

El litisconsorcio necesario en el arbitraje

Marien AGUILERA MORALES
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimotercera), nº 10/2008, de 16 de enero de 2008¹ y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), nº 112/2008, de 27 de marzo de 2008² coinciden en ser resoluciones que dan respuesta a sendas acciones de anulación del laudo basadas en una pretendida falta de litisconsorcio necesario en el procedimiento arbitral precedente.

En concreto, los hechos que dan lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona pueden resumirse en el incumplimiento por parte de una misma persona física (Luis) de la obligación de dedicación exclusiva y/o de no competencia establecida en dos contratos vinculados entre sí: uno de alta dirección, suscrito con una determinada mercantil —Xifra Business—; y otro, de inversión, suscrito con Highwrowt y que contenía una cláusula penal para el caso de incumplimiento que obligaba a una segunda mercantil: Xifra Networks. Siendo estos los hechos, Highwrowt solicitó del árbitro y éste acordó en su laudo: (1) La declaración de incumplimiento por parte de Luis de la obligación de dedicación en exclusiva y/o de no competencia contenida en los contratos de alta dirección y de inversión; y (2) La condena de Luis y de Xifra Networks a pagar la cantidad prevista en la cláusula penal prevista en el contrato de inversión más los intereses legales. Tales pronunciamientos llevaron a los condenados a cuestionar la compatibilidad del laudo con el “orden público”, por considerar que este último concepto exigía que aquellos pronunciamientos se hubieran hechos extensivos a Xifra Business y, antes aún, que la demanda se hubiera dirigido también frente a esta entidad. La Audiencia Provincial de Barcelona desestima la acción de nulidad planteada por entender que, para declarar el incumplimiento del contrato de inversión y de alta dirección, no era imprescindible demandar a Xifra Business, toda vez que ni la Ley ni el objeto de la controversia imponían el litisconsorcio pasivo necesario en este caso.

Los hechos de que trae causa la Sentencia de la AP de Madrid también pueden condensarse en un incumplimiento contractual; en este caso, de un contrato de suministro de terminales de telefonía móvil que vinculaba a Mundi-news Comunicaciones, S.L. —suministradora y distribuidora de la proveedora Vodafone España, S.A.— con Limpiezas Iberolum, S.L.—suministrada—. A juicio de esta última, en efecto, Mundi-news y Vodafone habían incumplido sus compromisos al no haber practicado algunos de los descuentos pactados en aquel contrato. En esta consideración promovió solicitud de arbitraje frente a

¹ *Vid. infra*, pp. 262-266.

² *Vid. infra*, pp. 277-280.

ambas mercantiles, que concluyó con un laudo arbitral en que, tras excluir a Vodafone del procedimiento arbitral por considerarla entidad ajena al contrato, condenó a Mundinews. Frente a este laudo, Mundinews —que no había comparecido en el procedimiento arbitral— promovió una acción de nulidad, basada, entre otros motivos, en la contrariedad del laudo con el “orden público” por falta de litisconsorcio pasivo necesario. Como en el caso anterior, la AP de Madrid desestimó tal motivo de nulidad sobre la base, primero, de tratarse de una cuestión no planteada en el procedimiento arbitral, y de entender, segundo, que las condiciones contractuales fueron ofertadas sólo por Mundinews y no por Vodafone.

2. Una visión conjunta de estas dos Sentencias y de los hechos que les anteceden revela paladinamente cuál es el tratamiento que el litisconsorcio necesario recibe en el procedimiento arbitral; una cuestión sobre la que guarda absoluto silencio la LA/2003, que ni menciona la categoría ni alude al más amplio fenómeno de la pluralidad de partes en el arbitraje.

La solución jurisprudencial dada a la cuestión toma como parámetro la LEC/2000 y, en particular, el apartado segundo de su art. 12. Según este precepto, el litisconsorcio es necesario “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos”, de lo que, a su vez se infiere: 1º) que, legalmente, sólo se contempla la figura del litisconsorcio necesario *pasivo*, esto es, aquella que impone que la demanda deba dirigirse *ab initio* frente a varios sujetos; y 2º) que lo que confiere carácter *necesario* a tal clase de litisconsorcio deriva de la tutela que subyace al objeto del pleito y, más en concreto, de los supuestos en que la tutela sólo resulta efectiva si se impetra respecto de todos los titulares de una misma relación jurídica; necesidad unas veces impuesta por la ley (litisconsorcio necesario propio) y, otras, acuñada jurisprudencialmente (litisconsorcio necesario impropio). Atendido esto segundo, parece asistir la razón a cuantos consideran que el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario ni es soslayar el riesgo de que recaigan decisiones contradictorias sobre unos mismos hechos, ni evitar que una decisión desfavorable alcance a quienes no fueron parte del pleito, sino que su *ratio* es esta otra: garantizar que la decisión sobre el fondo del asunto sea útil y eficaz respecto de todos los titulares de una misma relación jurídica, lo que sólo se consigue —apostillamos— si todos ellos son demandados.

Lo anterior sentado, bien se comprende que las Audiencias Provinciales de Barcelona y Madrid rechazaran la pretensión del accionante en torno a la pretendida falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues ni la Ley ni la tutela consistente en la mera declaración de incumplimiento del contrato de alta dirección exigen el litisconsorcio pasivo de las partes contratantes, ni obviamente puede decirse otro tanto respecto de quien ni siquiera tenía la condición de parte del contrato cuyo incumplimiento se denunciaba. La comprensión se torna evidencia si se repara en un aspecto que, aunque omitido en ambas Sentencias, parece más que probable: la no suscripción del convenio arbitral por parte de los pretendidos litisconsortes. Significa esto, dicho con otras palabras, que, cuando del procedimiento arbitral se trata, la regular constitución de la litis no sólo exige

atender a la tutela jurisdiccional instada, sino también a que todos los titulares de la relación jurídica hayan suscrito el correspondiente convenio arbitral.

3. En cuanto a lo que hace, propiamente, al tratamiento de la falta de litisconsorcio necesario, la jurisprudencia también deja entrever cómo, *de facto*, tal tratamiento coincide con el previsto en la LEC (arts. 416.1 3ª y 420). Así, en efecto, la defectuosa constitución de la litis en el procedimiento arbitral puede ser apreciada bien a instancia de la parte “demandada” —que podrá invocar el defecto en su escrito de contestación como excepción, toda vez que su existencia impide entrar en el fondo del asunto—, bien “de oficio” por el árbitro o árbitros.

Y otro tanto sucede con en tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario en el proceso mismo de anulación del laudo arbitral. En este sentido conviene hacer notar que, según constante y reiterada jurisprudencia —y la Sentencia de la AP de Barcelona comentada constituye un buen ejemplo—, la falta de litisconsorcio pasivo necesario comporta la nulidad del laudo arbitral por su incompatibilidad con el orden público (art. 41.1º.f) LA), con lo que a la postre se viene a admitir que, en esta sede, el defecto puede ser apreciado a instancia de parte o incluso de oficio por la propia AP (art. 41.2º.LA). Siendo abundante la literatura jurídica escrita entorno a este motivo, nada diremos aquí sobre él ni sobre la polémica que le rodea. Sí quisieramos llamar, en cambio, la atención sobre un aspecto relacionado con su tratamiento procesal. Nos referimos, concretamente, a los supuestos en que la parte no denuncia la falta de litisconsorcio durante el procedimiento arbitral y se reserva tal alegación para el proceso de anulación del laudo. En tales casos, podría pensarse que el juego de los arts. 6 y 22 LA impide estimar aquella falta; de hecho, así parece sostenerlo la AP de Madrid en la Sentencia comentada. A nuestro juicio, sin embargo, dados los valores que se intentan proteger a través del “orden público” y la aludida facultad judicial de apreciar *ex officio* su vulneración, tal conclusión resulta cuando menos cuestionable.

Régimen de recursos frente a las resoluciones sobre la eficacia excluyente de un convenio arbitral

(Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008)*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

La presente resolución ofrece respuesta —y contundente— a una cuestión de enorme trascendencia práctica, pero que no está clara en la legislación vigente, pues ofrece elementos para sostener dos posiciones diversas: me refiero al

* *Vid. infra*, pp. 276–277.