertida, sería posible pensar que, ante la litispendencia planteada, la Audiencia debería suspender la resolución del acción de anulación hasta no resolverse el proceso judicial. Esta tercera vía, también plantea importantes problemas pues supondría sostener que el procedimiento arbitral concluye con la sentencia definitiva que se dicte, y que las posibles actuaciones posteriores, en donde ya no tienen intervención los árbitros, se encuentran fuera de ese procedimiento arbitral. Pero no es lo mismo que los árbitros “cesen en sus fun-

de septiembre de 2005 (JUR 2005/214444). *Vid.*, por todos, J. Siguenza López, *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 56 y 57.

ciones” (art. 38.1º LA) a que se concluya el procedimiento arbitral, de hecho si esto fuera así ¿Deberíamos entender que cuando se solicita la ayuda jurisdiccional para realizar pruebas, por ejemplo, nos encontraríamos fuera del procedimiento arbitral? o ¿Cuándo un órgano judicial solicita a un perito que emita un informe, ello significa que salimos del ámbito del proceso jurisdiccional?

En definitiva, no se nos ocurre una posible solución al problema planteado que carezca de claros inconvenientes, abandonando su análisis para posteriores trabajos en los que podamos otorgarle la dedicación y extensión que requiere.

A como de conclusión, debemos mostrar nuestro total acuerdo con A. Bernardo San José²⁸ cuando pone de manifiesto el contrasentido que supone mantener un sistema de recursos tan complejo como el que acabamos de exponer en un ámbito en la que deben de primar la rapidez y la economía.

5. Eficacia de cosa juzgada de la decisión que sobre la declinatoria adopta el órgano judicial

Finalmente, alguna precisión debemos apuntar respecto a la posible eficacia de cosa juzgada que presenta la decisión de la declinatoria en sede judicial. Debemos entender que dicha resolución carece de eficacia de cosa juzgada material, tanto en su función positiva, como en la negativa. En consecuencia nada impide que, en un proceso posterior, judicial o arbitral, puedan volverse a discutir aquellas cuestiones que fueron objeto de calificación *incidenter tantum* en la precedente declinatoria, esto es, a los solos efectos de poder decidir sobre el objeto principal de la declinatoria (validez del convenio, arbitrabilidad de la materia, etc.)²⁹.

²⁸ El complejo sistema de recursos previsto en la Ley en materia de arbitraje se nos antoja contradictorio con el propio fundamento en que hunde sus raíces la propia institución arbitral (rapidez, economía, discreción, etc.), en el mismo sentido se pronuncia A. Bernardo San José, *loc cit.*, pp. 128 y 129; R. Verdera Servet, *loc. cit.*, p. 482.

²⁹ Sobre la falta de eficacia de cosa juzgada de los pronunciamientos *incidenter tantum*, *vid.* A. Bernardo San José, *op. cit.*, pp. 129–130; A. De La Oliva Santos, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, *op. cit.*, p. 546.