

LA EFICACIA PROCESAL DE LA CLAUSULA ARBITRAL INTERNACIONAL

Faustino CORDON MORENO

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *La intencionalidad del arbitraje.* III. *La Sumisión de las partes a un arbitraje internacional supone un límite al conocimiento de la jurisdicción española.* IV. *La ley aplicable al convenio arbitral.* V. *La excepción de compromiso arbitral internacional:* 1. Régimen positivo de los convenios internacionales. 2. Calificación de la excepción. 3. Enjuiciamiento de la excepción. VI. *La litispendencia arbitral internacional.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje interno, que no goza de un excesivo predicamento como medio de desplazar la jurisdicción de los tribunales españoles¹, el arbitraje internacional se halla en plena expansión y goza de un gran éxito como medio de solucionar los conflictos que pueden surgir en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales².

1. A pesar del notable avance que supuso la Ley reguladora de los arbitrajes de derecho privado de 22 de diciembre de 1953 respecto a la normativa anterior, en la práctica el recurso al arbitraje es algo excepcional en nuestro país. No es ajeno a este escaso eco que ha encontrado entre los justiciables las insuficiencias y los defectos técnicos de su regulación legal que, en la mayoría de los casos, no evita el recurso a los tribunales.

2. Las razones de su éxito son diversas. Unas inherentes a la propia institución arbitral como técnica privada de solución de conflictos. Otras derivan de la naturaleza internacional de las controversias que trata de solucionar. Hay que tener en cuenta, en efecto, la necesidad que se siente de órganos internacionales que decidan las controversias que el tráfico comercial internacional lleva consigo, dada la carencia absoluta de tribunales internacionales que decidan con eficacia vinculante (Sobre el tema, *vide* Fenech, "Arbitraje en las relaciones comerciales entre empresarios de la Comunidad Económica Europea y de la América Latina, en *La Ley*, 1981, 3, pág. 738). Por otra parte, la rapidez y la seguridad jurídica que demanda el tráfico comercial internacional se acomoda mal con la resolución de las diferencias a través de las jurisdicciones estatales correspondientes (Sobre el tema, puede verse Chillón-Merino, *Tratado de arbitraje interno e internacional*, Madrid 1978, págs. 215-221; Cremades, "Naturaleza y ventajas del arbitraje", en *Estudios sobre arbitraje*, Madrid 1977, págs. 115 y ss.).

España ha permanecido durante muchos años ajena a este fenómeno³. En el momento actual, sin embargo, el arbitraje comercial internacional va adquiriendo poco a poco carta de naturaleza en nuestro país⁴; o, al menos, se va adquiriendo conciencia de la importancia que el fenómeno tiene⁵. En efecto, ya en 1975 existía un anteproyecto de ley de arbitraje privado, cuyo capítulo IV regulaba el arbitraje privado internacional⁶. Y en este momento España ha ratificado ya los convenios más importantes sobre la materia⁷, los cuales, una vez publicados en el BOE, han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno⁸. Supérfluo es decir que las normas contenidas en los Tratados no sólo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y, por tanto, son directamente aplicables, sino que, por impe-

3. Buena prueba de ello es la ausencia de toda mención al mismo en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la Ley de arbitraje de 1953 y la ficción de equiparar los laudos arbitrales a las sentencias a que ha tenido que acudir nuestro Tribunal Supremo para otorgarles el correspondiente "exequatur" a efectos de su ejecución en España.

4. Debido tanto a la cada vez mayor integración de nuestro país en el marco de las transacciones comerciales internacionales, como al aumento creciente del intervencionismo económico extranjero en España.

5. Fenómeno al que no es ajena la doctrina que, poco a poco, va ocupándose del tema. Además de las obras citadas, pueden verse las siguientes: Cortes, *Derecho Procesal internacional (Ordenamiento español)*, Madrid 1981 (especialmente los capítulos VII y IX); González Campos, "Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español", en *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, págs. 3 y ss.; Ramos, "Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del derecho español", en *Justicia* 82, n^o 1, págs. 71 y ss.; "Primeras aplicaciones del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 al exequatur de sentencias arbitrales extranjeras por el Tribunal Supremo", en *Justicia* 82, n^o 3, págs. 107 y ss.; Cremades, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid 1975; Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid 1981. No se cita la bibliografía (más abundante) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

6. La noticia está tomada de González Campos, *op. cit.*, pág. 6.

7. Estos Tratados son los siguientes: 1) El Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 sobre cláusulas de arbitraje (ratificado por España el 9 de julio de 1926); 2) El Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (ratificado el 15 de enero de 1930); 3) la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras ratificado por España el 29 de abril de 1977); 4) El Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (ratificado por España el 5 de marzo de 1975). Nuestro país, sin embargo, permanece al margen del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.- Dentro de los convenios bilaterales, destacan el suscrito con Francia el 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, y el suscrito con Italia el 22 de mayo de 1973 sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil.

8. Por mandato constitucional (art. 96, 1, párrafo 1^o) y legal (art. 1.5 del Código civil).

rativo del artículo 96,1, párrafo 2º de la Constitución, “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional”.

Nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, ha tardado mucho en sacar todas las consecuencias que el régimen convencional del arbitraje internacional impone a nuestro país. Así, en 1978 se podía escribir que nuestro Tribunal Supremo había contribuido escasamente a establecer un clima de confianza y de seguridad en el arbitraje. “Cuando no ignora la existencia de los Tratados, los aplica torcidamente, mezclando cuestiones de nuestro ordenamiento arbitral interno con otras derivadas de la específica regulación internacional. La extensiva y, a veces, indebida y abusiva aplicación del orden público, como valladar opuesto al libre reconocimiento y ejecutabilidad de los laudos extranjeros, pone punto final a una operación, de por sí erizada de dificultades, y que justifica el recelo y la escasez de alicientes del arbitraje internacional para nuestro país”⁹.

No obstante, la jurisprudencia más reciente parece haber superado esta mentalidad y se muestra más proclive a la aplicación directa de las normas contenidas en los Tratados. Especial relevancia ofrece, al respecto, el auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981, primero que se dictó en aplicación del Convenio de Nueva York de 1958, que, entre otros extremos de interés que irán saliendo a lo largo de este trabajo, consagra el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la ley aplicable al arbitraje (al otorgar validez a la decisión de un solo árbitro porque las partes así lo acordaron, sin que ello suponga infracción del orden público procesal interno) y la exclusión, también del concepto de orden público, del hecho de que el laudo se hubiese dictado en rebeldía de la parte española, porque su incomparecencia “no tiene otro fundamento que la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos y reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente se aceptó, con un desprecio inadmisibles de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional”¹⁰.

9. Chillón-Merino, *op. cit.*, pág. 228.

10. Actuó como Ponente el Sr. Beltrán de Heredia y Castaño. El supuesto de hecho planteado era el siguiente: En un contrato de fletamento suscrito entre una empresa finlandesa y otra española estaba inserta una cláusula según cuyo tenor “cualquier disputa que surja antes o durante la ejecución del fletamento será dirimida en Londres mediante arbitraje, para lo cual cada una de las partes designará un árbitro, y si éstos no se ponen de acuerdo, se nombrará un tercero en discordia, cuya decisión será definitiva”, añadiendo que si alguna de

Dentro de este contexto las páginas que siguen tienen por objeto el estudio de la incardinación de las normas de los Tratados internacionales en el Ordenamiento interno español, con referencia a un punto concreto: la eficacia procesal del convenio arbitral internacional, es decir, de aquel acuerdo en virtud del cual las partes deciden someter una determinada controversia —o todas las controversias que entre ellas puedan surgir en el futuro¹¹— a la decisión de un arbitraje internacional.

Es común en la doctrina procesal distinguir una doble eficacia del convenio arbitral: a) una *eficacia positiva*, consistente en la obligación de las partes de someter la controversia que entre ellas surja a la decisión de los árbitros; y b) una *eficacia negativa*, consecuencia natural de la anterior, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los Tribunales.

Cuando el convenio arbitral es internacional, esta eficacia negativa tiene como consecuencia que la controversia de que se trate queda sustraída al conocimiento de los Tribunales del país de cualquiera de las partes contratantes. En principio, dicha exclusión puede plantearse en dos momentos diferentes, según que el procedimiento arbitral se haya o no iniciado. Si surgida una controversia sometida por las partes a la decisión de un arbitraje internacional, una de ellas, incumpliendo lo convenido, pretende su resolución por los Tribunales del foro, nos hallamos ante el problema específico de la excepción de compromiso internacional (así la denominaré por ahora, sin perjuicio de ulteriores precisiones). Si, por el contrario, dicha pretensión se formula por una de las partes ante los Tribunales del foro estando pendiente ya el procedimiento arbitral, surgirá el problema de la litispendencia arbitral internacional.

Ahora bien, la aptitud de la cláusula arbitral internacional para producir esta eficacia negativa —eficacia que, como veremos, le viene reconocida por los Tratados— está supeditada a tres condiciones, cuyo examen realizaremos antes de proceder al estudio de su regulación positiva. Son estas condiciones las siguientes:

1) Que nos hallemos en presencia de un verdadero arbitraje internacional.

las partes se negase a designarlo, el nombrado por la otra tendría derecho a decidir por sí solo, siendo su decisión vinculante para ambas partes.

11. Más adelante tendremos oportunidad de ver cómo en la regulación del arbitraje internacional ha desaparecido toda distinción, todavía mantenida en nuestro derecho interno, entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso.

2) Que la sumisión a un arbitraje internacional sea apta para excluir el conocimiento de la jurisdicción española.

3) Que la ley aplicable al convenio arbitral sea la fijada por la autonomía de la voluntad de las partes, de modo que, si voluntad de éstas fue constituir un arbitraje internacional, éste no se rija por las normas contenidas en la ley interna española de arbitraje.

II. LA INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE

El primer problema que se plantea es, por consiguiente, la delimitación del arbitraje internacional frente al arbitraje interno. ¿Cuándo podemos decir que nos hallamos ante un arbitraje internacional?. Evidentemente, dado el objeto de este trabajo, tal delimitación debe realizarse tomando como base exclusivamente el convenio arbitral, que es el único elemento que se tiene a mano. ¿Cuándo podemos decir que una determinada cláusula arbitral, independiente o incorporada a un contrato principal, sujeta a las partes a la decisión de un arbitraje internacional?.

Sería vano todo intento de buscar respuesta a este interrogante en el derecho positivo interno español. Ninguna disposición interna española, en efecto, proporciona criterio alguno para delimitar cuándo nos hallamos ante un arbitraje internacional. No los contiene la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881; pero tampoco la Ley reguladora de los arbitrajes de derecho privado de 1953, que limita su ámbito de aplicación a los arbitrajes de derecho interno, afectando al arbitraje privado internacional sólo si las normas reguladoras del mismo remiten, en cuanto al valor y eficacia de los arbitrajes de que se ocupan, al cumplimiento de la ley interna española¹².

Hay que acudir, pues, a criterios distintos y, en concreto, dada la ley de autonomía por la que se rige el convenio arbitral¹³, a los que proporcionan los diversos Convenios internacionales ratificados por España. No entraré aquí en su estudio detenido¹⁴. Baste decir que, de manera específica, por hallarse contenidos en Tratados reguladores del arbitraje en sentido estricto (no de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras), los criterios son dos: 1º) la distinta nacionalidad de las partes suscribientes del convenio arbitral¹⁵; 2º)

12. Cfr. Guasp, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona 1956, pág. 62.

13. Sobre el tema, *vide* más adelante, en el apartado IV de este trabajo.

14. Puede verse en Chillón-Merino, *op. cit.*, págs. 243 y ss.

15. Es el criterio adoptado por el Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a cláusulas de

la distinta residencia habitual, domicilio o sede social, aunque la nacionalidad sea la misma¹⁶. A ellos habrá que añadir, por supuesto, la ausencia de sumisión de las partes del arbitraje interno español, en cuyo caso, aunque se tratase de dos partes extranjeras, nos hallaríamos ante un arbitraje regulado por la Ley interna española¹⁷.

Sin embargo, los criterios delimitadores del arbitraje internacional contenidos en los dos Convenios internacionales citados no resuelven todos los problemas que pueden plantearse. Piénsese, a título de ejemplo, en un convenio arbitral internacional suscrito por las partes de un contrato sometido en cuanto al fondo a la ley española, en el que acreedor es un español y deudores solidarios un español y un extranjero. Surgida una controversia, ¿puede el deudor solidario español, frente al que exclusivamente se dirige la demanda ante un Juzgado también español por el acreedor español que incumple el convenio arbitral excepcionar la falta de jurisdicción? Pendiente el procedimiento arbitral internacional iniciado por el acreedor español, y no habiendo comparecido en él más que el deudor solidario extranjero, ¿podrá el acreedor español excepcionar la falta de jurisdicción en el proceso promovido ante un Juez español por el deudor solidario también español, pidiendo la declaración de nulidad del contrato de fondo?. ¿Podrán, en estos casos, los Tribunales españoles declarar su falta de jurisdicción para conocer de un proceso entre españoles relativo a una obligación surgida en España, que ha de cumplirse también en España?.

Ni el Protocolo de Ginebra de 1923 ni el Convenio de 1961, únicos que regulan el arbitraje en sentido estricto (no el reconocimiento y

arbitraje: "Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes..., deba o no ésta tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes esté sujeta" (Regla primera).

16. Es el criterio adoptado por el Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional: "El presente Convenio se aplicará: a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que... hubieran sido concertados entre personas físicas u jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual, su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes" (artículo 1, punto primero).

17. La posibilidad de que dos partes extranjeras se sometan a un arbitraje regido por la Ley interna española se fundamenta en la ley de autonomía aplicable al convenio arbitral (sobre el tema, *vide* más adelante, en el apartado IV de este trabajo). Si en virtud de este principio de autonomía de voluntad de las partes, la sumisión es un vínculo de conexión suficiente para atribuir el conocimiento de un asunto a la jurisdicción española (sobre el tema, *vide* Gutiérrez de Cabiedes, "La incompetencia de jurisdicción", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona 1974, pág. 161), no hay por qué privarle de esta eficacia cuando del arbitraje se trata.

ejecución de laudos extranjeros), dan criterios suficientes para resolver el problema de la internacionalidad del arbitraje en estos casos, y en otros semejantes o incluso más extremos, en los que la sumisión a un arbitraje internacional se hace directa y exclusivamente por dos nacionales. Estas Convenciones, en efecto, delimitan la internacionalidad del arbitraje atendiendo exclusivamente a criterios subjetivos que, como se ha dicho, en ocasiones no son suficientes.

Sí da, en cambio, dichos criterios el Convenio de Nueva York de 1958 que establece como único principio delimitador de la internacionalidad del arbitraje la extranjería a ambas partes de la resolución arbitral a dictar, considerándose que la decisión es extranjera, entre otros supuestos, cuando ha sido dictada “en el territorio de un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución” (artículo I, núm. 1). Criterio, como se ve, mucho más amplio, y que, además, fue conscientemente adoptado por los países firmantes del Convenio, ya que en su discusión fue expresamente rechazada una enmienda italiana que, con base en el artículo 2 de su Código procesal civil, propiciaba negar la aplicación del Convenio “cuando ambas partes son nacionales o tengan su domicilio o residencia habitual en su territorio...”.

Sin embargo, es discutido por la doctrina que dicho criterio sea aplicable para determinar la internacionalidad del arbitraje con base exclusivamente en el convenio arbitral. En contra se han alegado dos tipos de razones: 1) Que el artículo primero del Convenio de Nueva York limita su aplicación al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; 2) que, en todo caso, su ámbito de aplicación ha sido restringido por el Convenio de Ginebra de 1961, que es de fecha posterior.

Es evidente que los Convenios de Nueva York y de Ginebra no son excluyentes en este punto, sino complementarios, ya que contemplan supuestos diferentes. En el de Ginebra no existe todavía sentencia y su finalidad es configurar la internacionalidad del arbitraje con vistas al único elemento con que se cuenta, el pacto arbitral; en el segundo existe ya sentencia arbitral y se contempla su reconocimiento y ejecución. Pero, precisamente por ese carácter complementario, los criterios de internacionalización del arbitraje contenidos en el Convenio de Nueva York deben ser aplicables cuando los del de Ginebra sean insuficientes. Téngase en cuenta, en primer lugar, que si bien es cierto que, según su artículo I, núm. 1, el Convenio de Nueva York se aplicará al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, no lo es menos que todo el artículo se refiere al pacto

arbitral y su núm. 3 está contemplando la institución preventiva tendente a asegurar el reconocimiento y la ejecución posterior: la excepción de incompetencia de jurisdicción con base en el convenio arbitral; institución que, como es obvio, no es aplicable en vía de reconocimiento y ejecución del laudo¹⁸.

Caso de no admitirse la eficacia de la cláusula arbitral en estos supuestos, la decisión que se adopte en el procedimiento arbitral, aunque susceptible de reconocimiento y ejecución en España en virtud del Convenio de Nueva York, se vería privada de eficacia por aplicación del orden público procesal español, ya que existiría un proceso pendiente o, eventualmente, una sentencia. Se propiciaría así lo que la más reciente jurisprudencia ha tratado de evitar, a saber, que una parte española, incumpliendo los compromisos que libre y espontáneamente aceptó, no comparezca en el procedimiento arbitral e inicie un proceso en España, bloqueando con ello la futura ejecución del laudo que en aquel procedimiento se dicte, a pesar de que la misma sería posible por aplicación del Convenio de Nueva York.

En mi opinión, después de la ratificación del Convenio de Nueva York por España, rige en nuestro ordenamiento la más completa autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la nacionalidad o internacionalidad del arbitraje. Habiendo pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno, es perfectamente posible que dos nacionales españoles sometan sus diferencias, surgidas o por surgir, a un arbitraje internacional, excluyendo así tanto la aplicación de la ley interna de arbitraje como el conocimiento de la jurisdicción española, a pesar de constituir la nacionalidad un vínculo de conexión absoluto tradicional para nuestra jurisprudencia.

Cuando conforme a estos criterios señalados, una determinada convención arbitral tenga el carácter de internacional, será apta para desplegar la eficacia que le viene reconocida en los Tratados y, en lo que aquí interesa fundamentalmente, tendrá la eficacia de excluir el conocimiento de los tribunales españoles sobre las controversias que han sido sometidas a la decisión arbitral. Las partes vendrán obligadas a someter sus diferencias al arbitraje, sin que, como dice el auto de 11 de febrero de 1981 ya citado, sea admisible la voluntad antijurídica y unilateral "de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos y a reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente se aceptó".

18. En el mismo sentido, *vide* Cortes, *op. cit.*, pág. 267. *Cfr.* también Ramos, *Primeras aplicaciones del Convenio de New York...*, *op. cit.*, pág. 120.

III. LA SUMISION DE LAS PARTES A UN ARBITRAJE INTERNACIONAL SUPONE UN LIMITE AL CONOCIMIENTO DE LA JURISDICCION ESPAÑOLA

La eficacia del convenio arbitral internacional para excluir el conocimiento de la jurisdicción española encuentra su fundamento en los Tratados internacionales que, en virtud de su ratificación y publicación, han pasado a formar parte del ordeamiento jurídico español.

El estudio de esta eficacia exige examinar, siquiera sea brevemente, porque el tema ha sido objeto de amplios estudios por parte de la doctrina¹⁹, cómo se compagina con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Tradicionalmente, la jurisprudencia, ante la falta en nuestro sistema procesal de normas precisas de competencia judicial internacional y apoyándose en este precepto de la Ley de Enjuiciamiento civil y en los principios de plenitud y exclusividad de la jurisdicción como poder y función dimanante de la soberanía del Estado, se ha caracterizado por su marcada tendencia expansiva, hasta el punto de que, por algún autor²⁰, se ha hablado de “imperialismo jurisdiccional español”. No obstante, ya hace tiempo que se viene poniendo de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia que aquel precepto debe ser interpretado en el sentido de que fija unos límites al conocimiento de los Tribunales españoles²¹. Estos límites, admitidos hoy con carácter general, son fundamentalmente dos:

a) Límites que vienen impuestos por la necesidad de que exista un vínculo de conexión del asunto litigioso con la jurisdicción española. De modo que, a pesar del tenor literal del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los Tribunales españoles sólo conocerán de un determinado asunto litigioso cuando exista un vínculo de conexión, absoluto o relativo, del mismo con la jurisdicción española²².

19. Sobre los límites de la jurisdicción española, pueden verse los trabajos de Gutiérrez de Cabiedes, “La incompetencia de jurisdicción”, *loc. cit.*, y de Pecourt que realiza un excelente resumen de jurisprudencia en el “Anuario de Derecho Internacional” de 1975, págs. 630 y ss.

20. Miaja de la Muela, “El imperialismo jurisdiccional español y el Derecho internacional”, en *Melanges Fragistas*, Atenas 1968, págs. 89 y ss.

21. *Vide*, por ejemplo, la sentencia de 7 de marzo de 1973: “El órgano jurisdiccional ha de desarrollar su actividad como tal dentro de la esfera de distribuciones, ya que, en otro caso, esa actuación adolecería de defecto de jurisdicción: esas atribuciones tienen un ámbito que se determina en función de ciertos límites que están establecidos en el artículo 51 de la Ley procesal civil”.

22. Sobre este límite, *vide* Gutiérrez de Cabiedes, “La incompetencia de jurisdicción”, *loc. cit.*, págs. 603 y ss.

b) Los que vienen impuestos por los Tratados internacionales ratificados por España. Este último límite, previsto ya en el artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento civil y hoy elevado a principio general, ha sido consagrado por una abundante jurisprudencia en declaraciones *obiter dicta*²³, aunque, con frecuencia también, no ha sido respetado²⁴. En el momento actual, sin embargo, va adquiriendo carta de naturaleza en la práctica de nuestros Tribunales y como debe ser, con preferencia a cualquier otro. De modo que, aunque exista un vínculo de conexión absoluto (por ejemplo, la nacionalidad española de las partes o de alguna de ellas) que atribuya el conocimiento a la jurisdicción española, ésta debe dejar de conocer si así lo disponen los Tratados internacionales. Ante un Tratado internacional sobre arbitraje, ratificado y publicado en España, es correcta la conclusión pronunciada por la Audiencia Territorial de Las Palmas en sentencia de 11 de mayo de 1973 de que las partes pueden, por medio de una cláusula lícita y libremente admitida en el Derecho internacional, derogar y prorrogar la jurisdicción española²⁵.

Frente a lo expuesto anteriormente, no cabe alegar que el conocimiento de la jurisdicción española, cuando existe un vínculo de conexión (sobre todo, si es absoluto), es una cuestión de orden público que se opone a la aplicación de los Tratados.

La excepción de orden público²⁶, utilizada con frecuencia por nuestros Tribunales como valladar que se oponía a la aplicación de una norma extranjera o al reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros, va siendo reducida por los Tribunales a sus justos límites. No se olvide que dicha excepción es de interpretación restrictiva y debe tender exclusivamente a salvaguardar los principios fundamentales inspiradores del ordenamiento jurídico²⁷. Y difícilmente puede decirse que los preceptos de los Tratados internacionales sobre esta materia atenten contra los principios funda-

23. *Vide*, por ejemplo, las sentencias de 30 de mayo de 1961, 31 de octubre de 1968, 11 de julio de 1970, 20 de marzo de 1973, etc. En todas ellas se contiene, formulada de una u otra manera, la doctrina de que los Tribunales españoles no pueden declinar su jurisdicción en favor de los extranjeros, excepto cuando otra cosa se haya pactado en los Tratados internacionales.

24. Puede verse esta jurisprudencia en Pecourt, *op. cit.*, págs. 603 y ss.

25. Esta sentencia aparece recogida en el *Anuario de Derecho Internacional* de 1975, págs. 647 y ss.

26. Artículo 12.3 del Código civil: "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

27. Sobre la excepción de orden público, *vide* Corriente Córdoba, "La excepción de orden público en el Derecho internacional privado español", en *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, págs. 141 y ss.

mentales del ordenamiento jurídico. Además, téngase en cuenta que las normas de los Tratados no son normas extranjeras (que deban aplicarse, por ejemplo, en virtud de la remisión que hace una norma de conflicto interna), no que, por su ratificación y publicación, han pasado a formar parte del derecho interno y son —o deben ser— directamente aplicables. Precisamente para garantizar su coherencia o adecuación con las normas nacionales existe un control previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

IV. LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

Como veremos más adelante, los efectos del convenio arbitral internacional están supeditados al examen que el Juez del foro realice de su validez, eficacia y aplicabilidad al caso concreto. El problema surge a la hora de determinar cuál es la ley por la que se rige: la ley que regula el contrato en que está inserta, la ley nacional española (en el caso de que difiera de la anterior) o la ley de autonomía de las partes.

La primera se aplicará si entendemos que la cláusula arbitral no goza de autonomía propia, sino que sigue las vicisitudes del contrato principal y se rige por la ley a él aplicable; la segunda, si entendemos que la ley española reguladora del arbitraje es, en todo caso, de orden público; la tercera, en fin, si defendemos la autonomía de la cláusula arbitral respecto al contrato en que está inserta y negamos que la legislación española sobre arbitraje sea de orden público. La solución que demos al problema es especialmente importante en nuestro país, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento interno de otros países y en el derecho positivo de los Tratados internacionales, se niega a la cláusula compromisoría en sentido estricto la eficacia de excluir el conocimiento de los Tribunales²⁸.

Defender la autonomía de la cláusula arbitral internacional significa, como ha puesto de manifiesto la doctrina, reconocerle un doble efecto: a) De una parte, un *efecto sustancial*, que se concreta en el hecho de que la eventual nulidad del contrato de base en el que se encuentra inserta no se prolonga a la cláusula misma; b) de otra, “un *efecto de conexión* o, si se prefiere, de reglamentación a los fines del Derecho internacional privado. En sus términos más simples, cabe de-

28. Como es sabido, la única eficacia actual de la cláusula compromisoria en nuestro ordenamiento es la de facultar a la parte conforme con el arbitraje a pedir la formalización del compromiso.

cir que la completa autonomía jurídica de la cláusula compromisoria de arbitraje exige una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla; de manera que, si bien el contrato de base puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable, en muchos casos, para regir la validez y los efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje”²⁹.

No entraré aquí en el estudio detenido del problema. Baste decir que son pocos, hoy en día, los que propugnan la falta de autonomía de la cláusula arbitral, tanto interna como internacional³⁰. Respecto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, creo que puede decirse que es favorable a la autonomía, por lo menos en las sentencias más recientes³¹; doctrina que, además se refuerza si aplicamos analógicamente la formada en torno a la cláusula de su misión expresa³². Por otra parte, como argumento fundamental en favor de la autonomía se alza el hecho de que esa doctrina es la consagrada en los diferentes Tratados sobre arbitraje internacional ratificados por España³³.

Por lo demás, son varias las razones que fundamentan la autonomía de la cláusula arbitral. En primer lugar, si puede ser objeto de un acuerdo independiente, tanto en el arbitraje interno como en el internacional, no hay por qué dudar de su autonomía cuando va incorporada a un contrato principal. Obsérvese también que el convenio arbitral y el contrato principal emanan de dos declaraciones de voluntad diferentes o, por lo menos, dirigidas a fines diversos: el contrato a regular las relaciones patrimoniales entre las partes y el convenio arbitral a desplazar la jurisdicción, encomendando la resolución de los conflictos que puedan surgir a los árbitros.

Hay que concluir, por consiguiente, en el el sentido de que ambos acuerdos —el contrato principal y la cláusula arbitral— gozan de independencia en cuanto a sus efectos y, si ésa fue la voluntad de las partes, en cuanto a la ley aplicable. Si voluntad de éstas fue constituir un arbitraje internacional, serán aplicables las normas reguladoras de

29. González Campos, *op. cit.*, págs. 7 y ss.

30. Un amplio examen sobre la posición de la doctrina española lo realiza González Campos, *op. cit.*, págs. 26-27.

31. Autos del Tribunal Supremo de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981.

32. En efecto, respecto a la cláusula de sumisión expresa, la jurisprudencia señala que tiene una existencia propia y que sus condiciones de validez deben ser apreciadas independientemente de las condiciones de validez del contrato de fondo (*vide*, por ejemplo, las sentencias de 27 de enero de 1933; 2 de julio de 1935; 19 de mayo de 1941, etc.).

33. *Vide* los artículos V, núm. 1, letra a) de la Convención de Nueva York de 1958 y VI, núm. 2 y IX, núm. 1, letra a) del Convenio de Ginebra de 1961.

este tipo de arbitraje a la hora de analizar los requisitos de validez y eficacia de la cláusula o convenio arbitral.

Dicha conclusión sólo dejaría de ser válida en el caso de entender que debe aplicarse siempre la legislación española sobre arbitraje, por formar parte sus preceptos del orden público, que debe ser preservado siempre por los Tribunales españoles.

Con mucha frecuencia, y hasta tiempos recientes, nuestra jurisprudencia ha defendido esta postura³⁴. Pero hoy debemos entenderla definitivamente superada, ya que “de entender nucleada en el orden público la Ley de Arbitrajes Privados de 1953 o aplicable el artículo 954 de la LEC quedarían aquellos Convenios convertidos en letra muerta, ya que bastaría al comerciante español no cooperar en la designación de los árbitros para evitar la futura ejecución de la sentencia”³⁵.

V. LA EXCEPCION DE COMPROMISO ARBITRAL INTERNACIONAL

1. Régimen positivo de los Convenios internacionales

El régimen positivo de la excepción de compromiso internacional se halla contenido en los siguientes preceptos:

a) Regla cuarta del Protocolo de Ginebra de 1923.

“Los Tribunales de los Estados contratantes, al presentárseles un litigio sobre un contrato celebrado entre personas comprendidas en el art. 1º y que incluya acuerdo de arbitraje válido en virtud de dicho art. y susceptible de aplicación, lo someterán, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros. Esa inhibición no prejuzgará la competencia de los Tribunales en el caso de que, por cualquier motivo, el acuerdo de arbitraje prescriba o se anule”.

34. Que le ha servido para rechazar las cláusulas arbitrales internacionales que no constituirían un contrato de compromiso en sentido estricto conforme a la ley española (autos de 4 de marzo de 1964, 12 de noviembre de 1964, 12 de octubre de 1970, 6 de abril de 1972, etc.); o aquéllas en las que se defería a una de las partes o a un tercero la facultad de nombrar los árbitros (auto de 4 de julio de 1975), facultad expresamente prohibida por la ley española. Sobre el alcance de esta jurisprudencia, puede verse Remiro-Brotons, *op. cit.*, págs. 165 y ss.

35. Auto de 8 de octubre de 1981, ya citado.

b) *Artículo 11, n° 3 del Convenio de Nueva York de 1958*

“El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable”.

c) *Art. VI, n° 1 del Convenio de Ginebra de 1961*

“Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado so pena de pérdida de derechos por vencimiento de plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo”.

2. *Calificación de la excepción*

Conforma a lo dispuesto en los preceptos antes citados —no se olvide que son, en virtud de su ratificación y publicación, derecho interno en España y, por tanto, directamente aplicables por los Tribunales españoles— parece claro que el convenio arbitral internacional excluye, previa petición de parte a través de la interposición de la correspondiente excepción, el conocimiento de los Tribunales estatales.

En cuanto al régimen jurídico de la excepción, el Convenio de Ginebra, aparte de configurarla como una excepción en sentido estricto (es necesario que sea alegada por el demandado), ha concretado cuándo debe ser propuesta, remitiendo el problema de su calificación a la ley del foro.

En nuestro país, la excepción puede ser, en principio, una de estas tres: a) la excepción de compromiso, si se aplican analógicamente las normas de la Ley interna de Arbitraje de 1953; b) la excepción de incompetencia de jurisdicción del n° 1 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil; c) la declinatoria internacional, caso que entendamos que es un medio de defensa autónomo no incluido en la excepción n° 1 del art. 533.

En principio, que se califique como excepción de compromiso internacional o como excepción de incompetencia de jurisdicción es indiferente, porque ambas excepciones están sometidas al régimen jurídico de las excepciones dilatorias de la Ley de Enjuiciamiento civil: posibilidad de elegir, en el juicio declarativo de mayor cuantía, entre interponerlas con carácter previo (abiendo un incidente que paraliza, hasta su resolución, el proceso principal) o en la contestación (con la consecuencia de no paralizarse el proceso principal y decidirse la cuestión planteada con la excepción en la sentencia); y necesidad de optar por esta segunda vía en los demás juicios. Ambas posibilidades, por lo demás, se hallan previstas en la norma del Convenio de Ginebra antes citada, con lo que la calificación de la excepción de una u otra manera no pasaría de ser una cuestión meramente terminológica.

Sí que varía el régimen jurídico de la excepción si entendemos que se trata de la declinatoria, en su vertiente de declinatoria internacional; entre otras razones, porque la declinatoria siempre paraliza el procedimiento, independientemente del tipo de juicio de que se trate, abriendo la vía incidental para su resolución (artículo 114, en relación con el 79 de la Ley de Enjuiciamiento civil), mientras que las excepciones dilatorias (incluida la de compromiso) sólo producen ese efecto, como ya se ha dicho, cuando se interponen con carácter previo en el juicio declarativo de mayor cuantía.

En mi opinión, el espíritu de los Convenios internacionales antes citados es aplicar analógicamente a esta materia los principios que regulan la denuncia de la falta de jurisdicción por razón del territorio y, por eso precisamente, han configurado una excepción en sentido estricto, que necesariamente debe ser alegada por el demandado. Ello impide que, en nuestro ordenamiento, sea la excepción nº 1 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, prevista exclusivamente para denunciar los defectos de jurisdicción por razón de la materia y la falta de competencia objetiva. Los defectos de jurisdicción por razón del territorio, lo mismo que la falta de competencia territorial, tienen en nuestro ordenamiento un cauce específico: la declinatoria.

3. *Enjuiciamiento de la excepción*

A) Denunciada a través de la declinatoria internacional la falta de jurisdicción del Juez español ante el que se plantea una cuestión sometida por las partes a un arbitraje internacional, cabe preguntarse si éste puede declararla inadmisibles por no cumplir las formalidades que para la declinatoria exige la Ley de Enjuiciamiento civil; en con-

creto por no contenerse en el escrito en que se interpone la petición expresa de remisión de los autos al Juzgado o Tribunal competente y la expresión formal de no haber hecho uso de la inhibitoria (artículos 72.3 y 78).

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Respecto a la primera de esas formalidades, ya hace tiempo que puso de manifiesto De la Plaza su carencia de fundamento³⁶. Además, supeditar la admisibilidad de la excepción a la formulación expresa en el *petitum* del escrito en que se promueve de esta remisión constituiría un exagerado formalismo, que debe entenderse superado³⁷.

La formalidad de manifestar expresamente que no se ha hecho uso de la inhibitoria tampoco tiene fundamento alguno, ya que, además de que ello supondría, como en el caso anterior, caer en un exagerado formalismo, tal exigencia no tiene sentido cuando de conflictos internacionales de jurisdicción se trata. En efecto, la tramitación de la inhibitoria lleva consigo la necesidad de que exista un tercero, superior común a ambos, que pueda dirimir el conflicto³⁸. Y esto obviamente no se da cuando se trata de un conflicto internacional, y, además, entre un órgano jurisdiccional y otro arbitral. Por otra parte, a nivel internacional no existe la razón que podría justificar esa exigencia en el derecho interno: la existencia de dos medios incompatibles para dirimir las cuestiones de competencia territorial.

B) Conforme a la norma del Convenio de Nueva York antes transcrita, la estimación de la excepción planteada y, por consiguiente, la producción de su eficacia típica (la remisión de las partes al arbitraje) está supeditada al examen previo que el Tribunal ante el que se planteó realice sobre la existencia, validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral.

Téngase en cuenta, sin embargo, que ese examen debe realizarse por el Juez con carácter previo al de la cuestión de fondo y, en el caso de defender, como aquí se hace, que la excepción en nuestro sistema es la declinatoria en su variante de declinatoria internacional, siempre antes de la sentencia, en el incidente abierto para conocer de

36. Se entiende que cuando se trata de conflictos internacionales de jurisdicción. *Vide* su trabajo "Excepciones procesales con carácter internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 674.

37. La jurisprudencia, por ejemplo, hace tiempo que viene considerando como un mero formalismo, en la sumisión expresa, la renuncia clara y terminante al fuero propio.

38. Sobre el tema, puede verse Gutiérrez de Cabiedes, "La excepción de incompetencia de jurisdicción", *loc. cit.*, págs. 144-148.

la cuestión planteada, porque la declinatoria iterrumpe el procedimiento en todo caso³⁹.

Quiere ello decir que, pedida por el actor en el *suplico* de su demanda ante el Juez español (con carácter previo a las peticiones de fondo en sentido estricto) la declaración de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula arbitral pactada, e interpuesta por el demandado la declinatoria internacional, no puede el Juez declararla inadmisibile o remitir su enjuiciamiento al momento de la sentencia por entender que su examen previo supondría un pronunciamiento adelantado sobre la cuestión de fondo.

Obsérvese que considerar como integrante de la cuestión de fondo esa petición del actor supondría otorgar tal carácter a una pretensión previa a la de fondo en sentido estricto en cuanto que, a través de ella, se postula en realidad la declaración por el Juez de que tiene jurisdicción para conocer del resto de las peticiones contenidas en la demanda, cuestión ésta que es la que, precisamente, se discute en el incidente abierto por la excepción propuesta por el demandado.

Procediendo así se sustraería al Juez el conocimiento previo de una cuestión procesal por la vía de incluir en el *petitum* de la demanda los presupuestos de la cuestión procesal misma. Por ese camino, sería relativamente sencillo dejar sin contenido la excepción de incompetencia de jurisdicción o la declinatoria internacional como medio para denunciar la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles. Pero también sería relativamente fácil sustraer al conocimiento previo del Juez su propia competencia territorial para conocer de un asunto interno. Bastaría, en efecto, solicitar en el *petitum* de la demanda la declaración de nulidad del contrato de compromiso o la declaración de que la acción ejercida es real para que el demandado no pudiera discutir, con carácter previo, la jurisdicción o la competencia interna del Juez a través, respectivamente, de la excepción de compromiso o de la declinatoria o inhibitoria con fundamento en que la acción ejercitada es personal y, por tanto, el fuero es diferente.

C) Si el Convenio arbitral debe regirse por la ley de autonomía y voluntad de las partes fue constituir un arbitraje internacional, el examen por el Juez de la validez, eficacia y aplicabilidad de dicho con-

39. Caso de entender que la excepción se somete en nuestro sistema al régimen de la excepciones dilatorias (lo cual es consecuencia ineludible de entender que la excepción es la "incompetencia de jurisdicción" del n^o 1 del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil), ello ocurrirá sólo en el juicio declarativo de mayor cuantía cuando el demandado la alegue con carácter previo.

venio deberá realizarse a la luz de las normas contenidas en los Tratados. Dicho con otras palabras: la cláusula arbitral será válida, aplicable y eficaz para excluir el conocimiento de la jurisdicción española si reúne todos los requisitos señalados en aquellas normas.

a) Respecto a la capacidad de los sujetos para comprometerse será de aplicación el artículo VI, n° 2 del Convenio de Ginebra de 1961, según cuyo tenor “al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral los Tribunales nacionales de los Estados contratantes ante los cuales se hubiese promovido dicha cuestión deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la ley que les sea aplicable a éstas”.

Por consiguiente, será aplicable para regular esta materia la ley española. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el derecho positivo de los Tratados internacionales ha desaparecido la distinción, todavía existente en el derecho interno español sobre arbitraje, entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso, reconociéndose a ambos los mismos efectos, positivos (obligación de acudir al arbitraje) y negativos (exclusión del conocimiento de los Tribunales del foro). Esta unificación de efectos obviamente desplegará también su eficacia sobre el requisito de la capacidad, de forma que, si lo acordado por las partes es, conforme a nuestro derecho interno, una cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, el único requisito de capacidad que se exigirá será la capacidad general de contratación (artículo 7 de la Ley de Arbitraje de 1973).

Hay que tener presente, además, que, según se dijo anteriormente, después del Convenio de Nueva York es perfectamente posible que dos nacionales sometan sus controversias a un arbitraje internacional. En el momento de examinar la capacidad de las partes para otorgar el acuerdo, el Tribunal español no podrá declararlo nulo por incapacidad de dos españoles para suscribir un acuerdo que excluya el conocimiento de la jurisdicción española. Y no podrá hacerlo porque, aparte de que el artículo VI, n° 2 del Convenio de Ginebra, al remitir el tema de la capacidad a la *lex fori*, se refiere a la capacidad de derecho sustantivo y no a prohibiciones especiales para realizar determinados actos (y de una prohibición se trataría la no posibilidad de que dos españoles realicen un acuerdo que excluya el conocimiento de la jurisdicción española), el Convenio de Nueva York supone una excepción —o mejor, una derogación para los casos que contempla— de la regla general que excluye la sumisión de dos nacionales a

una jurisdicción distinta de la española. En efecto, conforme al artículo II, n° 1 de dicho Convenio, “cada uno de estos Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Y, como ya se vio anteriormente, es claro que dicho Convenio no menciona ningún tipo de restricciones motivadas por la nacionalidad de las partes suscribientes del pacto arbitral.

Todavía existe un momento posterior de control de la incapacidad: el momento en que se solicite el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, ya que, conforme al artículo V, n° 1, letra a) del Convenio de Nueva York, el reconocimiento y la ejecución pueden ser denegados, a instancia de parte, si las partes del convenio arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad conforme a la ley que les es aplicable.

b) Es necesario, en segundo lugar, que el convenio arbitral recaiga sobre una materia susceptible de ser sometida a arbitraje. El Convenio de Ginebra limita el arbitraje a las “controversias surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional” (artículo I, n° 1, letra a). En todo caso, la comercialidad y arbitrabilidad del objeto es algo cuya determinación deja el Tratado a la *lex fori*: “El Tribunal ante el cual se hubiere promovido el asunto podrá denegar el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la *lex fori*, la controversia no es, por su objeto o materia, susceptible de arreglo mediante arbitraje” (artículo VI, n° 2, párrafo último del mismo Convenio).

Igual que ocurre con la incapacidad de las partes, la inidoneidad del objeto para ser resuelto por medio de arbitraje es un motivo de oposición al reconocimiento y ejecución posterior de la sentencia arbitral que se dicte (artículo 5, n° 2, letra a) del Convenio de Nueva York).

c) En cuanto a la forma del convenio arbitral, los Tratados internacionales prescinden del rigorismo formal de nuestro derecho interno. “A los fines de la aplicación del presente convenio —dice el artículo I, n° 2, letra a) del Convenio de Ginebra de 1961— se entenderá por acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromi-

soria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o compromiso arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

La libertad de forma consagrada por este precepto del Convenio de Ginebra es vinculante para el Juez español en virtud de la ley de autonomía que rige el convenio arbitral. Por eso, no podrá considerar dicho convenio nulo por no reunir los requisitos que la ley española exige para el contrato de compromiso. No se olvide que, como decíamos antes, el derecho positivo de los Tratados ha suprimido toda distinción entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso, reconociendo a ambos los mismos efectos.

d) En las restantes materias, el Juez del foro que examine la validez de la cláusula decidirá, según dispone el artículo VI, nº 2 citado del Convenio de Ginebra de 1961:

a’) Según la ley a la que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral.

b’) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo.

c’) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y si en el momento en que la cuestión sea sometida a un Tribunal Judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en el que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del Tribunal estatal concededor del asunto.

Si el convenio arbitral reúne todos los requisitos que se acaban de mencionar, el Juez del foro deberá estimar la declinatoria internacional y, conforme al artículo II, nº 3 del Convenio de Nueva York, remitir a las partes al arbitraje. La parte que eludió el compromiso acudiendo a los Tribunales del Foro tendrá todavía una oportunidad de oponerse, pero en un momento posterior: en el momento en que se pretenda en España el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, oponiendo alguno de los motivos de nulidad del mismo previstos en el artículo V del Convenio de Nueva York y en el artículo IX del Convenio de Ginebra de 1961.

VI. LA LITISPENDENCIA ARBITRAL INTERNACIONAL

Cabe preguntarse, como punto final de este trabajo, si es posible interponer ante los Juzgados y Tribunales españoles la excepción de litispendencia arbitral internacional con base en un procedimiento arbitral pendiente. O, más exactamente, si dicha excepción es admisible en nuestro ordenamiento jurídico procesal.

La excepción de litispendencia, regulada en nuestro derecho interno en el artículo 533, nº 5 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tiene como finalidad exonerar al demandado de contestar a la demanda —o evitar que se entre en el enjuiciamiento de fondo— por existir ya un proceso pendiente entre los mismos sujetos y acerca del mismo objeto.

Doctrina y jurisprudencia están conformes en que esta excepción sólo puede prosperar si concurren los siguientes presupuestos⁴⁰:

1º) Que existan dos procesos pendientes entre los mismos sujetos y acerca del mismo objeto (*petitum* y *causa petendi*).

2º) Que el primer proceso se halle pendiente ante Juez o Tribunal competente.

3º) Que los procesos sean de la misma naturaleza. Al ser una institución preventiva de la cosa juzgada, lo lógico es que sólo puedan fundar la excepción los procesos en que ésta se produzca en toda su extensión.

4º) Que se den entre los sujetos y el objeto de ambos procesos las identidades exigidas por el artículo 1252 del Código civil para la cosa juzgada. Por eso, la coincidencia parcial de los elementos identificadores de cada proceso (de cada acción) no puede fundar la litispendencia, aunque sí la acumulación de autos⁴¹.

Cuando concurren estos presupuestos⁴², la excepción de litispendencia produce la eficacia a que antes me refería. El problema surge cuando lo pendiente no es un proceso en sentido estricto, sino un procedimiento arbitral, y éste, además, es internacional. Los interrogantes que inmediatamente surgen son los siguientes: ¿Puede el arbitraje fundar la excepción de litispendencia?; ¿cabe hablar de una excepción de litispendencia arbitral internacional?

40. Sobre los presupuestos de la excepción de litispendencia puede verse Serra, "Litispendencia", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1969, págs. 679 y ss.

41. Sobre el tema y, en general, sobre los requisitos de la excepción, puede verse la sentencia de 24 de enero de 1978.

42. Un estudio detenido de la excepción, en el que aquí no podemos entrar, puede verse en Gutiérrez de Cabiedes, "La litispendencia", en *Estudios, op. cit.*, págs. 301 y ss.

La doctrina por lo general ha respondido negativamente a ambas cuestiones. “El procedimiento arbitral, al no ser un proceso, sino un simple equivalente jurisdiccional, no produce una verdadera y auténtica litispendencia. Por tanto, sería infundado admitir la excepción de litispendencia por la existencia de un arbitraje anterior sobre la misma cuestión. Para estos casos, la excepción que procede es (en todo caso) la de compromiso”⁴³.

Si a ello añadimos el carácter internacional del arbitraje, la respuesta, desde el punto de vista del derecho interno, es clara tanto para el proceso como para el arbitraje extranjero: “En el actual estado del Derecho internacional, lo normal es que el proceso extranjero sólo pueda tener vigencia en el ámbito nacional mediante la figura del *exequatur*. Como éste, por otra parte, sólo debe concederse a las resoluciones irreformables (autos y sentencias) de los países, a la simple pendencia del proceso le es imposible alcanzar aquel reconocimiento”⁴⁴. Por eso, nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de declarar que no puede estimarse la pendencia ante otro Juzgado o Tribunal competente si la demanda o solicitud primera se formuló ante un Tribunal extranjero⁴⁵.

Sin embargo, las razones que se acaban de ver en contra de la admisibilidad de la litispendencia arbitral internacional en nuestro derecho interno tienen como límite los Tratados internacionales suscritos por España. Y no podía ser menos por el carácter de derecho interno que las normas de los mismos adquieren en virtud de su ratificación y publicación en España, y por su aplicación en los casos de arbitraje internacional, al estar regida la cláusula arbitral por la ley de autonomía. Quiere ello decir que si un Tratado contempla esta excepción, la misma será aplicable en nuestro país por encima de las razones que puedan existir para negar su admisibilidad en el derecho interno.

Conforme al artículo VI, n° 3 del Convenio de Ginebra de 1961, “si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse a un Tribunal judicial, en tal caso el Tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia

43. Gutiérrez de Cabiedes, *loc. cit.*, pág. 348. En el mismo sentido se pronuncia Serra, “Litispendencia”, *loc. cit.*, pág. 600. En sentido contrario, sin embargo, Prieto-Castro, *Tratado de Derecho Procesal civil*, I, Pamplona 1982, pág. 828.

44. Gutiérrez de Cabiedes, *loc. cit.*, pág. 349.

45. Sentencia de 31 de enero de 1921.

entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del Tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el Tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”⁴⁶.

No cabe duda de que, enfocadas desde el punto de vista del derecho interno español, difícilmente puede decirse que estas normas regulen la excepción de litispendencia arbitral internacional: a) porque dicha excepción es imposible cuando las sentencias a dictar en ambos procesos no producen entre sí la cosa juzgada; b) porque la excepción de litispendencia, caso de ser estimada, produce una sentencia absolutoria en la instancia, nunca la suspensión del proceso; c) porque la sentencia extranjera es, antes del *exequatur*, ineficaz y no cabe, por tanto, el que se produzca contradicción entre ella y una sentencia española.

Estas y otras razones han llevado a algún autor a negar tanto la posibilidad de la litispendencia arbitral internacional, como el que aparezca regulada tal excepción en los textos que se han transcrito más arriba⁴⁷. En mi opinión, sin embargo, debe ser un punto de vista más amplio el que presida la interpretación de estas normas. En primer lugar, establecen los mismos presupuestos que la litispendencia en el derecho interno: la existencia de dos pleitos pendientes⁴⁸ y la identidad subjetiva y objetiva de ambos⁴⁹. En segundo lugar, es la misma la finalidad perseguida, evitar sentencia contradictorias, si bien con un propósito distinto: en el derecho interno como medida preventiva de la cosa juzgada; en el derecho internacional, como medio para que el laudo o la sentencia arbitral pueda ser ejecutada en España.

46. Dentro de los Convenios bilaterales, el artículo 10 del Convenio hispano-francés de 29 de mayo de 1969 dispone que “los Tribunales de cada parte contratante podrán, según los casos, declarar la inadmisión o suspender temporalmente el curso de una demanda cuando, fundada en la misma causa y entre las mismas partes, exista una demanda ante un Tribunal de otro Estado y pueda producirse una decisión susceptible de ser reconocida en virtud del presente Convenio”.

47. Cortes, *Derecho Procesal civil internacional*, op. cit., págs. 253 y ss. Para él, la finalidad de las normas antes transcritas sería, respectivamente, suspender el proceso (págs. 271 y ss.) y evitar sentencias inútiles (págs. 255 y ss.).

48. Aunque, en el presente caso, uno de ellos es un procedimiento arbitral.

49. Con menos rigor el Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969, que sólo exige la identidad de causa. Debemos entender que se refiere a la *causa petendi*, aunque el *petitum* varíe en uno y otro procedimiento.

Difieren, pues, sólo en cuanto a los efectos. Pero, en mi opinión, no repugna —o no tiene por qué repugnar— el hecho de que la excepción de litispendencia produzca no la terminación del proceso con una sentencia absolutoria en la instancia (que si la excepción no se interpone con carácter previo en el juicio declarativo de mayor cuantía se dictará después de haberse tramitado todo un proceso en el vacío), sino una suspensión del mismo hasta que termine el proceso o el procedimiento arbitral pendiente⁵⁰. Quiero decir que una norma de un Tratado internacional que prevea este efecto sería directamente aplicable por no ir en contra del orden público procesal interno español.

En mi opinión, desde el momento en que un Tratado ratificado por España regula la eficacia de un arbitraje internacional y la posibilidad de que el laudo que en él se dicte sea ejecutado en España, el procedimiento arbitral tiene la virtualidad de fundar la excepción de litispendencia en el derecho interno, como medio de evitar, primero, que el laudo no sea reconocido por estar pendiente un proceso entre los mismos sujetos y sobre el mismo objeto en España; y, segundo, que cuando se dicte la sentencia en España pueda ser contradictoria con el laudo, enervando también la posibilidad de su reconocimiento y ejecución. Tanto más si los propios Tratados prevén dicha excepción o, por lo menos, los elementos que la configuran⁵¹.

Si, para conseguir dicha finalidad, los Tratados no se limitan a ordenar al Tribunal español que dicte una sentencia absolutoria en la instancia (como en el proceso interno), sino que, según los casos, le facultan a suspender el proceso hasta que el Tribunal arbitral haya dictado una resolución sobre el fondo o a declarar la inadmisibilidad de la demanda, ello se debe a que, con mayor perfección técnica, es-

50. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 7 de octubre de 1961: "La excepción de litispendencia tiende a evitar que sobre una misma cuestión litigiosa se pronuncien sentencias contradictorias, impidiendo así por este remedio procesal que se divida la continencia de la causa y se produzcan resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada incompatibles, por lo que siendo hechos indiscutibles que al ser formulada la demanda en estos autos sobre la resolución de un contrato de arrendamiento urbano, declaración que lleva implícita la de la validez inicial de dicho contrato, existía una demanda en que tal validez se negaba, al pedirse la nulidad de aquél por la existencia de vicios en el consentimiento, es indudable que si no se paraliza la tramitación del presente pleito hasta que en el promovido con anterioridad se resuelva sobre la validez o nulidad del contrato en cuestión, se corre el riesgo de que, en definitiva, prosperen las pretensiones deducidas en ambos procedimientos con fuerza de cosa juzgada material sobre el mismo tema de la validez del contrato discutido..."

51. A mi juicio, el problema de la calificación de la excepción pierde importancia ante la realidad del fenómeno.

tán previendo la posibilidad de que el laudo no resuelva sobre el fondo (por declarar la falta de competencia del Tribunal arbitral, por ejemplo) o que se niegue su reconocimiento en España por prosperar alguna de las excepciones al reconocimiento y ejecución reguladas en los mismos Tratados. En estos casos, razones de economía procesal obligan a no tener que comenzar de nuevo el proceso.

