

ARBITRAJE Y PROCESO JUDICIAL.* INTERFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PROCESO JUDICIAL

José Luis VÁZQUEZ SOTELO

SUMARIO: I. *La institución del arbitraje: "bella durmiente" en el bosque de las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.* II. *Las leyes de Arbitraje de 1953 y 1988.* III. *Jurisdicción y arbitraje.* IV. *La interferencia entre el arbitraje y la jurisdicción bajo la Ley de Arbitraje de 1953.* V. *El problema bajo la vigente Ley de Arbitraje.* VI. *La defectuosa regulación legal se vuelve contra el fin perseguido por el legislador.* VII. *Las cuestiones previas de oposición al arbitraje.* VIII. *La nueva excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.* IX. *Solución que se defiende para la eficacia del pacto arbitral.* X. *Conclusiones.*

En la legislación y en la jurisprudencia española tenemos una rica experiencia sobre el arbitraje, no sólo en su auge y desarrollo sino, especialmente, en sus relaciones con el proceso jurisdiccional. El conocimiento de esa experiencia puede ser de gran utilidad en aquellos países que desean implantar o potenciar el desarrollo del arbitraje como fórmula heterocompositiva de resolución de los conflictos. La falta de armonización entre la actuación de los árbitros y la de los jueces y las graves dificultades o "disfunciones" que con ello se crean es algo que resulta conveniente conocer para que pueda ser evitado en las futuras legislaciones sobre arbitraje. De ahí la utilidad de exponer las dificultades de tales interrelaciones en este Congreso.

I. LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE: "BELLA DURMIENTE" EN EL BOSQUE DE LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855 Y 1881

1. El arbitraje es una institución conocida históricamente en las leyes procesales españolas. En los manuales de derecho civil se estudia el de compromiso, como pacto generador del arbitraje. Y en las obras sobre la materia procesal ya se estudiaba el llamado "juicio de árbitros o avenidores".

Ya la Constitución de Cádiz de 1812 (icuanado estaba tan distante la masificación de procedimientos judiciales propia de nuestros días!) recomendaba que los conflictos pudiesen dilucidarse no sólo acudiendo a los jueces y

* Ponencia.

tribunales sino también al juicio de árbitros. El artículo 280 estableció: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. El artículo 281 añadía: “La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar”. La Constitución favorecía también la “conciliación”, encomendando el oficio de conciliador al alcalde de cada pueblo e imponiendo la necesidad de intentar la conciliación como trámite previo a toda acción judicial (artículos 282-284).

El Reglamento para la Administración de Justicia, de 1837, desarrolló aquellos preceptos de la Constitución doceañista, que pasaron a la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1851 y a la vigente de 1881, actualizando una tradición procesal ya consagrada en la partida IIIa.

2. La recepción del arbitraje en las dos leyes de Enjuiciamiento Civil del siglo XIX se hizo bajo el planteamiento de concebir el procedimiento arbitral como un juicio, uno más en el bosque de procedimientos judiciales que todavía subsiste en la actualidad a pesar que desde hace muchos años la doctrina viene clamando contra la innecesaria “proliferación de procedimientos civiles” solicitando su reducción.

Para los más eminentes tratadistas de procedimientos judiciales del siglo XIX el arbitraje era un juicio y de ahí su inclusión entre los diferentes juicios de las leyes de enjuiciamiento civil. Los autores discrepaban después acerca de si los árbitros eran verdaderos jueces, aunque el debate científico que en nuestro siglo se planteó en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje no se encuentra ni siquiera intuida en las exposiciones de los autores decimonónicos, incluso de los más prestigiados.

En una de las obras de práctica forense de mayor difusión se decía:¹

Los árbitros son jueces que nombran las partes espontáneamente para conocer y decidir los negocios sobre los que disputan. Se dividen en árbitros de derecho, que se llaman arbitadores, y árbitros de hecho, que suelen llamarse amigables omponedores. Los primeros deben oír y sentenciar el pleito o negocio que se les confía, con arreglo a derecho, del mismo modo que los demás jueces; los segundos pueden decidirlo lisa y llanamente, sin atender al orden y formalidades del derecho.

El pasaje transcrito expresa con gran rotundidad la configuración judicialista del arbitraje, entendido como un juicio, dado por árbitros que oyen y sentencian el pleito, bien con arreglo a derecho o bien lisa y llanamente (expresión inexacta porque no traduce una decisión según los antiguos fueros de albedrío sino según equidad).

1 *El libro de los jueces, escribanos, abogados y procuradores (conforme a la legislación y práctica vigentes y al Reglamento de los Juzgados)*, Barcelona, 1845, p. 21.

En una de las obras más notables del pasado siglo, sus ilustres autores Gómez de la Serna y Montalbán² afirman que los árbitros “sin ser propiamente jueces, puesto que no están revestidos de autoridad pública, dimanando su cargo exclusivamente de la voluntad de los particulares”. Reconocen los citados autores que el arbitraje había tenido ya entonces un importante auge, especialmente tras ser favorecido por los preceptos de la Constitución de Cádiz de 1812, y aunque no dejan de ver en ello “una implícita censura” a la organización de los tribunales o a la de los procedimientos (por la rivalidad que el arbitraje supone frente a la tutela judicial del Estado) no pueden menos de reconocerlo como “un medio pacífico, pronto, sencillo y económico de terminar las diferencias de los particulares y de evitar las duras consecuencias de un debate judicial.

Estos autores mantienen la distinción entre árbitros de derecho y de hecho, procedente de las Leyes de Partidas (Ley 23, título IV, part. III) reservando el nombre de árbitros para los de derecho y el de arbitradores o más gráficamente amigables componedores para los segundos. Mientras los árbitros de derecho han de seguir los trámites del juicio arbitral y fundar su resolución en normas de derecho civil o mercantil como haría el juez, los amigables componedores “fallan sólo por la verdad sabida y buena fe guardada y sin sujetarse a las fórmulas ni a las leyes de tramitación”.³

Caravantes, el más reputado tratadista del siglo XIX, en su famoso Tratado,⁴ dedica todo un título al juicio arbitral, que define como “la discusión del negocio controvertido entre partes ante dos o más personas privadas a quienes aquéllas lo sometían para su decisión por consentimiento mutuo”. Tras recordar la etimología y los significados de la expresión árbitro, distingue entre arbitraje voluntario y forzoso, y también entre arbitraje jurídico o de derecho y de amigable composición, a base del ya conocido criterio de tener que actuar y resolver los árbitros de derecho según las estrictas normas jurídicas de aplicación, al igual que haría un juez del Estado, y los amigables componedores según su leal saber y entender o según su albedrío (de ahí el nombre de albedriadores o “arbitradores” con que también se les designaba).⁵

Esta doctrina era unánimemente seguida como puede verse en los diccionarios jurídicos de la época, continuando la tradición de la ya citada Ley 23, título 4, partida IIIa.⁶

2 Gómez de la Serna, Pedro y Juan Manuel Montalbán, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, 3a. ed., Madrid, 1861, t. II, pp. 306 y ss.

3 *Idem*, p. 308.

4 Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, t. II, pp. 469 y ss.

5 Dos extensos títulos dedica Caravantes al estudio de esta materia: el primero (t. IV, t. II) al *juicio arbitral* propiamente dicho, de los árbitros de derecho; el segundo al *juicio de los amigables componedores* o árbitros de albedrío: pp. 470 y ss.).

6 Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de jurisprudencia y legislación*, Madrid, 1858, t. I, p. 327.

3. La primera Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1855, reguló el juicio arbitral dentro de la jurisdicción contenciosa (artículos 770 y ss.) sobre la base de la distinción doctrinal entre arbitraje voluntario y forzoso, de una parte, y de arbitraje jurídico o de derecho y amigable composición, por otro, como puede verse en los comentarios de Manresa y Reus a aquella ley.⁷

Estos comentaristas señalan que los árbitros “aunque deben su nombramiento a un acto privado, cual es la elección por los litigantes, [...] tienen por ministerio de la ley verdadera jurisdicción para conocer del negocio sometido a su fallo; por eso nuestras leyes han dado siempre el nombre de jueces y se han declarado aplicables a los mismos las disposiciones relativas a los delitos de prevaricación, cohecho y exacciones ilegales”.⁸

4. La Ley de Enjuiciamiento Civil vigente de 1881, continuó aquel planteamiento doctrinal. Incluyó el arbitraje dentro de su libro II, destinado a la jurisdicción contenciosa, como un verdadero juicio, sometido a normas jurídicas, sólo que emitido no por un juez del Estado sino por un árbitro como juez elegido por las partes para resolver la contienda pendiente.

La vigente LEC dedicó a la regulación de la materia todo el título V del libro II (artículos 790 a 893), dividido en dos secciones, la primera dedicada al juicio arbitral (artículos 790 a 826) y la segunda al juicio de amigables componedores (artículos 827 a 839).

La LEC consolidó la concepción judicial del arbitraje así como la distinción tradicional entre árbitros de derecho y amigables componedores. En los arbitrajes de derecho la LEC llama a los árbitros jueces árbitros para decidir cuestiones litigiosas, exigiendo reuniesen la cualidad de letrado además de la plena capacidad jurídica y edad superior a veinticinco años (artículo 790). La decisión arbitral en el arbitraje de derecho se denomina sentencia arbitral y no laudo (artículo 816). El procedimiento arbitral reproduce el procedimiento de un juicio declarativo, con defensas y excepciones, recibimiento a prueba, práctica de prueba, diligencias para mejor proveer y decisión (artículos 809 a 816). El juicio de amigables componedores, como juicio de equidad, se simplifica y la sentencia debía dictarse ante notario (artículo 835).

II. LAS LEYES DE ARBITRAJE DE 1953 Y 1988

1. La regulación del arbitraje en nuestras leyes de enjuiciamiento civil decimonónicas, con un planteamiento netamente jurisdiccional del arbitraje, parecería reflejar un arbitraje vigoroso, con gran difusión social como equivalente jurisdiccional, según la expresión acuñada por Carnelutti, para la

⁷ Manresa-Reus, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Madrid, 1861, t. IV, pp. 1 y ss.

⁸ *Idem*, p. 3.

resolución de conflictos. Y, sin embargo, nada más lejos de la realidad. El arbitraje puede decirse que fue una “bella durmiente” en el frondosísimo bosque de procedimientos judiciales civiles (muchos innecesarios) incorporados a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Fue necesario esperar a que en 1953 se sintiese la necesidad de promulgar una ley especial reguladora de los arbitrajes de derecho privado para intentar que la institución del arbitraje tuviese mayor posibilidad de proyección social.

La Ley de Arbitraje de 1953 —clara y directamente inspirada por el maestro del derecho procesal español profesor Guasp— cambió aquella concepción tradicional del arbitraje, sustituyéndola por la visión no jurisdiccional, excluyendo el arbitraje del mundo del derecho procesal. Ahora la filosofía del legislador fue la siguiente: “los árbitros no son jueces, [...] el laudo arbitral no es una sentencia”; lo único que hay en común entre el arbitraje y la actuación jurisdiccional es que en ambos casos existe “un procedimiento”; pero el procedimiento arbitral no es un proceso jurisdiccional.⁹

Esta ley tomó como dato metodológico la distinción entre compromiso (base del arbitraje) y cláusula compromisoria (precontrato o contrato preparatorio del compromiso). La intervención judicial estaba especialmente prevista para formalizar judicialmente el compromiso cuando llegado el momento uno de los que habían estipulado la cláusula se negaba a otorgar el compromiso (en cuyo caso el otro contratante podía solicitar al juez que procediese a su formalización judicial supliendo la voluntad remisa del contratante).

Como ahora veremos, la Ley de Arbitraje de 1953, no tardó en descubrir sus deficiencias. Su “talón de Aquiles” se descubrió en las interferencias entre el procedimiento arbitral y el jurisdiccional, precisamente en ese procedimiento de formalización judicial del compromiso que era acaso la más importante aportación de la nueva ley.

2. La Ley de Arbitraje vigente —Ley del 5 de diciembre de 1988— ha supuesto grandes adelantos frente a la anterior en orden a la difusión social y al fortalecimiento del arbitraje como instrumento de solución de conflictos.

Toda la ley va dirigida a fortalecer y facilitar el uso social del arbitraje. Para vigorizarlo, con buen criterio, habla sólo del pacto arbitral, para cuya existencia apenas exige requisitos formales, prescindiendo por completo de aquella académica distinción entre compromiso y cláusula compromisoria convertida en una de las coordenadas de la anterior regulación.

Otra aportación importante de la nueva ley ha sido reconocer expresamente el arbitraje institucional, realizado por tribunales arbitrales creados y organizados en determinadas instituciones y corporaciones (colegios profe-

9 Guasp, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, 1956. Es una monografía fundamental para conocer los principios inspiradores de la nueva ley que en su momento sirvió como curso monográfico de estudios del doctorado impartido por el autor.

sionales, cámaras de comercio, etcétera) y que al estar establecidos de antemano parecen rivalizar con los jueces y tribunales de justicia que el Estado tiene a su vez preconstituídos.

Pero la nueva y vigente Ley de Arbitraje ha vuelto a caer en el mismo mal de su antecesora: no ha sabido regular eficazmente el problema de las interferencias entre el procedimiento arbitral y el proceso judicial cuando la discordia entre las partes lleva a que mientras una acude al árbitro la otra lo hace al juez.

III. JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE

1. *Arbitraje y tutela judicial*

a) La sumisión de un conflicto a la decisión de árbitros es, en España y en los últimos años, cada vez más frecuente. Concurren las mismas razones que en siglos pasados hicieron que en las Lonjas y Consulados de muchas ciudades con importante comercio los mercaderes supiesen encontrar fórmulas compositivas para solucionar sus diferencias por procedimientos que les librasen de los lentos y costosos procesos judiciales.

Asistimos hoy al auge del arbitraje, el cual se desarrolla especialmente en aquel tipo de relaciones jurídicas y comerciales (internas o internacionales) que exigen soluciones dentro de plazos no ya razonables sino rápidos.

Es más, asistimos a la implantación del arbitraje institucional, de manera que a la forma tradicional de nacer el arbitraje, a base de un compromiso de los contratantes designando quiénes han de ser árbitros, se ha unido el de los tribunales arbitrales preestablecidos, a quienes los contratantes se comprometen a encomendar la designación del árbitro o árbitros y todo el procedimiento arbitral.

Es indudable que mediante el arbitraje se compone un conflicto y se define lo que es justo en el caso concreto, realizándose la impartición de la justicia de un modo equivalente al de los juzgados y tribunales. Que el árbitro no sea un profesional que ejerza habitualmente el arbitraje como un oficio, a semejanza del juez; que no forme parte de una carrera como los funcionarios judiciales; que su decisión no reciba el nombre de sentencia sino de laudo, son diferencias que median entre el árbitro y el juez y entre el procedimiento arbitral y el procedimiento judicial, pero que no afectan a la esencia de la función de arbitrar que si atendemos no a lo que los árbitros son sino a lo que hacen, inevitablemente se confunde con la función judicial.

Se comprende que desde la perspectiva de la tutela judicial del Estado la difusión del arbitraje pueda recibir críticas por cuanto rivaliza con la

praeformata tutela jurisdiccional del Estado, como algo inherente a su soberanía. Ya el Fuero Viejo de Castilla decía que la justicia era una de las cuatro cosas que el soberano no podía apartar de sí, porque eran definidoras de su condición. Y dentro de la crítica al arbitraje se comprende especialmente la que se dirige al arbitraje institucional, al tratarse de corporaciones, instituciones o tribunales preestablecidos a semejanza de la organización jurisdiccional estatal. En alguna medida hay que reconocer que el arbitraje institucional supone una huida o excepción y rivaliza con el principio del monopolio jurisdiccional del Estado.

b) Pero cuando vemos que el Estado, en nuestros días, se lamenta constantemente de la sobrecarga de trabajo que pesa sobre sus órganos. Cuando vemos que pese a la sucesiva multiplicación de órganos jurisdiccionales no se ha resuelto el problema de la lentitud de los procedimientos judiciales. Cuando en la legislación española, el legislador ha tenido que acudir a infinidad de expedientes nada acordes con los buenos principios procesales para tratar de paliar la excesiva carga de trabajo, como *verbi gratia* sustituir en muchos procedimientos la tradicional segunda instancia por apelaciones escritas, pretendiendo que en lugar de constituirse la audiencia actúe un solo magistrado. Cuando los trámites previstos como orales (como las comparecencias previas en los juicios de menos cuantía) no son atendidos por los jueces bajo la disculpa del excesivo trabajo. Y cuando las últimas reformas urgentes han acudido primero a la despenalización de no pocos hechos antes considerados ilícitos que, aunque se haya fundado en principios del derecho penal moderno ha tenido como razón la reducción de asuntos en los órganos penales. Cuando en asuntos penales, se acude en las modernas leyes al expediente de favorecer las fórmulas compositivas a pesar de estar directamente implicados los intereses públicos (la “conformidad”, la “rebaja de la pena aceptada”, las modalidades del *patteggiamento*, la *plea bargaining*, etcétera.). Cuando ha habido que agravar los presupuestos de admisibilidad de los recursos, especialmente el de casación, aumentando las cuantías y los depósitos a constituir, entre otras medidas. Y cuando, últimamente, se ha acudido a la llamada desjudicialización de algunos trámites y actos del proceso, especialmente en la ejecución, estamos asistiendo al reconocimiento y confesión pública del legislador de que es incapaz de disponer de la justicia ágil, puntual y efectiva que prometió la Constitución de 1978.

En esas circunstancias, al menos *rebus sic stantibus*, no es válida la crítica contra las soluciones alternativas que brinda la institución del arbitraje para la resolución de los conflictos disponibles dados los intereses particulares en juego. El arbitraje, en el contexto descrito, ofrece a la justicia del Estado la ayuda que éste le está reclamando.

2. *Manifestaciones de la cooperación entre la jurisdicción y el arbitraje*

El arbitraje no supone una ruptura total o una total desconexión con el sistema procesal del Estado, garantizado para todos por la Constitución.

Por el contrario, el arbitraje se presenta como una institución tutelada por la justicia estatal. Esto queda muy claro en la nueva Ley de Arbitraje, donde están previstos múltiples supuestos de colaboración con los árbitros por parte de los juzgados y tribunales.

a) Como a los árbitros no se les reconoce potestad (al menos la potestad coercitiva) necesitan recabar la ayuda jurisdiccional para practicar cualquier medida que suponga una coerción o interdicción de los derechos cívicos constitucionales.

Para la práctica de ciertas pruebas, la LA prevé expresamente que los árbitros podrán solicitar el auxilio del juez de primera instancia (artículo 27) debiendo el juez practicar bajo su exclusiva dirección, si se lo pide el árbitro la prueba solicitada, entregando testimonio de las actuaciones (artículo 43), salvo que la prueba que se solicite sea contraria a las leyes, en cuyo caso los jueces denegarán el auxilio solicitado por el árbitro (artículo 44).

b) La Ley de Arbitraje (LA) destina todo un largo pasaje (en el título VI, artículos 38 a 44) a regular la intervención jurisdiccional, necesaria para realizar el nombramiento de los árbitros cuando las partes no se ponen de acuerdo en su designación (nombramiento que también puede realizar el tribunal arbitral cuando las partes así se lo encomiendan).

c) La LA regula la Ejecución forzosa del laudo (título VIII, artículos 52 a 55) y la ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros (título IX, artículos 56 a 59), en cuya ejecución intervienen los tribunales del Estado (artículos 56 y 57), siguiéndose los trámites establecidos para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (artículo 58).

d) Para la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del laudo dictado, ha de intervenir el juez de primera instancia que fuere competente, al cual corresponde señalar los afianzamientos que resulten oportunos y resolverá sobre la procedencia de las medidas asegurativas (artículo 50).

3. *El control jurisdiccional del arbitraje*

La LA regula también el mecanismo de control jurisdiccional del arbitraje.

La LA vigente ha suprimido el control por medio de los específicos recursos de casación establecidos por la derogada LA de 1953, sustituyéndolos por el recurso de anulación del cual corresponde conocer a la Audiencia Provincial correspondiente (artículos 45 a 51).

Toda esta regulación de la LA no hace sino demostrar que no hay incompatibilidad entre el derecho a la tutela judicial establecido en la Constitución y el juicio arbitral o sumisión de determinadas cuestiones disponibles a la decisión arbitral.

4. *Vinculación del arbitraje al proceso judicial a través de los principios procesales fundamentales*

La propia LA al establecer dentro de un sistema de flexibilidad de formas en el procedimiento arbitral que se habrán de respetar las exigencias mínimas que la propia LA denomina “principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes” (artículo 21.1), no hace sino remitirse a esos principios jurídico-naturales de todo proceso o enjuiciamiento establecidas y salvaguardadas precisamente por la CE (artículo 24.1 y 2), por donde el enlace entre el arbitraje y la “tutela constitucional” es indudable.

Sin necesidad de entrar en cuestiones más puntuales, como si sería válido el pacto de renunciar (anticipadamente) a la impugnación del laudo que se dicte o si sería impugnabile ante la jurisdicción el laudo que realice una aplicación errónea, podemos concluir afirmando que entre la jurisdicción y el arbitraje existen múltiples puntos de conexión a que hemos hecho referencia, establecida a base de mecanismos de auxilio en el procedimiento arbitral y para la ejecución del laudo, así como en la existencia de mecanismos de fiscalización o control del procedimiento y de la función arbitral y especialmente sobre la validez final del laudo. Todo lo cual articula el arbitraje con el derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos proclamado y protegido por la ley fundamental.

5. *La laguna observada en la tutela cautelar del arbitraje*

Un punto de conexión tan evidente como necesario entre el arbitraje y la organización jurisdiccional del Estado se encuentra en la tutela cautelar del arbitraje.

El artículo 50.1, de la vigente LA dispone que si el laudo es impugnado ante los tribunales (Audiencia Provincial) la parte a quien interese podrá solicitar del juez de primera instancia competente la adopción de medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcance firmeza. El artículo regula con sencillez el procedimiento que debe seguirse, el afianzamiento que el juez podrá señalar, como se formulará la petición y como debe resolver el juez, disponiendo finalmente que las medidas cautelares se mantendrán hasta la resolución del recurso de anulación.

La necesaria vinculación entre el arbitraje y la jurisdicción se refleja en este punto con evidencia. Sólo que es también en este punto donde se ha observado una insuficiente previsión legal.

El artículo 50.1, contempla sólo el supuesto de que se haya dictado el laudo y de que éste haya sido impugnado como el idóneo para la adopción de las medidas cautelares. No prevé la posibilidad de adoptar medidas asegurativas en general, sin esperar a la emisión del laudo sino precisamente para cautelar la situación jurídica hasta que se pronuncie, evitando las consecuencias del *periculum in mora* que pueden afectar por igual al proceso judicial que al procedimiento arbitral.

Alguna vez los juzgados o audiencias han sido favorables a facilitar la cautela más allá del supuesto específicamente contemplado en el artículo 50.1, LA. Pero es más frecuente la interpretación restrictiva del precepto y sin duda es ese temor a la aplicación restrictiva del precepto y a las dificultades para cautelar la situación que puede producirse una de las causas que a veces aconseja huir del arbitraje. Un reforzamiento de su uso social aconsejaría una renovación a fondo de esta materia permitiendo la adopción de cautelas de acuerdo con los mismos criterios del proceso judicial.

6. *Situación de conflicto entre procedimiento arbitral y proceso jurisdiccional*

a) Ahora bien, esa vinculación entre el arbitraje y la jurisdicción, que normalmente debe considerarse en situación de cooperación y así es deseable, puede también derivar hacia situaciones de conflicto.

No sólo teóricamente es posible sino que la realidad enseña que siempre ha sido frecuente que quienes gustosamente suscribieron una cláusula o pacto arbitral previendo la resolución de futuras controversias, cuando llega el momento de hacerlo realidad alguna de las partes comprometidas no quiera pasar por el arbitraje y trate de huir de él. Como el conflicto habrá de tener siempre una solución y existe el derecho cívico de dirigirse a los tribunales mediante la interposición de la acción, si no se acepta la decisión arbitral la única salida posible es la de la vía jurisdiccional.

La dificultad estriba en que una de las partes trata de hacer efectivo el pacto arbitral al tiempo que la otra parte trata de huir de él acudiendo al proceso jurisdiccional. He ahí el problema.

El problema es de fácil enunciado. Consiste en saber como se establece la preferencia entre la vía arbitral y la vía jurisdiccional. Y qué mecanismos habrán de ser empleados para hacer valer el pacto arbitral o para oponerse a él y reclamar su ineficacia.

Una buena ley de arbitraje debería haber contemplado con mucha atención, con gran minuciosidad, esta situación de conflicto que puede conducir tanto a una inadmisibles vulneración de la tutela jurisdiccional como a dejar

una puerta abierta que conduzca fácilmente a la inutilidad del arbitraje, en contra precisamente de lo querido por el legislador al facilitar y potenciar el desarrollo del arbitraje.

Lamentablemente ni la LA de 1953 ni la LA de 1988 (a pesar de los ilustres juristas y procesalistas que intervinieron en su redactado) han sabido afinar adecuadamente los mecanismos procesales que garantizasen eficazmente la validez y la operatividad del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional.

Si se lee la letra de la ley, tanto la del artículo 19 de la LA de 1953 como la del artículo 11 de la nueva y vigente LA todo parece regulado a la perfección y ningún problema debería surgir.

b) El artículo 19 de la LA 1953 decía:

El otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquéllos procedimientos que admitan defensas de esta clase.

A su vez, este precepto se completaba con el del artículo 11, relativo a los efectos del precontrato de arbitraje o cláusula arbitral. “Si el compromiso no se hubiere formalizado voluntariamente o judicialmente, el contrato preliminar quedará sin efecto. Pero formalizado el contrato o pendiente de formalización judicial, el compromiso surtirá todos los efectos que le están atribuidos por esta Ley”.

Pronto veremos la importancia jurídica que puede tener no ya uno de los adjetivos a que tan dado es el legislador sino un simple adverbio. Ya dijo con fina ironía el dramaturgo Benavente que “una coma, según donde vaya colocada, puede hacer cambiar el alcance jurídico de la frase y convertirse en todo un oráculo de Jurisprudencia”. En este caso la trascendencia de las locuciones formalizado y sobre todo pendiente de formalización sirvieron para que la práctica y la clínica procesal encontrasen muy pronto el agujero, el portillo abierto, para hacer saltar la validez de la cláusula arbitral que el legislador no supo advertir.

c) Y si ahora leemos el artículo 11 de la ley vigente, debemos creer que la validez del pacto arbitral quedo atado y bien atado. No en balde el legislador contaba con la experiencia bajo la LA de 1953.

Dice el artículo 11

1: 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 la oportuna excepción. 2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado,

quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

Varios son los defectos que desde el punto de la técnica jurídico-procesal hay que hacer a la redacción de este precepto crucial para la eficacia del juicio arbitral. El precepto no dice ahora que la excepción que debe invocarse tenga carácter previo y pueda ser utilizada como defensa previa, como decía la ley antigua. Y conmina con la sanción de que, el demandado que después de personado en el juicio (jurisdiccional) realice cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la excepción (de sumisión a arbitraje), se entiende que tácitamente ha renunciado al arbitraje y queda sometido a las consecuencias del proceso incoado por la otra parte contratante.

Veamos este problema con algo más de detenimiento.

IV. LA INTERFERENCIA ENTRE EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN BAJO LA LEY DE ARBITRAJE DE 1953

1. *La fundamental distinción entre cláusula y compromiso*

La LA de 1953 tomaba como punto de arranque en su regulación la distinción entre lo que sólo era un contrato preparatorio de la sumisión a arbitraje y el verdadero contrato de compromiso, fuente directa del poder jurídico de los árbitros.

El contrato preparatorio pertenecía a la categoría científica, muy en boga en este siglo, de los precontratos (el *Vorvertrag* tan estudiado por Ennecerus y entre nosotros por notables civilistas: los traductores y comentaristas del gran tratado alemán, singularmente en este punto el profesor Auger y más tarde por el gran civilista español Castro y Bravo). Sólo que Guasp cuidó mucho de dejar establecido que del incumplimiento de ese precontrato de arbitraje no iba a nacer sólo una acción de daños y perjuicios sino que nacería una acción procesal específica para obligar a la otra parte precisamente al cumplimiento de lo pactado, es decir, al sometimiento al arbitraje. Y el profesor Guasp en su citada monografía sobre la Ley de Arbitraje (que en realidad fue todo un magnífico curso de doctorado que él impartió por entonces en la facultad de derecho de la Universidad Complutense) se hace eco de aquélla polémica sostenida en la doctrina italiana sobre las consecuencias jurídicas y procesales que deben derivarse de un contrato preparatorio, limitadas por unos al simple resarcimiento de los perjuicios y que otros llevaban hasta exigir el cumplimiento específico de lo

pactado, no el simple *id quod interest*. Un debate doctrinal sobre la tutela jurisdiccional de los contratos preparatorios (susceptibles de ser cumplidos coercitivamente en forma específica: las condenas a la emisión de una declaración de voluntad) donde los procesalistas derrotaron a los civilistas, tal como hoy ya no es posible dudar.

La diferencia entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso se reflejaba en el grado de exigencia de requisitos de capacidad y en las exigencias formales y trascendía al elemento de la fijación del objeto del posible (y futuro) arbitraje. En la cláusula era suficiente una fijación de principio de la relación jurídica singular aunque no contuviera la descripción del “tema controvertido que se sometería a la decisión arbitral” (artículo 8o. de la LA 1953). Y esta cláusula preparatoria del arbitraje podía incorporarse a un pacto principal o como estipulación accesoria (artículo 6o.).

Por el contrario, el arbitraje habría de comprometerse “siempre por contrato y en forma de escritura pública, a no ser que se instituyera por disposición testamentaria” (artículo 5o.). Y “la escritura pública de compromiso” habría de contener los requisitos que enumeraba el artículo 17.

2. *Consecuencias de la distinción en orden a los efectos*

La distinción entre cláusula y compromiso arbitral, con perfiles doctrinales tan bien definidos en la LA, se traducía también en sus efectos, que no podían ser idénticos.

La cláusula tenía fuerza de obligar, tal como decía expresamente el artículo 9o.: “Los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, y en particular a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido”. Y para el caso de que alguna de las partes se negare a colaborar o actuare de modo que imposibilitare el otorgamiento del compromiso, se abría para la otra parte el derecho de acción, pudiendo dirigirse al juez pidiendo la formalización judicial del compromiso, en sustitución de la formalización voluntaria que no resultaba posible por la actitud de la contraparte. La LA para el caso de incumplimiento, lejos de contentarse con la sanción del resarcimiento de daños y perjuicios, estableció el cumplimiento específico del contrato preliminar de arbitraje mediante el otorgamiento judicial del mismo, en el procedimiento de formalización, ante la actitud rebelde de la contraparte.

El sistema diseñado por la LA de 1953 era perfecto o al menos eso parecía en teoría. Quien había suscrito lo que hoy se llama un pacto arbitral, aunque sólo fuese preliminar, mediante una cláusula preparatoria del compromiso, si llegado el momento de requerir la actuación arbitral se encontraba con la falta de colaboración de la otra parte, se le abría la puerta de

la tutela judicial mediante la acción para incoar el procedimiento de formalización judicial del compromiso, que se regulaba en el artículo 10. Por vía voluntaria o por medio de acción judicial la parte que quería hacer cumplir la cláusula podía llegar siempre al otorgamiento del compromiso del cual nacería el arbitraje perfecto, con todos los requisitos y menciones e incluso con los árbitros nombrados y el tema a decidir delimitado. Y en caso de falta de colaboración de la contraparte, mientras se acudía al juez solicitándole la formalización judicial del compromiso se producía el bloqueo de la jurisdicción para poder conocer del asunto.

El sistema, por lo tanto, era perfecto e incluso de una pureza conceptual irreprochable, como la que caracterizaba todas las creaciones doctrinales del eminente maestro Guasp, tan preocupado siempre por la armonía, el equilibrio y la belleza en las construcciones doctrinales.

3. *Vulnerabilidad del convenio arbitral*

Las instituciones procesales se caracterizan por pertenecer a un derecho dinámico. Esto ya lo puso de manifiesto, de modo insuperable, el gran procesalista Goldschmidt cuando en su famosa obra sobre el proceso como situación jurídica enfrentaba el derecho estático al derecho dinámico. El proceso es una maquinaria muy compleja. Puede compararse con un mecanismo de relojería o con un tablero de ajedrez. No hay como someter las instituciones y los preceptos procesales al banco de pruebas que es su funcionamiento práctico para llegar a saber con exactitud lo que son. Con frecuencia al funcionar se alejan bastante de lo que el legislador quiso y más de una vez, como dijo Ihering, la institución o el requisito contemplado por el legislador, una vez creado, se vuelve contra el mismo fin para el que se estableció.

Los clínicos del proceso descubrieron el agujero o falla que tenía la regulación de la LA de 1953. El artículo 11 establecía la necesidad de otorgar el compromiso o de proceder a la formalización judicial de la cláusula, porque en otro caso el contrato preliminar quedaría sin efecto. Y añadía: pero formalizado el contrato o pendiente de formalización judicial, el compromiso surtiría todos los efectos, entre ellos el de impedir a los jueces y tribunales conocer de la cuestión sometida a arbitraje.

Para ello era preciso que el compromiso, cuando no se quería otorgar la escritura, estuviese formalizándose o, como decía la ley, pendiente de formalización.

Y sucedía que lo más frecuente no era el otorgamiento del compromiso sino la estipulación de la cláusula preliminar de arbitraje, incluida en un contrato al estilo de otras previsiones como el *pactum* de foro prorrogando.

Es lo que se hace cuando sólo se quiere dejar prevista la hipótesis de una controversia que aún no se vislumbra.

Llegado el momento, la parte que quiere otorgar el compromiso tenía que dirigirse a la otra requiriéndole notarialmente para proceder a la firma de la escritura pública. Era entonces cuando el contratante requerido acudía a un abogado y acaso le exponía su deseo de no proceder al arbitraje. Frecuentemente podría ser el deseo de no tener que pagar, al menos por el momento, cuando no la mala fe, acompañan a estas actitudes. Si el abogado era experto en la materia ya sabía lo que tenía que hacer si quería dejar inutilizada la cláusula compromisoria. Todo lo que tenía que hacer era adelantarse él con su demanda ante el juez, de modo que cuando el demandado (que era el contratante que le había requerido) fuese emplazado no pudiese invocar eficazmente todavía el mecanismo del artículo 11. Porque tenía que contestar a la demanda e invocar la excepción de compromiso cuando aún no había compromiso (porque no se había otorgado la escritura) y tampoco existía formalización judicial del mismo, dado que la contraparte, al sospechar el requerimiento o tras recibirlo, se había adelantado con su demanda. No hallándose la cláusula compromisoria pendiente de formalización la excepción no podía ser invocada y de este modo, hábilmente descubierto y utilizado por los operadores procesales el portillo para eludir el arbitraje inicialmente convenido, era fácil hacer saltar las cláusulas preliminares del arbitraje que llegado el momento no se deseaba otorgar.

V. EL PROBLEMA BAJO LA VIGENTE LEY DE ARBITRAJE

1. *Supresión de la distinción entre cláusula y compromiso. Su sustitución por el convenio arbitral*

Conociendo esa experiencia, la nueva LA de 1988 explica en su exposición de motivos:

Se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso... Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes... obligado a exigir la formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes.

En su lugar la nueva LA parte del convenio arbitral como instrumento en el que se plasma el derecho de las personas para solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición.

El convenio arbitral se ha flexibilizado mucho en todos los órdenes. Ante todo en cuanto a los requisitos formales, prácticamente reducidos a la forma escrita (artículo 6.1) sino también en cuanto a los demás extremos:

deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión (artículo 5.1).

El ámbito del convenio arbitral es ahora muy amplio. No es necesario que la cuestión litigiosa haya surgido realmente porque tanto se admite respecto de cuestiones presentes como futuras (surgidas o que puedan surgir dice la ley) y sean o no contractuales.

La designación de los árbitros también se facilita al permitir conferir su designación a un tercero (como es habitual si se opta por el arbitraje institucional).

Los pasos adelante que ha dado la nueva ley, para potenciar el arbitraje, han sido indudables. La institución del arbitraje, por estas y otras razones (entre las cuales no hay que olvidar la facilitación del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales) ha salido renovada y reforzada.

2. *Los efectos del convenio arbitral*

La consecuencia de la refundición de la cláusula y del contrato de compromiso en la única institución del “convenio arbitral” (artículo 6.1) ha llevado al legislador, lógicamente, a atribuir a la nueva figura los efectos que antes se reconocían a las dos existentes en la ley derogada.

Los problemas pueden suscitarse en un doble marco: o en el campo del procedimiento arbitral o en el campo del proceso jurisdiccional. Al primer grupo de problemas dedica la ley el artículo 23. Al segundo dedica el artículo 11 que es, con mucho, el que más dificultades suscita.

3. *Las cuestiones o excepciones previas en el proceso jurisdiccional y en el procedimiento arbitral*

Por lo que se refiere al primer supuesto dispone ahora el artículo 11 de la vigente LA:

“1. 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 la oportuna excepción”.

Y añade en el número siguiente:

2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, la regulación del artículo 11 se completa con la del artículo 23, que dispone ahora:

1. La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales.

2. Si los árbitros estimaren la oposición planteada [...] quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales [...] sin que quepa recurso contra la decisión arbitral. Si la decisión arbitral es desestimatoria [...] podrá impugnarse [...] cuando se solicite la anulación judicial del laudo.

3. En todo caso, la falta de competencia objetiva de los árbitros podrá ser apreciada de oficio por éstos aunque no hubiere sido invocada por las partes.

El régimen jurídico se completa con el artículo 45 que establece las causas por las cuales podrá anularse el laudo arbitral, que incluye en el número 1 el supuesto de que el convenio arbitral fuese nulo (y debería añadirse inexistente o caducado, para guardar la misma terminología empleada en el artículo 23).

VI. LA DEFECTUOSA REGULACIÓN LEGAL SE VUELVE CONTRA EL FIN PERSEGUIDO POR EL LEGISLADOR

Con la regulación de los artículos 11 y 23 la nueva Ley de Arbitraje ha creído dejar resueltas las graves dificultades que ya se habían planteado bajo la ley derogada y que acusaron pronto los ocultos puntos vulnerables de la ley. Pero el legislador ha vuelto a confiar en exceso en sus buenas intenciones y en sus palabras y en los años de vigencia transcurridos ya se han visto, en la teoría y en la práctica, las insatisfactorias consecuencias a que el sistema de la ley puede llevar. Consecuencias que pueden traducirse, según cual sea la hermenéutica y la aplicación de la ley, en la frustración del procedimiento arbitral.

Puede afirmarse que la regulación hecha para cuando se formule oposición al procedimiento arbitral, fundada en los motivos concretos que se enumeran, de la que conocen y sobre la que resuelven los propios árbitros con la posibilidad de impugnar finalmente la validez del laudo, es una regulación correcta. Satisface la garantía jurisdiccional última a que tienen de-

recho los contratantes que se sometieron al arbitraje y satisface las exigencias de la institución arbitral que no debe encaminarse a la inutilidad y a la frustración.

En cambio, no se puede decir lo mismo en orden a la regulación que contiene el artículo 11 para los supuestos, que podrán ser frecuentes, en que interpuesta la demanda del juicio declarativo pretenda el demandante impedir la actuación jurisdiccional por existir un convenio arbitral. Es aquí donde el nuevo legislador no ha sabido aprender bien la lección de la experiencia de la ley anterior y donde el funcionamiento del artículo 11 puede volverse contra el buen fin perseguido por el legislador de favorecer el desarrollo y la aceptación social del arbitraje.

VII. LAS CUESTIONES PREVIAS DE OPOSICIÓN AL ARBITRAJE

1. *La oposición al arbitraje y jurisdicción de los árbitros para decidir sobre la validez y vigencia del convenio arbitral. El laudo interlocutorio*

a) El artículo 23 permite que el interesado frente al cual se promueve el procedimiento arbitral, puede formular oposición al arbitraje, admitiendo como causas o motivos para fundar su oposición la invalidez del convenio por inexistencia, nulidad o caducidad (número 1). El mismo precepto añade después (número 3) una nueva causa: la “falta de competencia objetiva de los árbitros”, que podrá ser incluso apreciada de oficio pese a que no sea invocada o alegada por las partes.

La enumeración legal entiendo que debe completarse con el supuesto del artículo 45.5: “cuando el laudo fuese contrario al orden público”. En tal supuesto, si la causa contraria al orden público, está presente ya a límine, el árbitro o árbitros deberán tomarla en consideración incluso *ex officio* porque no tendría razón de ser seguir todo un procedimiento sabiendo que concurre una causa legal que finalmente hará que el laudo se anule.

Todos los supuestos en que el convenio arbitral se refiera a las materias que no pueden ser objeto de arbitraje (artículo 2) deberán ser apreciadas *ex officio* por los árbitros como supuestos de carencia de competencia objetiva *ratione materiae*.

Por las limitaciones propias de esta intervención no me extenderé en analizar los tres conceptos de inexistencia, nulidad y caducidad del convenio, respecto de las cuales habrá que acudir a las categorías del derecho civil. Llama la atención que más adelante, el artículo 45, al regular las causas de anulación del laudo, se refiera genéricamente a que el convenio arbitral fuese nulo. Los números dos y tres se refieren a motivos de nulidad surgidos durante el procedimiento (nombramiento de los árbitros, la actuación arbitral contraria a los principios esenciales establecidos de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, así como el laudo extemporáneo). El

número cuatro recoge la incongruencia en la actuación arbitral (resolver sobre puntos no sometidos a su decisión) así como el supuesto de la falta de competencia por razón de la materia (resolver sobre cuestiones que no puedan ser objeto de arbitraje), el cual enlaza con el supuesto del número cinco, relativo a los laudos contrarios al orden público.

b) La técnica que sigue la ley para despejar el procedimiento arbitral de los obstáculos que se observen de oficio o que las partes planteen, es correcta: los propios árbitros tienen el derecho y el deber de vigilar la existencia del convenio arbitral y su validez objetiva y tienen también atribución para resolver sobre las demás objeciones que la parte interesada pueda suscitar. Como es igualmente correcta la fórmula de la impugnación final de la decisión arbitral, cuando el laudo, en su caso, se impugne.

c) No dice la LA cuál es la fórmula de la resolución que deben dictar los árbitros para resolver sobre estas cuestiones previas que pretenden obstaculizar a la validez del convenio arbitral y del procedimiento instaurado.

En la práctica ya se ha establecido como fórmula aconsejable la del laudo interlocutorio, la cual es muy adecuada porque carecería de sentido acudir a otras fórmulas más propiamente judiciales (como providencias o autos) y menos todavía a fórmulas propias de la actuación gubernativa (*verbi gratia* los decretos). El laudo interlocutorio se limita a resolver sobre las cuestiones que pretenden obstaculizar el desarrollo del procedimiento.

La forma del laudo debe seguir la pauta del laudo definitivo, establecida en el artículo 32: se dictará por escrito y expresará las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, el lugar donde se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, las cuestiones planteadas y la decisión arbitral.

Si el laudo estima la oposición, no cabe recurso pero queda libre el camino para interponer la demanda jurisdiccional.

Si el laudo desestima la oposición tampoco cabe recurso directo. Hay que esperar a que se dicte el laudo definitivo y si entonces se entabla impugnación cabe incluir dentro de ella la del laudo interlocutorio.

No exige la LA, de acuerdo con su espíritu antiformalista, que se anuncie o avance el deseo de interponer en su día el recurso contra el laudo definitivo ni que se formule la protesta que para estos supuestos suelen exigir las leyes procesales. También esto es un acierto de la nueva LA.

VIII. LA NUEVA EXCEPCIÓN DE SUMISIÓN DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA A ARBITRAJE

1. *Su naturaleza: excepción propia, autónoma y dilatoria, de carácter previo y alegación perentoria*

a) Bajo la LA de 1953 la doctrina debatió sobre diferentes aspectos de la excepción de compromiso o su equivalente, de cláusula compromisoria

formalizada o en trámite de formalización en orden a su invocación en el proceso jurisdiccional incoado.

La polémica afectaba a si la excepción de compromiso debería incluirse entre la incompetencia de jurisdicción y recibir un tratamiento procesal equivalente a la inhibitoria. Si debería asimilarse a la excepción de litispendencia o si debería considerarse una excepción autónoma.

Este último punto de vista fue defendido por Guasp al argumentar que la excepción de compromiso no debía equipararse a la incompetencia de jurisdicción (actualmente de ámbito limitado tras la novela 34/1984) porque la invocación del compromiso no suponía necesariamente falta de jurisdicción (ni de competencia) de los jueces y tribunales y tampoco podía plantearse con base en ella un conflicto de jurisdicción ni una cuestión de competencia. Por razones similares sólo metafóricamente podía hablarse de *litispendencia arbitral*, porque la excepción recogida en el artículo 533.5, se refiere a la simultánea pendencia de varias causas en el mismo o en otro juzgado o tribunal, pero no a que la cuestión esté pendiente de decisión ante árbitros. De ahí que en la nueva LA acabara imponiéndose la consideración de la excepción de arbitraje como excepción genuina, de necesaria invocación, y autónoma, con nombre propio y efectos específicos, si bien el legislador no supo aprender de la experiencia derivada de la aplicación de la anterior LA y reincidió en el error de no establecer el mecanismo procesal adecuado para hacer valer eficazmente la excepción de arbitraje.

Algunos de estos problemas venían resueltos por la propia LA de 1953 al disponer que la excepción, que debería ser necesariamente alegada por el interesado, tendría el carácter de previa en los procedimientos que admitan tal tipo de defensa (que es exclusivamente el juicio de mayor cuantía): artículo 19. Con ello la LA de 1953 le atribuía claramente el carácter de excepción dilatoria. A la vez y al exigir expresamente que la excepción fuese invocada (siempre que la parte interesada invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción) le atribuía también la naturaleza de genuina excepción o *exceptio iuris*, no susceptible de ser apreciada de oficio por el juez o tribunal en caso de no realizarse su alegación.

b) La nueva LA 1988 llega a la misma conclusión y despeja estas dudas atribuyendo a la excepción de arbitraje un carácter propio, de excepción autónoma, que figura ahora con ese nombre no ya en la LA sino en dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuya redacción ha sido corregida en virtud de la Disposición Adicional Tercera, 1 y 2, que ordenó añadir esa excepción del pacto arbitral a las enumeradas en el artículo 533 (para el juicio de mayor cuantía) y al artículo 1464 (para el juicio ejecutivo). En ambos preceptos de la LEC figura ahora como artículo 533, número 8o. y en el artículo 1464 como núm. 10 la excepción consistente en la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.

Y dado el lugar donde la LA injerta la excepción es indudable que le está atribuyendo el carácter de excepción dilatoria, de indudable contenido procesal y con posibilidad de funcionar como previa en los procedimientos que admitan tal tipo de defensa (referencia exclusiva en la actualidad al juicio más solemne, el de mayor cuantía, aunque hoy también puede tener aplicación, aunque más limitada, en el trámite de la comparecencia previa del juicio de menor cuantía —artículo 693— y en los juicios de pequeña cuantía o cognición y verbal civil).

Puede decirse que con la nueva LA han desaparecido los motivos de las discusiones doctrinales sostenidas bajo la LA anterior, al quedar definida la nueva excepción como excepción autónoma (con innecesaria asimilación a la incompetencia de jurisdicción o a la litispendencia), excepción propia o genuina (de alegación necesaria por la parte) y excepción procesal dilatoria, con posibilidad de alegación previa si los trámites del proceso lo permiten.

2. *Dificultades para su alegación en el proceso jurisdiccional*

a) Pero además la nueva LA (artículo 11.2) concibe la excepción de arbitraje como de alegación perentoria, ya que ha de ser invocada por el demandado inmediatamente al personarse en el juicio, porque dicho precepto sanciona con la renuncia tácita al arbitraje a los demandados “que realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”. Se trata de un precepto cuya redacción está tomada del artículo 58.2 de la LEC regulador de la sumisión tácita para el demandado, que se produce “por el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria”.

Es respecto a esta sanción de sumisión tácita (con la que el legislador conmina al demandado que no alegue puntualmente la excepción de arbitraje en el proceso jurisdiccional) donde se produce de nuevo el fallo en la regulación legal, que ya ha trascendido a la doctrina y a algunas resoluciones de los tribunales.

b) La dificultad que presenta la alegación de la excepción frente a la demanda judicial ya se advirtió bajo la derogada LA de 1953. En este punto la regulación resultó retrógrada, porque la jurisprudencia anterior había venido incluso reconociendo validez a la cláusula compromisoria, sin formalización judicial, para impedir la actuación jurisdiccional. En cambio a partir de la LA de 1953, como ya hemos dicho más arriba, si se acudía con la demanda judicial antes de que el demandado hubiese otorgado el compromiso o al menos la cláusula compromisoria en estado procesal de formalización, no funcionaba la excepción de compromiso y era muy fácil que transcurriese el trámite del emplazamiento sin que el demandado hubiese

podido prepararse para poder excepcionarla. Con ello quedaba la cláusula inutilizada.

La ruina que ello suponía para la institución arbitral fue tal, que hubo incluso algunas sentencias del TS (así la de 15 de septiembre de 1986) en que se quiso dulcificar el rigor de la ley afirmando que bastaba para que pudiese invocarse la excepción que hubiese mediado el requerimiento notarial justificando la negativa de la contraparte a otorgar el compromiso (exigido por el artículo 10.2 de aquella ley), con lo que ese requerimiento previo se venía a considerar como el primer acto del proceso de formalización judicial para acreditar la llamada litispendencia arbitral frente al proceso jurisdiccional.

c) Bajo la LA 1953 se acudía al argumento que derivaba del hecho de que la cláusula podía carecer de fijación del objeto del arbitraje, ya que así como el compromiso necesitaba delimitar los términos de la controversia que se sometía a los árbitros, para la cláusula bastaba una fijación de principio de la relación jurídica singular, lo cual podía en sede de excepción alegarse como un supuesto de renuncia general a la jurisdicción prohibida por la propia ley.

Tal inconveniente desaparece con la nueva LA al admitir que el pacto arbitral pueda referirse a cuestiones surgidas o que puedan surgir dentro de la relación jurídica a que se refiere el contrato o negocio jurídico (sobre cuyo punto pueden actuar después los árbitros, si se formula oposición en el procedimiento arbitral, para dejar definidos los puntos de controversia sobre los que van a decidir).

d) La dificultad mayor que se presenta es la relativa a la renuncia tácita al arbitraje que, según el tenor literal del artículo 11.2 se entiende producida por el hecho de que ante la demanda presentada por cualquiera de los contratantes, el demandado o demandados “realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”.

Tal como avanzamos al principio, aquí se encuentra, el “talón de Aquiles” de la nueva regulación legal de las interferencias entre el proceso judicial y el arbitraje.

3. *Posición de la doctrina mayoritaria. Crítica*

Una doctrina bastante extendida, de la cual son exponentes el profesor González Montes, seguido después por Córdón Moreno,¹⁰ sostiene que:

10 González Montes, “La excepción de arbitraje”, *La Ley*, 1992, p. 2; Font Serra, “La nueva configuración del arbitraje”, *Justicia*, 1989, p. 356; Chillón-Merino, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1978, pp. 338 y ss.; Córdón Moreno, *Comentario al artículo 11 LA 1988*, en Montero Aroca y AA.VV., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Cívitas, 1990, pp. 132 y ss.

la LA al incluir la excepción de arbitraje entre las declinatorias parece dar a entender que su tramitación será la propia de estas excepciones. Sin embargo, el mecanismo de sumisión a los Tribunales como consecuencia de la renuncia tácita al convenio arbitral, aproxima esta excepción a la declinatoria de la LE.

Según esta opinión doctrinal en el juicio de menor cuantía la excepción puede interponerse con carácter previo y en los demás juicios sólo puede interponerse como perentoria. Actuando así —se dice— la parte “evitará la sanción de renuncia tácita al arbitraje, [...] pero no evitará la sumisión tácita a los tribunales, por aplicación del artículo 56, II, de la C. y de la rigurosa jurisprudencia que lo interpreta, [...] aunque sólo sea para que los tribunales conozcan sobre la existencia y validez del pacto arbitral”. No evitará la parte interesada la tramitación de todo un proceso, que puede resultar inútil, si el juez, en la sentencia, aprecia la validez y vigencia del pacto arbitral, remite a las partes al arbitraje.

Y se concluye con esta tesis: “En los juicios que no sean de mayor cuantía, al tener que plantear la excepción al contestar a la demanda, el demandado o se somete a la competencia del Juez (si contesta) o renuncia tácitamente al arbitraje (si no contesta proponiendo la excepción)”. Y como solución se aconseja la siguiente: “La solución, obviamente, está en someter la excepción de arbitraje al régimen de la declinatoria de la LEC y que por lo tanto pueda interponerse siempre con carácter previo; pero ésta es hoy sólo una solución de *lege ferenda*, propugnada por la doctrina”.

Hemos transcrito la opinión expresada por Córdón Moreno. Su antecedente se encuentra en el trabajo de González Montes, sosteniendo:

En los juicios declarativos donde no es posible alegar las excepciones del artículo 533 como previas —es decir, todos los juicios salvo el de mayor cuantía— el demandado ha de alegar la excepción de arbitraje con la contestación a la demanda, con lo que en tal supuesto su conducta se adecúa a lo que establece el artículo 11.2, de la LA para que funcione la presunción de renuncia al arbitraje, porque realiza después de personado en juicio cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la excepción. Pero además, como no ha planteado la declinatoria para evitar la sumisión tácita, el efecto que se produce irremediablemente, aunque el demandado no lo quiera, es doble: renuncia al arbitraje y sumisión tácita al órgano jurisdiccional, y si, por el contrario, plantea la declinatoria para evitar la sumisión tácita, se puede entender que con tal conducta renuncia tácitamente al arbitraje y que por tanto queda expedita la vía judicial, porque la interposición de la declinatoria implica precisamente reconocer la preferencia de los tribunales jurisdiccionales del Estado, y no la excepción de arbitraje, que supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto sometido a los árbitros.

El planteamiento doctrinal que se acaba de reseñar ha trascendido a alguna resolución de la jurisprudencia. En particular, el auto de la AP de Barcelona de 1 de julio de 1991 (sec. 14) lo entendió así declarando que:

el hecho de proponer en la contestación a la demanda una excepción de arbitraje, si bien evita la sanción de renuncia tácita que contempla el artículo 11 de la LA ocurre que al proponer otras defensas de orden procesal y material ha provocado la aplicación del artículo 56, 2º, LEC y de la rigurosa jurisprudencia que lo interpreta a los efectos de entender realizada la sumisión tácita al tribunal.

Comparto las observaciones críticas que sobre esta resolución ha realizado el profesor Muñoz Sabate (*Jurisprudencia arbitral comentada*, pp. 185-87).

Y no comparto en absoluto el planteamiento doctrinal al que antes se ha hecho referencia.

En primer lugar, carece de toda lógica, de todo sentido, que para oponer en un proceso judicial la excepción de arbitraje haya que comenzar planteando la incompetencia territorial del juzgado. ¡Cuando ese juzgado acaso puede ser el competente sin el menor asomo de duda! No se ve razón alguna en que haya que discutir la competencia territorial del juzgado para oponer una cuestión absolutamente distinta, aunque también previa, como es la existencia del pacto de arbitraje, que debe producir el bloqueo jurisdiccional sobre ese objeto o materia. La declinatoria, en muchos casos, puede perderse con imposición de costas y con toda razón cuando el juzgado que recibió la demanda es el territorialmente competente. Resolviendo sobre la excepción de arbitraje el juzgado no podrá dar cumplimiento al precepto que manda remitir las actuaciones al órgano tenido por competente. El mismo planteamiento de la declinatoria resulta una aberración procesal. La declinatoria se ha de proponer pidiendo al juez que deje de conocer del pleito y decline su competencia en favor de otro juez o tribunal que es el tenido por competente. Pero en caso de pacto arbitral, cuando seguramente no hay árbitros designados y que hayan aceptado su encargo, cuando no está constituido y funcionando el árbitro o el colegio arbitral, ¿en favor de quién declinará el juez su competencia?

El planteamiento parece en sí mismo aberrante, carente de todo sentido y además innecesario porque hay que volver al principio: para oponer a una demanda la existencia de un pacto arbitral no puede exigirse que previamente se reclame la falta de competencia del juzgado. Semejante rodeo no lo impone la ley y sólo una interpretación puramente literal, que no va más allá de las palabras de los preceptos legales, puede llevarnos a tan insatisfactoria tesis.

La tesis resulta aún menos convincente si quienes la defienden llegan a la triste conclusión de que incluso haciéndolo así, dando ese enorme rodeo

de la declinatoria previa, al final llegamos a la conclusión de que ese demandado “se ha sometido a la jurisdicción del Estado” porque lo que ha hecho es sólo discutir la competencia de un órgano frente a otros, manteniéndose dentro de la jurisdicción estatal. Entonces, ¿para qué se aconseja la declinatoria?

La conclusión final es la destrucción de los efectos del pacto arbitral que la LA quiso salvaguardar. Por eso es necesario llegar a conclusiones distintas, que me parecen caben dentro de los preceptos procesales actualmente vigentes, siempre que no nos aferremos a una interpretación sólo literal o literalista que puede llevarnos a conclusiones absurdas (el buen método hermenéutico es el de absurda *sunt vitanda*). Hay que pasar de la corteza de los preceptos jurídicos a su médula, de la letra a su espíritu.

IX. SOLUCIÓN QUE SE DEFIENDE PARA LA EFICACIA DEL PACTO ARBITRAL

a) Hemos de comenzar reconociendo que nos encontramos ante una imprevisión del legislador que, con la experiencia de los años de vigencia de la LA 1953, ha debido ser más cauto y más previsor si quiso ser consecuente con la filosofía que inspira la nueva ley y que se avanza en su exposición de motivos.

b) Como vamos a ver, hemos de reconocer también que en este punto nos encontramos con un difícil e irresoluble problema, que tantas veces se nos presenta y que recuerda la imagen de hallar la cuadratura del círculo. Todos los autores de hoy, críticos en este punto con la ley, están de acuerdo en que debió establecerse un mecanismo procesal *ad hoc* a base de una tramitación previa, a semejanza de la declinatoria, para resolver sobre la existencia y validez del pacto de arbitraje. Pero con esto volvemos a resucitar las viejas excepciones dilatorias contra las cuales se ha levantado la doctrina unánime en esta segunda mitad del siglo, pidiendo a gritos su sustitución por un trámite concentrado, mucho más favorable para la economía de los juicios. Mediante las excepciones dilatorias, orientadas todas a la finalidad de *litis ingressum impediens* o al *litis cursum impediens* los tratadistas de los pasados siglos creyeron colaborar eficazmente a la simplificación de los procedimientos descubriendo nuevos casos susceptibles de ser tratados a *limine*. Pero como después de la resolución vienen los recursos (de apelación, antiguamente también de casación) se puso de relieve que este método venía a resultar ruinoso para la simplificación y aceleración procesal que se buscaba. Hasta que se solicitó unánimemente prescindir de él. Sólo quedan en nuestro juicio de mayor cuantía que hoy ha dejado de ser el juicio tipo para convertirse en una pieza casi de arqueología procesal. Se salva la declinatoria de competencia territorial, que ya no tiene el trámite de excepción dilatoria, y podría salvarse la excepción de pacto arbitral, con todos los in-

convenientes que tiene esa tramitación y decisión en vía previa y no en vía principal.

X. CONCLUSIONES

Con estas limitaciones, las conclusiones que me parecen defendibles de *lege lata* son las siguientes:

1ª. En el juicio de mayor cuantía la excepción de arbitraje debe alegarse en el plazo de las declinatorias, después de personado el demandado, en los seis primeros días del plazo para contestar.

Y debe alegarse en cabeza, para que quede claro que es lo primero que se opone a la demanda. Es más, hasta puede resultar conveniente, para no dejar resquicio a interpretaciones formalistas, alegarla incluso en el escrito de personación, como “Otro sí”, sin perjuicio de volver a reproducirla en el trámite posterior.

Si transcurre el plazo para las declinatorias sin aducir la excepción, puede alegarse, siempre en cabeza, al contestar a la demanda, con carácter preferente a las demás defensas y excepciones procesales y materiales. Es muy aconsejable dejar bien establecido que todo cuanto además pueda alegarse se dice *ad cautelam* y en aplicación del principio de eventualidad o regla de la eventualidad procesal que evite las consecuencias de la preclusión.

Haciéndolo así, no puede readquirirse que el demandado se somete al juzgado o que tácitamente renuncia al arbitraje porque lo que hace es alegar el pacto arbitral ante todo. Y no puede oponérsele que la cuestión de la validez de ese pacto tenga que ser resuelta por el juez y por el tribunal, cuyo juicio pudiera ser contrario al del demandado que, por ese riesgo, se ve obligado a defenderse del resto de la demanda para prevenir una indefensión no querida.

La interpretación que en este sentido se hace por la doctrina antes referida considero que es incluso inconstitucional. Porque no se puede colocar a un justiciable en una situación de indefensión no querida ni provocada. No se le puede decir a un demandado, como viene a decir esa doctrina: si viene con la declinatoria, queda sometido, y si viene con el pacto de arbitraje, además de que también se sometió, entendemos que tácitamente ha renunciado al arbitraje. A semejantes contradicciones no se puede llegar. Y como estaríamos en definitiva impidiendo la defensa plena, que incluye hacer valer la preferencia del pacto arbitral, cabe sostener que incluso puede resultar aquél planteamiento con relieve inconstitucional.

2ª. En los juicios de menor cuantía, al no estar separados los trámites para comparecer y para contestar, la excepción tendrá que oponerse en la contestación, donde dispone el artículo 687 que el demandado propondrá todas las excepciones, así dilatorias como perentorias. Y debe mantenerse explícitamente y enfáticamente en el trámite de la comparecencia (al am-

paro de la regla 3a. y especialmente de la regla 4a. del artículo 693) alegando que al ser un defecto de jurisdicción insubsanable se solicita dicte el juez auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo del mismo. Esta es la solución que parece mucho más correcta que la de la declinatoria, de remitir el proceso al órgano tenido por competente, cuando no es la competencia territorial lo que está en discusión ante una excepción de pacto arbitral.

3ª. En los juicios de cognición (pequeña cuantía) y en el juicio verbal civil (mínima cuantía) debe aprovecharse también el trámite de la comparecencia.

En el juicio de cognición la comparecencia preliminar del artículo 51 del documento del 21 de noviembre de 1952, y en el juicio verbal civil la primera sesión del juicio. Alegándola siempre ante todo (en cabeza) para evitar las interpretaciones de renuncia tácita al arbitraje.

4ª. En los juicios ejecutivos la excepción se alega en el trámite de la oposición al despacho de la ejecución, y aunque esta excepción ocupa el número 10 del artículo 1464, está mal situada. Es otro defecto de la LA. Debió colocarse ante todo, seguida de la incompetencia de jurisdicción, que ocupa el número 11. Porque los problemas de la exclusión de la jurisdicción del Estado para conecer de la demanda son previos a los de falsedad del título o a los de su amortización por pago, prescripción, quita o espera, etcétera.

5ª. Otro defecto de la LA ha sido no incluir esta excepción en el llamado procedimiento de apremio en negocios de comercio, cuyo artículo 1551 recoge como excepción la transacción o compromiso, que ya formalmente no existe a partir de la LA vigente. Es uno de esos frecuentes *lapsus* y pérdidas de memoria histórica que tiene nuestro legislador. Aquí cabe defender una interpretación por analogía y poner "pacto arbitral" donde dice compromiso.

Por lo demás, el temor (en que se apoya la interpretación combatida) a la sumisión tácita y a la rigurosa jurisprudencia que interpreta y aplica el artículo 58 LEC es también excesivo: la expresión realizar, después de personado, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria, no puede entenderse ni se entendió (ya antes de la LA) con esa literalidad, que podría llevar al fetichismo literal de que ir al juzgado a informarse de la demanda o el otorgamiento de un poder para comparecer o el pedir prórroga de plazo para contestar ya fuese interpretado en esos términos de sumisión tácita. Ya declaró la jurisprudencia que no se somete quien, después de personado, solicita *verbi gratia* el beneficio de justicia gratuita o quien acude solicitando que le designen un abogado y procurador en turno de oficio, etcétera.

En cambio, no me parece posible salvar el claro inconveniente de que después de oponer la excepción para hacer valer el pacto arbitral, sea pre-

ciso contestar a la demanda. En los juicios en los que no quepa la tramitación previa de la excepción me parece que ello es inevitable, si no se quiere caer en el riesgo de que el juzgado o el tribunal consideren inexistente, nulo o caducado el pacto de arbitraje y entren a juzgar sobre el fondo de la demanda ante la indefensión en que se habría situado el demandado, que habrá tenido acaso que defenderse inútilmente frente a toda la demanda si después el pacto se declara válido...

Pero esta es una de las frecuentes limitaciones e incluso de las contradicciones ante las que los delicados mecanismos procesales pueden colocarnos.

¡Ojalá que si nuestros hermanos y amigos mexicanos se deciden por una mayor implantación social del arbitraje sepan orillar las dificultosas relaciones entre el procedimiento de los árbitros y el ejercicio de la jurisdicción que se han manifestado en la realidad procesal española tanto con la Ley de 1953 como según la Ley de Arbitraje vigente. Ese podría ser un buen cometido de este Congreso unido al recuerdo de esta linda ciudad!