

Declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje: el alcance del enjuiciamiento por el juez del convenio arbitral en que se fundamenta

Examen crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo 409/2017, de 27 de junio

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares
Consejero académico de GA_P

En la nota se analiza críticamente la doctrina de la sentencia sobre el tema planteado.

1. Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) equipara la sumisión a arbitraje de la controversia con la falta de competencia judicial internacional o con la falta de competencia territorial (*cfr.* sus arts. 39 y 63.1), defectos procesales ambos denunciables a instancia de parte por el cauce de la declinatoria, que siempre deberá plantearse con carácter previo (art. 64 LEC), aunque hay casos en que son apreciables de oficio (por ejemplo, en los casos de jurisdicción por razón del territorio cuando se trata de competencias exclusivas, o en los casos de competencia territorial regida por normas imperativas). La Ley de Arbitraje (LA) se limita a recoger este régimen (art. 11.1), aunque con dos peculiaridades: en ningún caso es posible el control judicial de oficio y se priva a la declinatoria del efecto suspensivo de las actuaciones arbitrales, pendientes o por iniciar (*cfr.* art. 11.2), para evitar el riesgo de que se utilice como mero instrumento dilatorio.

El pronunciamiento del juez sobre la declinatoria se efectuará previo examen de la validez y aplicación al caso del convenio arbitral. El problema se plantea a la hora de analizar cuál es el alcance de este enjuiciamiento. Se trata de un tema clásico que ha adquirido actualidad con la Sentencia del Tribunal Supremo 409/2017 mencionada en el título (ponente: don Rafael Sarazá Jimena) y su apuesta por el enjuiciamiento pleno, en principio poco proclive a favorecer

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

el arbitraje. La doctrina de la sentencia es clara, pero me parece que es posible una lectura crítica que introduzca en ella algunas precisiones.

2. La primera de estas precisiones es previa y persigue poner de manifiesto que el ámbito de cognición judicial en la declinatoria está, por su propia naturaleza y en todos los supuestos en que se hace valer, limitado a los hechos que determinan la competencia o jurisdicción, para cuya acreditación basta —según el artículo 65.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— con acompañar un principio de prueba (*semiplena probatio*); por eso mismo, «la valoración de los hechos es provisional a los solos efectos de la competencia, pues basta como meros indicios racionales para resolverla, sin perjuicio de la posterior prueba del juicio» (STS de 28 de febrero de 1972). Este criterio se refuerza con la consideración de que la declinatoria es un mero incidente (de previo pronunciamiento) sobre una cuestión estrictamente procesal. Quiere ello decir que el enjuiciamiento por el juez de la validez o aplicación al caso concreto del convenio arbitral como fundamento de la declinatoria es a los solos efectos de determinar la «jurisdicción» competente (juez o árbitro), sin que su pronunciamiento tenga eficacia de cosa juzgada y, por tanto, trascienda del incidente mismo.

Pues bien, sólo con este alcance podría entenderse la conclusión de la sentencia de que la cognición judicial del convenio arbitral es plena. Aunque, como diré, también esta plenitud de enjuiciamiento debe ser matizada.

3. En segundo lugar, me parece que hay que precisar la afirmación de que los preceptos que regulan la declinatoria por sumisión a arbitraje (arts. 12.1 LA y 39 y 63.1 LEC) «no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial».

La afirmación es cierta, pero también lo son las peculiaridades que presenta el supuesto que nos ocupa (declinatoria por sumisión a arbitraje) con respecto a los demás en que esta institución procesal puede invocarse (para hacer valer la falta de jurisdicción o de competencia de cualquier tipo), que, en lo que ahora interesa, están previstas en dos preceptos de la Ley de Arbitraje: el artículo 11.2, que priva a la declinatoria de eficacia suspensiva de las actuaciones arbitrales, y el artículo 22.1, que faculta a los árbitros para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A la luz de estos preceptos, la conclusión de la sentencia de la que hablamos (enjuiciamiento pleno del convenio arbitral) me parece que debe ser precisada. Ciertamente cuenta con apoyo legal, ya que nada dice la Ley de Arbitraje sobre la limitación de la cognición judicial en este caso y en otros sí lo hace; por ejemplo, en el procedimiento para el nombramiento de árbitros, el juez debe limitarse a comprobar si el convenio arbitral existe (art. 15.5). Pero —como a continuación digo— el argumento no es del todo acertado, porque no se puede desconocer que los términos

de comparación (los supuestos mencionados) son radicalmente distintos; en especial, en el nombramiento de árbitros no se puede plantear conflicto alguno de competencia entre éstos y el juez.

Como digo, la sentencia se decanta por la llamada «tesis débil» del principio *kompetenz-kompetenz*, conforme a la cual el órgano judicial debe efectuar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, de forma que, si considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio. A su juicio, no existen razones para sostener la tesis contraria y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria en estos casos. Ahora bien, esta doctrina no es novedosa, ya que reproduce la mantenida por nuestros tribunales con anterioridad (véanse, por ejemplo, la STS de 27 de septiembre del 2006, RJ 2006\8627, y la SAP Asturias, Sección 1.ª; de 2 de febrero del 2006, AC 2006/15, que, sin mencionarla, resuelven la cuestión planteada con la declinatoria llevando a cabo un examen pleno del convenio arbitral); y, en mi opinión, después de la entrada en vigor de la ley del 2003, no es acertada, por lo menos, si se acepta sin introducir precisiones que vienen exigidas por los artículos 11.2 y 22.1 de la Ley de Arbitraje, a los que antes me refería, y que la propia sentencia parece aceptar, por lo menos en parte. Veámoslo.

Los árbitros —dice el artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje— estarán facultados para decidir —dentro del procedimiento arbitral— sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Y los jueces tienen reconocida esta misma competencia, con el alcance antes precisado, dentro del procedimiento judicial. Entiendo que ningún problema se planteará para reconocer la competencia de cada uno de ellos en su ámbito propio aisladamente considerado, sin interferencia del otro, y, por lo tanto, también la del juez para enjuiciar la validez del convenio a los efectos de estimar o desestimar la declinatoria cuando, interpuesta demanda judicial por una de las partes, el demandado plantea declinatoria con base en el convenio arbitral antes de haber activado el procedimiento (arbitral).

Pero, conforme al artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje, «[l]a declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales», lo que significa que, aunque no se plantee con frecuencia, puede darse el caso de que ambos procedimientos —judicial y arbitral— estén pendientes y versen sobre el mismo objeto, sin que opere la excepción de litispendencia ni, en su caso, la de prejudicialidad (véase la STSJ Castilla-La Mancha 4/2013, de 10 de octubre del 2013). Y esto hace posible que, dentro del procedimiento arbitral, el árbitro se haya pronunciado ya sobre la validez del convenio arbitral y haya decidido sobre su competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje. Sin duda, por ello la sentencia en este caso da preferencia al arbitraje e impide el enjuiciamiento judicial. En efecto, recogiendo lo ya dicho en sentencias anteriores (por ejemplo, en la STS de 23 de mayo del 2002, RJ 2002/6421), dice: «Lo expuesto [la tesis del enjuiciamiento pleno del convenio arbitral] es compatible con el hecho de que, si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje,

los árbitros, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto sólo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje».

De este modo, la sentencia acoge la que podemos considerar doctrina favorable al arbitraje en estos casos y, al hacerlo, sigue el criterio de la doctrina científica más significativa. Por ejemplo, dijo Arias Lozano en el 2005 (véase en los «Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003», coordinados por él mismo, el comentario al artículo 11, Thomson Aranzadi, 2005, p. 108): «Iniciado un arbitraje, si la parte contraria inicia la vía judicial y la promotora del arbitraje interpone declinatoria, ¿cuál debe ser la conducta del tribunal?, ¿deberá suspender el curso de los autos hasta que los árbitros se pronuncien o podrá por el contrario decidir sobre la validez del convenio arbitral? Constatado el silencio normativo al respecto, a mi juicio la laguna debe integrarse interpretando ampliamente el efecto negativo de la competencia arbitral y postulando que, planteada la declinatoria ante los tribunales de justicia, a menos que éstos interpreten que el convenio arbitral es manifiestamente nulo, en principio deberían posponer su decisión hasta que el colegio arbitral se hubiere manifestado al respecto. De tal forma que, si los árbitros se declarasen competentes, los tribunales deberían sobreseer el proceso judicial. Y ello por un doble motivo: en primer lugar, *de lege lata* es más que dudoso que los tribunales puedan entrar a conocer a título principal sobre la validez del convenio arbitral. Y en segundo lugar, entiendo que debe sostenerse una interpretación teleológica y sistemática del precepto que conduce a la solución más favorable a la vía arbitral. En efecto, si lo que realmente pretende la nueva norma es favorecer en la máxima medida el procedimiento arbitral e impedir que las maniobras dilatorias de alguna de las partes puedan incidir sobre él, habrá de convenirse también que la interpretación propuesta es la que mejor coadyuva [a] alcanzar estos objetivos».

Pero, si bien se observa, la misma doctrina debería aplicarse a los casos en que la declinatoria se plantea cuando el procedimiento arbitral no ha sido iniciado, porque el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje también dice que la declinatoria no impide *iniciar* las actuaciones arbitrales. El supuesto no será frecuente, pero, en el caso de que se inicie el procedimiento arbitral antes de que se haya resuelto la declinatoria (incluso antes de que la resolución haya adquirido firmeza), puede acaecer que dentro del procedimiento arbitral se proceda al nombramiento de árbitros y que éstos se pronuncien sobre su competencia antes de que se dicte aquella resolución en el procedimiento judicial, dándose lugar a una situación semejante a la que veíamos antes.