

La prejudicialidad civil en el arbitraje

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Análisis de los problemas que plantea la aplicación de la prejudicialidad civil al procedimiento arbitral a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo del 2017.

1. Dispone el artículo 43 de la Ley de Arbitraje (LA) que el laudo produce, como la sentencia, efectos de cosa juzgada, tanto el positivo (o prejudicial) como el negativo, y tanto en un proceso judicial posterior como en otro procedimiento arbitral (véase la STS de 23 de junio del 2010, RJ 2010\4907). Y lo mismo hay que decir a la inversa cuando se pretende hacer valer en un arbitraje la eficacia de la cosa juzgada —positiva o negativa— de una sentencia judicial firme. La cuestión que se ha de analizar es si se puede decir lo mismo de las instituciones preventivas que produce la pendencia del proceso, es decir, si la pendencia de un procedimiento arbitral o judicial puede fundar la litispendencia o la prejudicialidad civil en un procedimiento judicial o arbitral ya planteado.
2. La mejor doctrina había excluido la excepción de litispendencia en el proceso judicial fundada en un procedimiento arbitral idéntico que estuviera pendiente: la exclusión del proceso jurisdiccional —que es el efecto inherente a la estimación de la excepción de litispendencia— nace no con arbitraje pendiente, sino con el convenio arbitral, y por tanto opera, fundando la declinatoria, antes y con independencia de que el procedimiento arbitral se haya iniciado. Por otra parte, es discutible que pueda hablarse de excepción de litispendencia fundada en un procedimiento arbitral cuando en el arbitraje (a diferencia de lo que ocurre en el proceso) los escritos de

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.

alegaciones no delimitan estrictamente el objeto de la controversia, de forma que ésta no pueda modificarse con posterioridad (prohibición de la *mutatio libelli*, prevista para el proceso civil en el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que no rige en el arbitraje según el artículo 29.2 de su ley reguladora). Ahora esta exclusión hay que entender que se halla recogida en el artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje cuando dispone que «[l]a declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales». Como ha dicho la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 4/2013, de 10 de octubre (JUR 2013\329603), parece que «la circunstancia de [que] la Ley de Arbitraje parta de la posibilidad de que ambos procesos se sustancien al mismo tiempo puede abonar la impresión de que, para la nueva Ley de Arbitraje, no existe litispendencia entre un proceso jurisdiccional y otro arbitral sobre el mismo objeto».

No obstante, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de mayo del 2017 (AC 2017/727), también «en tales casos la jurisdicción sobre el mismo objeto es excluyente: o la tiene el árbitro o la tiene el tribunal de justicia, no ambos, y tal es precisamente lo que se discute; y en este contexto es donde el efecto negativo del convenio tiene su plasmación en el artículo 11 LA cuando dispone que no se suspenda el inicio o la prosecución del arbitraje por la incoación de la declinatoria [...]. Lo que tampoco significa —desde luego, no inequívocamente— que prosecución equivalga a terminación».

3. Un sector de la doctrina excluye la eficacia prejudicial de la cuestión pendiente de laudo en un proceso judicial con fundamento en que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se la reconoce a las decisiones sobre cuestiones que constituyan «el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil». A mi juicio, sin embargo, no parece razonable negar esta eficacia: si se admite la de la cosa juzgada del laudo y la estimación de la excepción comporta la exclusión del proceso, con más razón deberá admitirse el efecto que produce la prejudicialidad arbitral, que no es la exclusión, sino su suspensión, porque la finalidad de ambas instituciones es la misma: evitar que se dicten resoluciones contradictorias.
4. Problemas diferentes se plantean en el caso inverso, cuando se pretende hacer valer en un procedimiento arbitral una cuestión prejudicial pendiente de resolver en un proceso civil anterior (o en otro procedimiento arbitral), porque no es claro que en aquél (en el procedimiento arbitral) pueda acordarse la suspensión. A ellos me refiero especialmente en esta nota, glosando la doctrina contenida en la interesante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 3 de mayo del 2017, antes citada.
 - a) Un sector de la doctrina y algunas sentencias de nuestros tribunales rechazan la aplicación del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al arbitraje «porque no viene contemplada la suspensión del proceso arbitral por prejudicialidad [única alternativa prevista en el precepto si no es posible la acumulación de procesos], a diferencia de lo previsto entre dos procedimientos ante la jurisdicción ordinaria; resultando clarificador que en el supuesto de litispendencia se impone la continuación del arbitraje, debiendo aplicar

idéntica solución, y que el artículo 43 LEC refiera el supuesto a la pendencia de procesos ante el mismo o diferente tribunal civil» (STSJ Castilla-La Mancha 4/2013, de 10 de octubre, antes citada).

Sin embargo, no parece que tales objeciones tengan fundamento. Por un lado, como ha dicho la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo del 2017, de acuerdo con la jurisprudencia, no es aceptable el argumento de la no previsión en la Ley de Arbitraje de un precepto similar al de su artículo 43 porque las situaciones de prejudicialidad con base en el objeto propio de un proceso judicial pueden plantearse en el arbitraje y, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación supletoria, habrá que buscar una solución para ellas: que sólo se pueda mantener o suspender el procedimiento (arbitral) hasta que resuelva el órgano judicial (de manera vinculante para el árbitro), o bien encomendar a éste (al árbitro) su decisión *incidenter tantum*. Y, por otro lado, «el argumento que a veces se da de la inexistencia de litispendencia entre el procedimiento arbitral y el jurisdiccional no es definitivo: en tales casos la jurisdicción sobre el mismo objeto es excluyente: o la tiene el árbitro o la tiene el tribunal de justicia, no ambos, y tal es precisamente lo que se discute».

Pero tampoco tiene fundamento la objeción de que el artículo 43 prevé su aplicación sólo en los procedimientos judiciales, porque —insisto— lo realmente relevante es si la prejudicialidad civil está destinada a cumplir su función en el arbitraje; y, como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de mayo del 2017, «si la decisión de la cuestión prejudicial pendiente en el ámbito jurisdiccional condicionase realmente la eficacia del laudo, no sería fácil justificar el dispar tratamiento de la prejudicialidad civil en el arbitraje o en la jurisdicción».

5. A partir de aquí, la aplicación del régimen de la prejudicialidad civil previsto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al arbitraje requiere analizar las cuestiones problemáticas que se han planteado. Veámoslas:
 - a) La primera es si la suspensión del procedimiento arbitral es la única vía posible. Como antes decía, planteada la prejudicialidad, el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ofrece al juez (y, en nuestro caso, al árbitro) una única vía: la suspensión del procedimiento arbitral, porque hay que excluir la prevista con carácter principal, la acumulación de los procedimientos judicial y arbitral.

Aunque el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer que el juez «podrá mediante auto decretar la suspensión», está haciendo referencia a una facultad del juez que deja abierta la puerta a otras posibilidades (la decisión *incidenter tantum*), entiende la jurisprudencia mayoritaria que, solicitada tal suspensión por las partes (se excluye la apreciación de oficio), el juez deberá acordarla necesariamente (está vinculado) cuando concurren los presupuestos previstos en el mencionado artículo 43 y, en especial, la conexión

entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulta antecedente lógico de la resolución del otro, aun cuando no concurren todas las identidades que se exigen para la cosa juzgada (véanse la STS de 13 octubre del 2010, RJ 2010\7451, y también el AAP Madrid, Sección 28.ª, de 9 de diciembre del 2015, JUR 2016\40128). De esta forma, su única alternativa es la desestimación de la prejudicialidad por entender que no concurren los requisitos, con la consecuencia de que continúe la tramitación de ambos procesos. Como dijo la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de citar, recordada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2017, «la disposición del artículo 43 LEC sobre la prejudicialidad civil aparece por primera vez en la Ley 1/2000, de 7 de enero, como excepción a la regla general de que los tribunales civiles pueden pronunciarse prejudicialmente sobre cuestiones, también civiles, que resulten antecedente lógico jurídico de la cuestión principal». La consecuencia sería considerar que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una norma especial que excluye la aplicación, en el caso por ella previsto, de la norma general del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente») y la interpretación tendría sentido si se tiene en cuenta que en el régimen de prejudicialidad no penal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se puede entender como una concreción en el ámbito del proceso civil de la citada norma general de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la decisión *incidenter tantum* por el juez civil de cuestiones prejudiciales se refiere sólo a las administrativas y laborales (art. 42), que son las únicas que no le están atribuidas «privativamente», conteniendo el artículo 43 un régimen específico para las civiles.

- b) Situados en la suspensión (del procedimiento arbitral), la segunda cuestión que se plantea es si el árbitro puede acordarla. Parece claro que podrá hacerlo si, al amparo del artículo 43, son ambas partes las que solicitan la suspensión por prejudicialidad, sin que sea obstáculo la fijación de un plazo máximo para laudo, porque hay que entender que también estarán de acuerdo para prorrogar durante el tiempo que sea necesario ese plazo máximo (ocho meses a los que se refiere el artículo 37.2 de la Ley de Arbitraje, incluida la posible prórroga acordada por el árbitro), cosa que pueden hacer porque dicho precepto les faculta para ello, aparte del menor rigor con que, después de la reforma de dicha ley en el 2011, se sanciona el incumplimiento del requisito del plazo, que no afecta ya a la validez del laudo, sino que es sólo causa de exigencia de posible responsabilidad al árbitro.

Si, por el contrario, al amparo también del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte contraria a la que solicitó la suspensión del procedimiento arbitral por prejudicialidad se opone a ella (y también a la prórroga del plazo), habrá que plantearse si el árbitro puede (o debe) acordarla (la suspensión). En mi opinión, no se opondría al reconocimiento de tal posibilidad el riesgo del incumplimiento del plazo máximo para laudo, que en tal caso no sería prorrogado por acuerdo de las partes, ya que, como he dicho, tal incumplimiento no afectaría a la validez del laudo, sino que sería determinante sólo de una posible responsabilidad del árbitro (art. 37.2). Pero sí se opondría la relevancia que tiene la

voluntad de las partes en el arbitraje y, en concreto, en la determinación del procedimiento (art. 25.1 LA) y, en el caso, no existe acuerdo para introducir en el procedimiento la suspensión de las actuaciones; por lo demás, no puede entenderse que ésta forme parte de los poderes de dirección del arbitraje que reconoce a los árbitros el artículo 25.2 de la Ley de Arbitraje. Sólo si —como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2017— se entiende que la parte solicitante de la suspensión tiene derecho «a no arrosar el riesgo de una resolución contradictoria [la que pueda dictar el juez], que convierta en inútil el laudo que se vaya a dictar resolviendo *incidenter tantum* sobre el antecedente lógico de la cuestión principal», y se considera que es un derecho fundamental ex artículo 24.1 de la Constitución, podría entenderse justificado que el árbitro acordara la suspensión por ser una cuestión de orden público.

- c) Pero no me parece que sea necesario acudir a tal construcción. Dándose tal situación (oposición de la parte contraria a la prejudicialidad y a la concesión de la prórroga para laudar), la tercera —y última— cuestión que se plantea es si se le abre al árbitro la alternativa de decidir la cuestión *incidenter tantum*. En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa, y no sólo en el caso de que la resolución judicial que se pueda dictar sobre ella no condicione la virtualidad del propio laudo ni la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada material que produce, que es el supuesto previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid del 2017.

De entrada —como dice esta sentencia—, «[s]e podría argüir en contrario que la jurisdicción del árbitro tiene su fundamento y su límite en lo convencionalmente pactado, pero no es menos cierto que resulta cuestionable que las partes acuerden someterse a la decisión de un árbitro restringiéndole la posibilidad de que analice una premisa lógica de aquello que se le encomienda resolver [...]. Tal es lo que tradicionalmente ha justificado la regla general presente en nuestras leyes procesales acerca del conocimiento prejudicial: se ha aceptado la conveniencia del conocimiento *incidenter tantum*, en la conciencia de que se carece de genuina competencia para enjuiciar dicho objeto plenamente, por lo que, en contrapartida, se priva de cosa juzgada material a lo resuelto de tal modo (art. 10 LOPJ)».

Por otra parte, me parece que, salvado que la posible decisión de la cuestión prejudicial forma parte implícita del convenio arbitral, ningún obstáculo existe —en el plano dogmático— para que el árbitro pueda pronunciarse sobre la cuestión prejudicial civil *incidenter tantum*. Si no se ve afectada por la eficacia de la cosa juzgada del laudo es porque no forma parte del objeto del arbitraje en sentido estricto y, en consecuencia, la decisión (prejudicial) sobre ella puede ser revisada (y contradicha) por la sentencia judicial. Podría sostenerse que es esa posibilidad (que el laudo pueda verse privado de eficacia) precisamente la que justifica que el árbitro pueda decidir *incidenter tantum*. Aunque, ciertamente, las dificultades que en tal caso puede plantear la eficacia de la sentencia judicial posterior en el laudo ya dictado (del que la cuestión decidida por aquélla constituye un «antecedente lógico») pueden ser una razón para abogar por la aplicación al arbitraje del régimen de suspensión vinculante del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se propugna y antes veíamos.

En cualquier caso, cuestión diferente es si el árbitro puede decidir *incidenter tantum* una cuestión prejudicial que versa sobre un materia no arbitrable. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 2017 entiende que no y su respuesta es razonable porque tales cuestiones —lo mismo que las penales— no pueden formar parte implícita del convenio arbitral.