

DECLINATORIA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

José Luis González Montes
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos
Socio de Baylos

Fecha de recepción: 16 de enero

Fecha de aceptación: 1 de junio

RESUMEN: La autonomía de la voluntad de las partes permite a éstas dirimir sus controversias de naturaleza civil y mercantil a través del arbitraje como un medio extrajurisdiccional de resolución de conflictos, para ello han de suscribir un convenio arbitral con los presupuestos y requisitos establecidos en la LA. No obstante, obviando dicho acuerdo, una de las partes puede acudir a la jurisdicción para que sea ésta la que resuelva, pudiendo invocar la parte contraria la existencia y validez del convenio arbitral y la sumisión a arbitraje.

Este artículo analiza el instrumento procesal para hacer valer el arbitraje entre las partes (la declinatoria), pero lo hace desde la perspectiva del arbitraje internacional, analizando cuándo y conforme a qué requisitos puede calificarse un arbitraje como internacional, poniendo en conexión esta circunstancia con los principales tratados internacionales en materia arbitral. Desde ese punto de vista, se analizan los presupuestos de la declinatoria, procedimiento, régimen de recursos, así como su influencia cuando el procedimiento arbitral está ya iniciado y los efectos de su prosecución. Definiendo para ello cuándo nos encontramos realmente ante el inicio de las actuaciones arbitrales a los efectos no solo de la declinatoria, sino también de la adopción de medidas cautelares. Igualmente, y como cuestiones más especiales, se abordan qué singularidades presenta cuando el inicio del procedimiento arbitral se ha producido a través de la solicitud por alguna de las partes de “medidas urgentes” a un árbitro de emergencia. Así mismo, qué diferencias puede comportar en cuanto a los efectos propios de la declinatoria, el hecho de que una de las partes haya sido declarada en concurso de acreedores.

Por último, se pone especialmente el foco en los términos conforme a los cuales puede un órgano jurisdiccional valorar el convenio arbitral a los efectos de decidir acerca de la estimación o desestimación de la declinatoria, esto es, si cabe cognición limitada (*prima facie*) o extensa del convenio.

PALABRAS CLAVE: Convenio arbitral, declinatoria, árbitro de emergencia, concurso de acreedores, valoración *prima facie*.

ABSTRACT: Freedom of choice allows parties to solve their conflicts of civil and commercial nature through arbitration as a non-judicial dispute resolution mechanism. To this end they have to sign an arbitration agreement under the conditions and requisites established by LA. However, by disregarding the said agreement one of the parties can resort to the court while the other party can assert the existence and validity of the arbitration agreement and the submission to arbitration.

This article analyses the instrument to assert arbitration among the parties (challenge to jurisdiction) but from the perspective of international arbitration, analyzing when and under which conditions an arbitration can be deemed international, connecting this circumstance with the main international arbitration conventions.

From this point of view, the conditions of the challenge to jurisdiction are analyzed as well as procedure aspects, appeals and their influence when the arbitration process has commenced, and the effect of their prosecution. To this end it is defined when we are actually in front of the commencement of arbitration process not only for the purpose of the challenge to jurisdiction but also the adoption of interim measures. Furthermore, more specifically, the particularities of the challenge to jurisdiction are addressed when the commencement of the arbitration process has been produced by the application by any of the parties of “interim measures” to an emergency arbitrator. Furthermore attention is drawn to the differences brought forward in the effect of the challenge to jurisdiction by the fact any of the parties has been declared insolvent.

Finally, special emphasis is put on the terms under which a court can assess the arbitration agreement for the purposes of deciding on the upholding or dismissal of the challenge to jurisdiction, that is, whether it is appropriate to perform a limited (*prima facie*) or extensive assessment of the agreement.

KEY WORDS: arbitration agreement, challenge to jurisdiction, emergency arbitrator, bankruptcy, *prima facie* assessment

SUMARIO: 1. Introducción y antecedentes. 2. Presupuestos y requisitos para que la declinatoria pueda estimarse. 2.1. *Carácter internacional del arbitraje.* 2.2. *Requisitos y efectos de la cláusula arbitral.* 2.2.1. *Ley aplicable.* 2.2.2. *Requisitos relativos al consentimiento, a la capacidad de las partes, al objeto y forma del convenio arbitral.* 2.2.3. *Efectos de la cláusula arbitral.* 2.3. *Procedimiento a seguir para plantear la declinatoria.* 2.3.1. *Cuestiones generales.* 2.3.2. *Declinatoria e inicio y continuación del procedimiento arbitral.* 2.3.3. *Inicio del procedimiento arbitral a través del árbitro de emergencia.* 2.4. Valoración del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional a los efectos de decidir la declinatoria. 2.5. Declinatoria, arbitraje y concurso de acreedores. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.

Parece conveniente que, antes de abordar la declinatoria referida al arbitraje internacional, se haga una referencia a los antecedentes y las vicisitudes que ha tenido la excepción de arbitraje en la legislación española, hasta su regulación actual en el art. 11 de la vigente Ley de Arbitraje (LA en adelante) de 23 de diciembre de 2003, sobre todo si se tiene en cuenta que esta Ley, como expresa su Exposición de Motivos (II): “en los que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, opta claramente por una regulación unitaria de ambos”. Esto supone seguir el sistema monista, es decir, que, salvo algunas excepciones se apliquen los mismos preceptos al arbitraje interno y al arbitraje internacional, lo que facilita la posibilidad de que España sea sede de arbitrajes internacionales.

En nuestro sistema no es hasta la Ley de arbitraje de 1953 cuando se unifica la regulación del arbitraje en una ley autónoma, acabando así con la dualidad normativa propia del siglo XIX de regular, por una parte aspectos sustantivos en los Códigos de esa naturaleza (Civil y Mercantil) y de otra, lo procesal en una Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) de 1981, donde se derogan los artículos 790 a 839 que regulaban los juicios de árbitros y amigables componedores, aunque con una proyección fundamentalmente interna.

En esa Ley, y por lo que concierne al efecto negativo del sometimiento de la controversia a arbitraje, su artículo 19 recogía dicho efecto de la forma siguiente: “El otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase”.

Con esa redacción varias eran las cuestiones que se debatían, algunas de indudable alcance práctico. Salvada ya la discusión sobre si el efecto negativo de excluir el contrato preliminar de arbitraje o desde el contrato de compromiso, al haber desaparecido dicha distinción en las leyes de arbitraje posteriores a 1953, se debatía si la excepción de arbitraje era una excepción autónoma o subsumible en la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción que recogía el art. 533.1 LECA, luego reformado por la Ley de 6 de agosto de 1984 como “falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional”¹.

Por otra parte, se planteaba también el problema de que, fuera el caso del juicio ordinario de mayor cuantía donde se admitiera el planteamiento de las excepciones dilatorias como previas en los seis primeros días del plazo para contestar a la demanda, en los demás juicios ordinarios habría que plantear la excepción de arbitraje en la contestación a la demanda, lo que se podía entender como una renuncia táctica al arbitraje y con sometimiento a la jurisdicción de los Jueces estatales, por el efecto previsto entonces en el artículo 58 de la LECA, en virtud del cual se entendía hecha la sumisión tácita para el demandado cuando, una vez personado en juicio, realice cualquier cuestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. Problema que, como veremos a continuación, se arrastró en la LA de 1988.

Dicha Ley (36/1988, de 5 de diciembre) respecto de lo anterior, supone otro salto cualitativo en la legislación arbitral española, sobre todo porque no solo se establecía un instrumento más apto para la solución de las controversias que pudieran surgir en el tráfico mercantil interno, sino también las que pudieran surgir en el tráfico internacional, cuestión esta que

¹ En favor de que la excepción de compromiso se invocara mediante la incompetencia de jurisdicción del número 1 del art. 533 LECA, a falta de otra expresamente mencionada en la Ley, se pronunció L. PIETRO-CASTRO, “Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje”, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, II, pág. 465 y ss., pág. 465.

De contrario, defendió la autonomía de la excepción J. GUASP, *El Arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona, 1956, pág. 132, que entendía que a partir de la Ley de 1953 lo que se hizo fue añadir una nueva excepción dilatoria a las establecidas en el art. 533 de la LECA. La autonomía de la excepción también fue defendida por J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de compromiso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. II y III, Abril-Septiembre de 1975, págs. 446 y ss., en cuanto que no podía equipararse la excepción de compromiso a la incompetencia de jurisdicción.

se culmina con la Ley vigente y posterior a la mencionada LA de 1988, según se dirá después.

En cuanto al tema que nos ocupa, la LA de 1988 se refiere al efecto negativo o excluyente de la jurisdicción estatal en su art. 11.1: “El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción”.

En este caso en la LA se recogía además la tesis de la autonomía de la excepción de arbitraje mantenida por un sector doctrinal y en su disposición adicional 3ª añadía un nuevo número (el 3º) al artículo 533 LECA y una nueva redacción del número 10 del artículo 1464 (excepciones del juicio ejecutivo) de dicha ley con la redacción siguiente: “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, terminando así con la indefinición que había sufrido la excepción con anterioridad.

Sin embargo se seguía arrastrando el problema ya referido relativo al planteamiento de la excepción en los juicios ordinarios y fundamentalmente en el menor cuantía, donde no era posible plantear como dilatoria (previa) la excepción de arbitraje, es decir, había de recurrirse a la contestación a la demanda, con lo que, como se dijo, se corría el riesgo de tomar dicha actitud como sumisión a la jurisdicción, y más con lo que se introducía en el apartado 2 del art. 11, esto es, que las partes podían renunciar al arbitraje, lo que se presumía, cuando el demandado realizara, después de personado en juicio, cualquier actividad procesal que no fuera la de proponer en forma la excepción.

Ante este problema se recurrió en ocasiones a plantear en la comparecencia previa al juicio de menor cuantía la excepción de arbitraje a través de la figura de la inadecuación de procedimiento (art. 693.1ª LECA), para adelantar la resolución de esta, o incluso plantear la excepción de sumisión al arbitraje en la contestación a la demanda, no como única sino junto con la inadecuación de procedimiento, oponiéndose a la demanda en cuanto al fondo con todas las alegaciones consiguientes.

Dicho proceder no fue admitido por el Tribunal Supremo en algunas sentencias (S. Sala 1ª de 27 de octubre de 1998) entendiéndose que tales conductas iban fundamentalmente contra lo preceptuado en el art. 11.2 LA (1988), por lo que concluyó que ambas partes renunciaron al arbitraje: el actor al interponer la demanda, y el demandado al no limitarse después de personado en juicio, a proponer en forma la oportuna excepción (en similar sentido STS Sala 1ª de 10 de diciembre y 1 de marzo de 1996).

No obstante, esa tesis no fue pacífica y pueden encontrarse sentencias del TS de signo contrario (SSTS Sala 1ª de 18 de abril de 1998 y de 1 de junio de 1.999), y en virtud de las cuales se admitía que en el juicio de menor cuantía la excepción de arbitraje se podía formular como perentoria en la contestación a la demanda y resolverse en la sentencia (art. 687 LECA), y tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello implicara una sumisión a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, y sin perjuicio de su naturaleza, parecía más correcto, como defendieron algunos², que la excepción de arbitraje funcionara de modo semejante a la declinatoria, lo que se adecuaba mejor a lo preceptuado en el art. 11 LA. No cabe olvidar que, según el art. 79 LECA, la declinatoria se sustanciaba como excepción dilatoria o en la forma establecida para los incidentes, con lo que se acomodaba a todas las posibles situaciones, esto es, como previa en el juicio de mayor cuantía, o, en el menor cuantía, como incidente de previo pronunciamiento que suspendía el procedimiento (art. 114 LECA), sin necesidad de acudir a otras figuras cual era el caso de la inadecuación del procedimiento en el menor cuantía.

² En ese sentido puede verse: A. VALENCIA MIRÓN, “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, en AA.VV., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián 1989, págs. 44 y 45; y J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de arbitraje”, *Revista La Ley*, año XI, núm. 2.442, 13 de marzo de 1990, págs. 1-3, pág. 3.

2. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE LA DECLINATORIA PUEDA ESTIMARSE.

2.1. *Carácter internacional del arbitraje.*

Como se ha expuesto por la doctrina, a diferencia del arbitraje interno aunque la diferencia ya se encuentra más modulada, el arbitraje internacional ha tenido bastante éxito debido a que ha venido a colmar la necesidad del comercio internacional en cuanto a la seguridad y rapidez en las transacciones, lo que implica unas técnicas simples y eficaces de solución de las controversias que puedan surgir. Es por eso que puede hablarse en el ámbito internacional de una “mentalidad” a favor del arbitraje como medio de solución de conflictos privados, especialmente en el ámbito mercantil. Ello es también consecuencia de la falta de una jurisdicción supraestatal de Derecho Privado que pueda resolver los litigios de esta naturaleza que puedan surgir entre partes también privadas, ante lo cual los Estados solo pueden ofrecer sus jurisdicciones nacionales y las normas y tratados de competencia judicial internacional, que resultan insuficientes para atender las demandas que exige la agilidad en el tráfico jurídico³.

La determinación de la internacionalidad del arbitraje es importante por tanto a los efectos de fijar la normativa que es aplicable, en primer lugar a los requisitos y eficacia de la cláusula arbitral y en segundo lugar, al régimen de reconocimiento y ejecución en España del futuro laudo que se dicte. Un arbitraje se dice internacional porque trasciende de la esfera de un único Estado y presenta vínculos y conexiones con otros Estados⁴.

En ese punto, la ley española de arbitraje de 2003 ha optado por una regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional con base en la Ley Modelo elaborada por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional) de 24 de junio de 1985, abandonando el tradicional criterio de permanecer al margen de las técnicas codificadoras internacionales. Ya en su art. 1º relativo al ámbito de aplicación, se hace referencia a que esa ley será aplicable a los arbitrajes dentro del territorio español, tanto a los de carácter interno como a los de carácter internacional, salvando lo establecido en los Tratados de los que España sea parte. Esa referencia a los Tratados que vinculan a España en materia arbitral, en coherencia con el mandato del art. 98 CE, supone en la práctica una referencia al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE de 11 de julio de 1977 y en vigor a partir del 10 de agosto del mismo año), el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (ratificado el 5 de marzo de 1977), así como a todo un conjunto de convenios bilaterales concluidos por España y cuyo ámbito de aplicación incluye el arbitraje comercial internacional.

Por lo que se refiere a los Convenio multilaterales más importantes, el de Nueva York de 1958 y el de Ginebra de 1961, aunque en principio tienen un ámbito de aplicación diferentes, en cuanto que la aplicación del primero se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales (art. I. 1) y el de Ginebra tiene su ámbito de aplicación a la regulación de los requisitos y efectos del convenio arbitral, así como a los procedimientos y laudos arbitrales basados en dichos convenios (art. I.1.a)), también el de Nueva York contiene normas que regulan aspectos del convenio arbitral, del procedimiento y del laudo, bien de forma directa (vid. art. II. 1 y 2), bien de forma indirecta al regular las causas de oposición al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral (art. V), por lo que ambos pueden considerarse complementarios, aunque el primero tenga un ámbito de aplicación universal y el segundo un ámbito de aplicación a los arbitrajes en materia de comercio internacional (art. I.1.a)), y el de Nueva York (art. II.1), aunque prevé expresamente que los Estados miembros puedan limitar la aplicación del Convenio a las relaciones jurídicas

³ F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje de Derecho Privado*, 2005, págs. 85 y ss.

⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, 2006, págs. 21-33, pág. 30.

consideradas comerciales por su derecho interno, aunque España no ha hecho uso de esa limitación.

En cuanto a la legislación española, la ley de Arbitraje no solo hace aplicable su normativa a los arbitrajes nacionales e internacionales que se desarrollan en España (art. 1.º.1 LA), sino que prevé también la aplicación de algunos de sus preceptos a los arbitrajes que tengan lugar fuera del territorio español, es decir, a los arbitrajes que combinan su normativa internacional con su carácter extranjero. Como se deduce del art. 1.2º LA son aplicables a los arbitrajes de esa naturaleza los apartados 3, 4, y 6 del art. 8, es decir las normas relativas a la adopción judicial de medidas cautelares, para la ejecución forzosa y para el *exequátur* de laudos extranjeros; el artículo 9 relativo a la forma y contenido del convenio arbitral, salvo el apartado 2; el art. 11 relativo a los efectos positivo y negativo (exclusión de los tribunales) del convenio arbitral; el art. 23 respecto de la potestad de los árbitros para la adopción de medidas cautelares y, finalmente, los Títulos VIII y IX relativos a la ejecución forzosa del laudo y el *exequátur* de laudos extranjeros siempre sin perjuicio de lo que dispongan los Convenios Internacionales suscritos por España sobre la materia.

Respecto de lo que pueda considerarse arbitraje internacional desde la perspectiva de la ley española, el art. 3º de ésta establece tres apartados en los que se incluyen los criterios que, según el legislador español que, como se dijo antes, tiene muy en cuenta la Ley Modelo CNUDMI, hacen que un arbitraje pueda considerarse internacional⁵. En primer lugar (apartado a)) se hace referencia a que “*en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilio en Estados diferentes*”, criterio que está recogido también en el art. I.1.a) del Convenio de Ginebra de 1961 y en el art. 1.3.a) de la citada Ley Modelo.

En segundo lugar (apartado b)), se recoge un criterio múltiple que atiende a que, o bien el lugar del arbitraje determinado en el convenio arbitral, o con arreglo a éste, o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado en un Estado distinto al en que las partes tenga sus domicilios, criterio también tomado de la Ley Modelo casi literalmente y, más concretamente en su artículo 1.3.b)i),ii) y que aunque no se encuentra recogido en el Convenio de Ginebra ha de entenderse completado por el de Nueva York que ofrece un criterio más amplio, en cuanto que establece como uno de los principios delimitadores de la internacionalidad del arbitraje la extranjería a ambas partes de la resolución arbitral a dictar, considerándose que la resolución es extranjera cuando ha sido dictada “en territorio de un estado distinto a aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución (art. I.1)”. Conviene poner de relieve sobre esto que el anterior criterio fue adoptado conscientemente por los países firmantes del Convenio, ya que en la discusión de ese precepto fue expresamente rechazada una enmienda italiana que, con base en el artículo 2 de su Código Procesal Civil, pretendía negar la aplicación del Convenio “*cuando ambas partes son nacionales o tengan su domicilio o residencia habitual en su territorio*”.

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁶, la circunstancia que en ese caso califica a un arbitraje como internacional es objetiva y de naturaleza territorial y viene referida a las partes, como en el supuesto anterior. Sin embargo la diferencia con aquél estriba en su directa dependencia de la voluntad de éstas, en la medida en que, al amparo del art. 26 de la LA, son las partes las que tienen capacidad para “determinar libremente el lugar del arbitraje”. Esto se observa, especialmente, en relación con aquellos supuestos en los que las partes tengan su domicilio en el mismo Estado. La concreción del lugar de desarrollo del arbitraje fuera del territorio de éste conllevará su consideración como internacional, con lo que las partes estarán “internacionalizando” el arbitraje con su consecuencia: la relativa a

⁵ Lo que ha llevado a MERINO MERCHAN a afirmar que: “*el art. 3 LA es un precepto axial dentro del ordenamiento arbitral español en su proyección transnacional pues, por primera vez, se fijan las circunstancias para caracterizar un arbitraje como internacional*”, J.F. MERINO MERCHÁN, “Comentario al art. 3 LA”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Coord. González-Bueno)*, Madrid, 2014, págs. 63-68, pág. 64.

⁶ C. ESPLUGES MOTA, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coord. S. BARONA VILAR, Madrid, 2004, págs. 158 y ss.

que el laudo recaído fuera de España tendría la consideración de extranjero y debería someterse a normas del Convenio de Nueva York.

Por último, y en tercer lugar (art. 3.1.c) LA), La Ley española califica de internacional el arbitraje cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta a los intereses del comercio internacional⁷. Es este un criterio que se conoce en el ordenamiento jurídico español a través del Convenio de Ginebra (art. I.1.a)) y que se encuentra presente en los ordenamientos nacionales de nuestro entorno, caso del CPC francés, cuyo mandato contenido en el art. 1492 reproduce linealmente la ley española. Precisamente este criterio fue rechazado en el momento de la elaboración de la Ley Modelo por su carácter difícilmente objetivable y susceptible de generar divergencias a la hora de ser interpretado por los tribunales de los diversos estados.

2.2. Requisitos y efectos de la cláusula arbitral.

2.2.1. Ley aplicable.

Los efectos del convenio arbitral, en especial el efecto negativo de exclusión de la vía jurisdiccional, están supeditados al examen que el juez realice sobre la validez, eficacia y aplicabilidad al caso concreto⁸, en el caso de que se suscitara discusión sobre el particular. El problema surge a la hora de determinar cuál es la ley por la que se rige.

Como se ha puesto de relieve con anterioridad, el art. 1.2 de la ley española hace aplicable a los arbitrajes internacionales realizados fuera de España, entre otras normas, el art. 9 de aquélla donde se regulan los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral.

Más concretamente apartado 6 del citado artículo 9 LA establece que “*cuando el arbitraje fuera internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho español*”. Por su parte, en defecto de la voluntad de las partes, el Convenio de Nueva York señala como criterio supletorio la ley del país en que se haya dictado sentencia (art. V.1.a)), y el mismo criterio sigue el Convenio de Ginebra (art. VI.2.b)).

A título de ejemplo podría recrearse la siguiente situación: si en una cláusula arbitral contenida en un documento relativo a condiciones generales de la orden de compra (Purchase Order General Terms and Conditions), si bien en este caso se establecían claramente las normas por las que debía regirse el procedimiento arbitral, y que al tratarse de un arbitraje institucional, no son otras que las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio (se entiende que es de aplicación su Reglamento), en cambio nada se decía en dicha cláusula respecto a la legislación aplicable al convenio arbitral, solo que dicho procedimiento se desarrollaría en París (Francia)⁹.

Desde esa situación, entendemos que debe aplicarse el derecho francés puesto que al realizarse el arbitraje en París (Francia), si las partes no han convenido nada al respecto las normas aplicables al convenio arbitral, tanto el Convenio de Nueva York (art. V.1.a)), como el Convenio de Ginebra (art. VI.2.b)) establecen como criterio supletorio el del lugar donde deba dictarse el laudo, es decir, Francia, y por tanto de aplicación el derecho francés.

⁷ Con relación a este criterio, F. MERINO MERCHÁN, “Comentario al art.3 LA”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Coord. González-Bueno), cit.*, pág. 68; ha indicado que: “*Así concebido este criterio de carácter material, económico u objetivo según los distintos autores incide, más directamente sobre la esencia de la relación jurídica que justifica y postula un arbitraje internacional y entronca con directamente sobre el nivel de justificación y la naturaleza específica del arbitraje internacional como técnica adscrita a la solución de controversias en los que el comercio internacional, concebido del modo más amplio, resulte afectado*”.

⁸ Posteriormente analizaremos hasta qué punto debe el órgano jurisdiccional valorar el convenio arbitral: *prima facie* o a través de una valoración extensa.

⁹ La cláusula núm. 50 de un contrato establecía una sumisión en ese caso a las Reglas del Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, arbitraje que será dispensado por uno o más árbitros elegidos de acuerdo con dichas reglas, para todas las disputas que surjan en conexión con cualquier orden de compra relacionadas con la existencia, validez o terminación de las órdenes de compra (referidas a la compra de diversos elementos y materiales necesarios para la fabricación de coches).

Aunque el resultado final al que puede llegarse es el mismo tanto si se aplica el derecho francés como si se aplica el derecho español. En cualquier caso no ha de olvidarse que las normas establecidas en los citados Convenios internacionales son también normas de derecho español de aplicación preferente como *lex specialis* a las normas de derecho interno español¹⁰.

Como ejemplo de derecho comparado continuando con el escenario anterior, debe señalarse que en lo que respecta al derecho francés en este punto conviene tener presente que el arbitraje se regula en su Código de Procedimiento Civil, Libro IV, artículos 1442 y ss., si bien recientemente dicha normativa ha sido reformada en su conjunto por el Decreto núm. 2011-48 de 13 de Enero de 2011 que entró en vigor el 1 de mayo del mismo año. En dicha regulación los artículos relativos al Convenio arbitral son de contenido similar a los contenidos en el ley española, sobre todo los relativos a la forma y contenido (artículo 9 LA), aunque en la reforma se reduce el formalismo que rodea el arbitraje en el caso de que pueda considerarse internacional en el sentido de que el acuerdo arbitral no estará sujeto a ningún requisito en cuanto a su forma (art. 1509 CPC francés), es decir, no es necesaria la forma escrita incluso en los convenios arbitrales que se hayan efectuado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (1 de mayo de 2011).

2.2.2. Requisitos relativos al consentimiento, a la capacidad de las partes, al objeto y la forma del convenio arbitral.

En lo que se refiere al consentimiento arbitral ha de expresarse la voluntad de las partes de someter al arbitraje controversias que puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica¹¹, lo cual es exigible tanto en el derecho francés (art. 1.442 vigente y nuevo) como en el derecho español (art. 9.1 LA.) y desde luego es el punto de partida de los Convenios de Nueva York (art. II.1) y de Ginebra (art. I.1.a)).

Aunque en la cláusula arbitral se haga referencia a la vinculación de las partes a la decisión arbitral, que no será apelable, no es necesario como ocurría, por ejemplo, en la LA española anterior, expresar en el convenio la obligación de cumplir la decisión de los árbitros (art. 5.1 de la LA anterior, aunque era un mero formalismo, una precisión de alguna manera redundante y que nada añadía a la voluntad indubitada de las partes de someterse a arbitraje (SAP Madrid de 7 de noviembre de 1985, SAP Sevilla de 27 de junio de 1995 y SAP Barcelona de 28 de septiembre de 1994).

En relación con la capacidad, no resulta ocioso recordar al respecto, que en este tema resultan aplicables las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Título Preliminar del Código Civil y que fijan la Ley nacional de las personas físicas (art. 9.1º Cc), de las personas jurídicas (art. 9.11 Cc) y en el art. 2 de la LA que exige el poder de disposición. Además conviene recordar también que según el Convenio de Nueva York (art. V.1.a)) la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral podrá denegar dicho reconocimiento si la parte interesada prueba que las partes estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable; criterio que también es seguido por el Convenio de Ginebra (art. VI.2) cuando dispone que “*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 entre 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*”.

¹⁰ Por otra parte, en este punto, semejante solución a la aquí propuesta ha sido adoptada respecto de una cláusula arbitral prácticamente idéntica a la expuesta, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15ª) en el Auto nº 86/2009, de 29 de abril, done se vino a ratificar la decisión del Juez de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona de estimar válida y eficaz la cláusula compromisoria de acuerdo con el art. 9 LA, con el Convenio de Nueva York y con el Convenio de Ginebra. En aquel supuesto tratándose de una cláusula que remitía al Reglamento de la CCI, el arbitraje sería en París, el idioma el inglés y el derecho aplicable al fondo del asunto italiano, pero en este caso sobre la base de un contrato de licencia entre empresas con domicilios en distintos estados.

¹¹ Sobre los requisitos del convenio arbitral (incluidos los relativos a forma, objeto y consentimiento, puede verse A. MONTES REYES, “El convenio arbitral”, J.L. GONZÁLEZ MONTES, *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, 2008, págs. 24-71.

Por lo que respecta al objeto, lo constituye una controversia que haya surgido o que pueda surgir en el futuro respecto de una determinada relación jurídica. En definitiva el objeto del compromiso ha de ser una controversia jurídica y no meramente material o económica en lo que también hay coincidencia entre el derecho francés (art. 1442 CPC) y el español (art. 9.1 LA).

Aunque no es preciso que la controversia esté concretada y determinada, sí es necesario que sea determinable. A estos efectos lo relevante es que no se dé una absoluta indeterminación de la relación que pueda suponer una renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de la persona.

Según el Convenio de Nueva York (art. I.3), la relación puede ser contractual o no contractual para excluir toda duda sobre la posibilidad de someter al arbitraje relaciones jurídicas no contractuales. En cualquier caso, requisito ineludible respecto del convenio arbitral es que recaiga sobre una materia susceptible de ser sometida a arbitraje, es decir, todas aquellas que sean de libre disposición conforme a derecho (art. 2º.1 LA).

Puede ocurrir que la cláusula arbitral se halle en documento distinto al de un Acuerdo Marco, pero para nada invalida la cláusula arbitral. Como es sabido, el art. 9.4 LA reconoce la posibilidad de que el acuerdo no conste en el documento principal sino en un documento al que las partes firmantes se remiten (convenio arbitral por referencia), por lo que, también desde esa perspectiva, ha de considerarse que la cláusula arbitral sería válida.

Respecto al requisito de la forma en consonancia con los convenios arbitrales internacionales sobre arbitraje comercial internacional, así como respecto de las normas de la LA, el acuerdo arbitral no deberá someterse a ningún requisito de forma, con lo que se refuerza el criterio antiformalista. Precisamente una de las manifestaciones de ese criterio antiformalista y que sigue la misma fórmula en la Ley Modelo, es la admisión de la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, que consta en un documento separado al que las partes se hayan remitido y que ha sido comentado con anterioridad.

Examinados todos los presupuestos y requisitos relativos a la cláusula arbitral y presuponiendo que se trata de un arbitraje internacional, la conclusión no podría ser otra, una vez verificadas, en caso de que una de las partes se dirigiera a la Jurisdicción para tratar de dirimir en ese ámbito la cuestión litigiosa, debiera estimarse el eventual planteamiento de la declinatoria entre las partes por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional.

No obstante, podría plantearse algún escollo si alguna de las partes del proceso jurisdiccional se encontrara incluso en una situación de concurso de acreedores, cuestión que será abordada posteriormente observándose la posible incidencia del concurso en el arbitraje.

2.2.3. Efectos de la cláusula arbitral.

Dándose los presupuestos y requisitos del convenio arbitral anteriormente mencionados y en ausencia de óbices que pueda impedir desplegar eficacia, el efecto es doble: uno en sentido positivo y otro en sentido negativo.

La eficacia positiva de la cláusula arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado (art. 11.1 LA) y someter la solución de las controversias que surjan entre ellas sobre el tema pactado a la decisión de uno o más árbitros. La eficacia negativa del convenio arbitral, consecuencia de lo anterior, consiste en la sustracción de la controversia en cuestión a la jurisdicción de los tribunales que impedirá a estos conocer de dicha controversia, lo que se hará valer a través de la declinatoria (art. 11.1 LA) que en este caso será de carácter internacional (art. 39 LEC).

También en los convenios internacionales, la cláusula arbitral internacional excluye, previa petición de parte, el conocimiento de los tribunales estatales. Así, en el Convenio de Nueva York el art. 11.3 dispone que: “*El Tribunal de uno de los estados contratantes al que se*

someta un litigio respecto del cual las partes ya han concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". Por su parte, el Convenio de Ginebra dispone en su art. VI.1 que: *"toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral 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 del 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".*

2.3. Procedimiento a seguir para plantear la declinatoria.

2.3.1. Cuestiones generales.

Como es sabido, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante), ha venido a unificar el tratamiento procesal tanto de la falta de jurisdicción como de competencia, así como los supuestos en que el litigio esté sometido a arbitraje, y el mecanismo procesal a través del cual se hace valer dicha falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, esto es, la declinatoria.

La declinatoria es un medio procesal específico, correspondiente a las partes, con el que éstas pueden provocar que el tribunal que está conociendo del proceso deje de hacerlo, por carecer de jurisdicción o de competencia o estar el asunto sometido a arbitraje (art. 63 LEC).

Normalmente esta potestad de las partes concurre con la potestad del Tribunal de apreciar de oficio su falta de jurisdicción o competencia, salvo en supuestos, como el de la sumisión del asunto a arbitraje, donde es la parte demandada la que tiene en todo caso la carga de alegar tal circunstancia a través de la declinatoria, esto es, este efecto negativo debe ser invocado a instancia de parte por medio de declinatoria en los plazos y procedimiento establecidos en los arts. 63 y ss. LEC.

Mediante la interposición de la declinatoria se evita además que se entienda que el demandado se ha sometido tácitamente al Tribunal en el que demandante ha interpuesto la demanda, pues es la única actuación procesal que provoca la ruptura de la presunción de sumisión tácita por parte del demandado (art. 56.2 LEC).

Por otro lado, y en conexión con los anteriores preceptos de la LEC, la LA de 2003 prevé en su artículo 11 la declinatoria como medio de hacer valer el efecto negativo del convenio arbitral, y por tanto de impedir que los órganos jurisdiccionales conozcan de las controversias sometidas a arbitraje. Es más, la interposición de la declinatoria no impedirá que las actuaciones arbitrales puedan iniciarse o puedan proseguir si ya se han iniciado (art. 11.2 LA), sobre lo que volveremos después.

Por su parte el art. 39 de la LEC prevé la posibilidad de que el demandado plantee la declinatoria internacional por estar sometido el asunto a arbitraje. Dándose los requisitos y presupuestos para que la cláusula arbitral sea válida, a los que nos hemos referido, el procedimiento de la declinatoria no plantea especiales problemas y está claramente diseñado en la LEC (Art. 63 a 65). La competencia para la tramitación y para la resolución de la declinatoria corresponde al órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso. Los requisitos del acto de proposición se reducen a que ésta habrá de proponerse dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (art. 64.1 LEC) en el juicio ordinario y habiéndose modificado el plazo para la interposición de la declinatoria planteada en los juicios verbales, extendiéndolo a diez días como consecuencia de la reforma operada por la Ley 11/2011 de reforma de la LA. Esta variación del plazo en los verbales es la única diferencia entre la declinatoria interpuesta por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, de aquella que se interpone con la finalidad de impugnar la infracción de cualquier otra norma de jurisdicción y competencia.

Este planteamiento con carácter previo a la formulación de la contestación a la demanda, evita errores de interpretación respecto de posibles sumisiones tácitas a la jurisdicción como consecuencia de proceder a la contestación a la demanda judicial, no cabe tal circunstancia ni tampoco tratar de plantear un modo de excepción procesal de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en la contestación a la demanda para que sea resuelta en la audiencia previa al juicio, el carácter preclusivo de los plazos de la declinatoria impide tal interpretación, sin perjuicio de que la referida excepción no está contemplada entre aquellas reguladas en el art. 416 LEC.

Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde, con copias con número igual que el de litigantes (art. 65.1 LEC).

Aunque estos documentos o principios de prueba puedan estar ya aportados al proceso conviene, no obstante, aportarlos junto con el escrito de declinatoria, dado que en el procedimiento incidental que provoca la declinatoria no está previsto ninguna posibilidad de actividad probatoria específica.

En cuanto a la resolución de la declinatoria y los recursos contra la misma, si el tribunal considerase que carece de jurisdicción por haberse sometido el asunto a arbitraje, dictará auto absteniéndose de conocer y sobreeserá el proceso. Contra esta resolución cabrá recurso de apelación. Si, por el contrario, se desestima la declinatoria, en este supuesto cabría recurso de reposición y alegar la falta de este presupuesto al interponer la apelación contra la sentencia definitiva (arts. 65.2 y 66.1 y 2 LEC).

2.3.2. Declinatoria: inicio y continuación del procedimiento arbitral y posibilidad de solicitar medidas cautelares.

El art. 11 LA no solo regula los efectos positivo y negativo del convenio arbitral, sino también y por lo que ahora interesa exponer, dos cuestiones más de relevancia: (i) que la interposición de la declinatoria no suspende el curso de las actuaciones arbitrales; y (ii) que la existencia de un convenio arbitral no impide que puedan solicitarse de un órgano jurisdiccional medidas cautelares, tanto durante el procedimiento arbitral como antes del inicio de éste.

Vayamos por partes, con evidente acierto, el legislador ha considerado necesario introducir herramientas que impidan o dificulten la continuación de las actuaciones arbitrales, o que el convenio arbitral pueda llegar a desplegar eficacia. En este sentido, la interposición de la declinatoria no impide que el procedimiento arbitral pueda iniciarse o proseguir. Por consiguiente, el recurso a la jurisdicción no puede ser usado como técnica dilatoria respecto de aquellas partes que queriendo obviar el compromiso adquirido en la ratificación del convenio arbitral, pretenden excluir el arbitraje haciendo competente a la jurisdicción ordinaria.

Se plantean sin embargo situaciones necesitadas de solución respecto de la determinación del inicio de las actuaciones arbitrales. Efectivamente, el inicio del proceso arbitral no es semejante al del proceso jurisdiccional, por mucho que se hable de demanda arbitral y contestación a la demanda arbitral en el ámbito del procedimiento arbitral ¿qué ha de entenderse por inicio de las actuaciones arbitrales?

No está de más recordar, que idéntica pregunta nos debemos formular a propósito de la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda solicitadas en un procedimiento arbitral, el art. 730.2 II LEC establece para el proceso jurisdiccional, que adoptada la medida cautelar solicitada dispondrá de un plazo de veinte días para la interposición de la demanda, sin embargo, en el proceso arbitral, dicho plazo no rige y para que la medida pueda mantenerse, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

Para responder a esta cuestión creemos necesario distinguir entre arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. El primero se entiende iniciado cuando se realizan las gestiones para la formalización judicial del arbitraje, esto es, cuando se proceda al nombramiento de

árbitros llamados a resolver. El inicio del segundo sin embargo, dependerá en gran medida de las reglas establecidas en los respectivos reglamentos y es aquí, donde pueden surgir algunas dudas, ya que podría considerarse inicio de arbitraje actuaciones tales como: la presentación de la solicitud de inicio de arbitraje (sin interposición de la totalidad de las alegaciones que quedarían reservadas para la demanda arbitral); aceptación del encargo por parte de la institución arbitral, el nombramiento de árbitros y/o la aceptación del encargo por su parte, o la solicitud o depósito de la correspondiente provisión de fondos requerida por la institución. Debemos decantarnos no obstante por el trámite de la solicitud de arbitraje o de someter la controversia a arbitraje, pues permite ya identificar con claridad el objeto del proceso aunque sea de manera sucinta: partes, *petitum* y causa de pedir.

a. Inicio del procedimiento arbitral a través del árbitro de emergencia.

Entendemos que puede resultar interesante analizar qué especialidades presenta a los efectos de la interposición de la declinatoria, que el procedimiento arbitral comience de una forma *sui generis* como es a través de medidas diversas solicitadas a acordadas por el denominado árbitro de emergencia. En primer lugar, debe decirse que numerosas instituciones arbitrales avanzadas tanto nacionales¹² como internacionales regulan esta figura. La primera institución arbitral fue la Cámara de Comercio Internacional en su «*Pre-Arbitral Referee Procedure*», implementada en 1990, pero con una serie de aspectos diferentes a la figura que encontramos a la actualidad, por lo que según datos de la misma, este mecanismo fue sólo usado 12 veces desde 1990 hasta 2012¹³.

Sin embargo, fue desde el año 2010 cuando el árbitro de emergencia pasó de ser un concepto casi testimonial, a tener un papel fundamental en el arbitraje, introduciéndose en los reglamentos arbitrales de numerosas instituciones. Citamos los siguientes ejemplos:

- 1996 Draft Emergency Relief Rules of WIPO.
- 2007 CPR Rules for Non-Administered Arbitration («CPR Rules»).
- 2009 Rules on International Dispute Resolution Procedures of the ICDR de la AAA («ICDR Rules») —Article 37. — 2010 Rules of the Singapore International Arbitration Centre («SIAC Rules») — Rule 26 and Schedule 1.
- 2010 Arbitration Rules of the Netherlands Arbitrage Instituut («NAI Rules») —Section Four A (Articles 42a-42o).
- 2010 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce («SCC Rules») - Article 32 and Appendix II. — 2011 Rules of the Australian Center for International Commercial Arbitration («ACICA Rules») —Article 28
- 2012 Swiss Rules of International Arbitration («Swiss Rules») — Article 43.
- 2012 Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce («ICC Rules») — Article 29 y Appendix V.

Acudir al árbitro de emergencia consiste en la posibilidad, como es sabido, de que cualquiera de las partes pueda solicitar a este “medidas urgentes” con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral. En efecto, son numerosas las situaciones que pueden requerir de la adopción de ciertas conductas que pueden llegar a tener finalidades diversas, no solo tendentes al aseguramiento del laudo final que se dicte en el procedimiento, sino que pudieran tener también como objetivo proteger el objeto del procedimiento en diversas esferas como podría ser en materia de prueba. Y es que hemos querido aludir de manera deliberada al término “medidas urgentes” sin calificar estas medidas solamente como medidas cautelares. Es cierto que algunas instituciones sí ofrecen algún tipo de referencia respecto de qué medidas podrían llegar a solicitarse al árbitro de emergencia, pero en

¹² A título de ejemplo puede mencionarse el Anexo I del Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid.

¹³ V. DE LOS SANTOS/BONNIN, “Emergency Proceedings Under the Mew ICC Rules”, *Spain Arbitration Review*, N.º 13/2012.

realidad no es necesario, no son *numerus clausus*, serán válidas todas aquellas tendentes a asegurar en uno u otro sentido el procedimiento.

Advertimos que las medidas que mejor pueden encajar a estos efectos, en una aproximación poco profunda a su naturaleza jurídica lo cual excedería el ámbito de este trabajo, son las medidas cautelares, medidas de aseguramiento de la prueba y medidas de prueba anticipada. Todas ellas pueden quedar perfectamente englobadas en el término medidas urgentes.

No debe fijarse un límite a las actuaciones del árbitro de emergencia más allá de aquellos que tienen que ver con su competencia limitada en el tiempo (hasta la constitución del tribunal arbitral), y de aquellas limitaciones que directamente imponen las propias medidas de carácter urgente que puede llegar a adoptar.

Pero también este árbitro está completamente sujeto a la regla *Kompetenz/kompetenz*, y para poder decidir acerca de las medidas que le son solicitadas deberá valorar cuestiones básicas como la arbitrabilidad de la materia, la existencia, eficacia y validez del convenio arbitral o la capacidad y representación de las partes que instan las medidas, entre otras. Nada cambia a propósito de esta circunstancia.

Obviamente el procedimiento establecido en orden al nombramiento de un árbitro de emergencia, ha de ser per se rápido con el objetivo de evitar que pudieran frustrarse el fin de las medidas solicitadas (la media en dicho nombramiento oscila en las distintas cortes arbitrales entre dos y tres días).

Es muy necesario que la solicitud de árbitro de emergencia contenga una fundamentación específica de las razones de urgencia y especialidad que llevan a la parte a solicitar en este instante las medidas sin aguardar a que se inicie el procedimiento arbitral y se proceda al nombramiento del tribunal arbitral.

Llegados a este punto resulta necesario analizar, en relación con el tema que nos ocupa, qué especialidades presenta la declinatoria cuando el inicio del procedimiento se ha producido a través de la solicitud de alguna de las partes de medidas urgentes a un árbitro de emergencia.

La primera conclusión ha de ser a nuestro juicio, que cuando se activan los mecanismos para proceder al nombramiento de un árbitro de emergencia, así como cuando éste es nombrado, estamos ya sin lugar a dudas en el contexto del procedimiento arbitral, hay ya procedimiento, está ya iniciado a todos los efectos, aunque sea a través de esta fórmula. En este sentido, y siendo coherentes con lo establecido en el artículo. 11.2 LA este tipo de actuaciones ante el árbitro de emergencia pueden iniciarse perfectamente y continuar con su tramitación a pesar de la interposición por una de las partes de la declinatoria ante la jurisdicción.

Entendemos que el solicitante de las medidas urgentes ante el árbitro y aquel que hubiera instado la declinatoria, son partes distintas pues aquella parte que se haya dirigido a la jurisdicción para evitar que la controversia sea resuelta a través del arbitraje, no podrá dirigirse al árbitro de emergencia pues supondría una evidente sumisión tácita a la jurisdicción arbitral, dejando sin efecto la declinatoria interpuesta. Igual resultado tendría en nuestra opinión, si la finalidad de la parte que acude a la jurisdicción fuera acudir al árbitro de emergencia para plantearle una excepción de falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Para empezar no hay aún tribunal arbitral, para seguir, se podría interpretar que hay sumisión tácita al arbitraje y, por último, el planteamiento de tal excepción en absoluto podría encajar en el conjunto de medidas que hemos calificado como “medidas urgentes” que pudieren solicitarse al árbitro de emergencia, no entran pues en la naturaleza jurídica de las mismas.

2.4. Valoración del convenio arbitral por el órgano jurisdiccional a los efectos de decidir la declinatoria.

El tratamiento de esta cuestión consideramos que tiene una relevancia principal por los intereses en juego en las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y el proceso arbitral. Como es sabido, el art. 7 de la LA establece el principio de intervención mínima de órganos jurisdiccionales en el arbitraje, no obstante lo anterior, la participación de Juzgados y Tribunales en el arbitraje en algunas ocasiones es posible (medidas cautelares, asistencia judicial en materia de prueba o nombramiento judicial de árbitros) y otras veces absolutamente necesaria (anulación del laudo, ejecución forzosa, *exequatur* de laudos extranjeros).

Cuestión distinta de lo anterior, aunque directamente relacionada con ella, son aquellos supuestos en los que por diversas razones los órganos jurisdiccionales pueden llegar a pronunciarse sobre el convenio arbitral y/o sobre el laudo. Semejante cuestión ocurre con ocasión del nombramiento de árbitros, la declinatoria, la ejecución forzosa del laudo y la anulación del mismo. Si tomamos como ejemplo el nombramiento judicial de árbitros, sabemos que el art. 15.5 recoge uno de los supuestos de exclusión en virtud del cual un órgano jurisdiccional puede negarse al citado nombramiento de árbitros si entiende que el convenio arbitral no existe o no es válido. Así mismo, el Juzgado de Primera Instancia puede denegar el despacho de la ejecución si el título ejecutivo (siendo un laudo arbitral), presenta algún tipo de irregularidad formal (art. 551 LEC) lo que podría comportar que el órgano ejecutor analizara el contenido del laudo y del convenio arbitral para tomar la decisión acerca del despacho de la ejecución.

Estos son solo algunos ejemplos que pueden equipararse a la situación que se genera en relación con la declinatoria, en efecto, cuando una de las partes trata de hacer valer el arbitraje a través de la interposición de la declinatoria por haberse suscrito entre las partes un convenio arbitral, el órgano jurisdiccional, para poder tomar la decisión sobre la estimación o no de la declinatoria, ha de realizar un análisis del convenio arbitral pero, ¿hasta dónde debe llegar el control que efectúe el órgano jurisdiccional del convenio arbitral?

Responder a este interrogante supone pronunciarse acerca de si cabe una cognición limitada o extensa por parte del órgano jurisdiccional a la hora de analizar el convenio arbitral con carácter previo a la resolución de la declinatoria. Dicho en otros términos, si cabe un análisis *prima facie* o en profundidad del convenio arbitral incluyendo el análisis de aquellas cuestiones que se refieran a la arbitrabilidad de la materia.

Pues bien, el punto de partida ha de ser necesariamente el art. 22 LA que, como es sabido, se refiere a la facultad de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, plasmación de la regla *Kompetenz/Kompetenz* que también inspira la Ley Modelo UNCITRAL y que se concreta en la posibilidad de que los árbitros analicen de oficio la potestad para decidir la controversia que ha sido sometida a su decisión, incluyendo las cuestiones relativas al convenio arbitral o cualesquiera otras que impidan entrar en el fondo del asunto. No obstante, resulta necesario atender a la disponibilidad o indisponibilidad de la materia a tratar, puesto que algunos de esos defectos deberían tener un tratamiento distinto con el objetivo de no limitar la autonomía de la voluntad de las partes que, en el desarrollo del procedimiento arbitral, podrían convalidar a través de sus actuaciones, algunas cuestiones sobre materias disponibles del procedimiento arbitral habilitando a los árbitros para decidir sobre ese tipo de cuestiones.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también el art. 6 LA que recoge la presunción de la renuncia tácita a las facultades de impugnación, esto es, si no se denuncia en el procedimiento arbitral la infracción de una norma dispositiva de la Ley o de algún requisito del convenio arbitral, se considerará que se renuncia a las facultades de impugnación previstas.

Son las partes las que en atención al principio de la autonomía de la voluntad han decidido excluir del conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales a través de la formalización del convenio arbitral. En este sentido, recae en primer término en los árbitros y no en los Juzgados y Tribunales, la valoración sobre aspectos básicos del arbitraje, entre otros y por lo que ahora interesa, sobre la validez y existencia del convenio arbitral, así como sobre la arbitrabilidad de la materia, todo ello por aplicación del art. 22 LA. Sin embargo, el arbitraje puede quedar completamente desvirtuado y la voluntad de las partes aniquilada, si, surgida la controversia, una de las partes se somete a la jurisdicción, la parte contraria interpone la declinatoria y, finalmente, se deja en manos del órgano jurisdiccional la valoración del convenio arbitral en orden a la decisión de la controversia. Insistimos esa facultad es en primer término de los árbitros, por lo que se les hurtaría de la misma a través de esta valoración efectuada por el órgano jurisdiccional.

Siendo cierto lo anterior, tampoco puede negarse que el órgano jurisdiccional está habilitado en estos casos para valorar el convenio arbitral, ha de hacerlo para poder determinar si estima o desestima la falta de jurisdicción y procede la sumisión a arbitraje, sin embargo, esa valoración, a nuestro juicio, debe ser una valoración *prima facie*, con una cognición limitada y no extensa, pues en último término a quien corresponde valorar la existencia del convenio arbitral es a los árbitros a tenor del art. 22 LA, así como atendiendo al principio de intervención mínima de órganos jurisdiccionales en el arbitraje (art. 7 LA). Nótese, que esa valoración acerca de la existencia o validez del convenio arbitral, por hipótesis, ha podido haber sido ya realizada por los árbitros en sentido positivo cuando la declinatoria es sometida a un órgano jurisdiccional, pues recuérdese que el procedimiento arbitral puede haberse iniciado antes y haber continuado incluso tras la interposición de la declinatoria (art. 11.2 LA). Por tanto, más si cabe en ese supuesto, queda aún más claro de qué manera se priva a los árbitros de realizar una función que a ellos en primer término compete.

Conseguir un equilibrio de ambas situaciones no resulta sin embargo sencillo, pues en la práctica puede ser complejo que el órgano jurisdiccional no realice un análisis más profundo del convenio a propósito de la declinatoria, de hecho como ahora veremos, no ocurre tal circunstancia sino una valoración extensa del mismo a los efectos de decidir la declinatoria, valorando si éste puede desplegar o no eficacia porque a su juicio no exista, no sea válido o haya sido ratificado sobre materias no susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Lo anterior se complica si observamos con detalle algunas de las patologías que podría presentar el convenio arbitral, como es el hecho tratar de someter a arbitraje una materia indisponible, que a la postre, pudiera dar lugar a un laudo dictado contra el orden público, en definitiva, defectos en el arbitraje sobre materias indisponibles que no pueden ser permitidas por el ordenamiento y que pudieran ser paralizadas ya *ab initio* a través de la declinatoria y la decisión judicial sobre el convenio y la misma.

A pesar de abogar por esa cognición limitada a la hora de valorar la cláusula compromisoria por parte de órganos jurisdiccionales, somos conscientes de que, hasta que no haya una previsión normativa en este punto (y se ha perdido una gran oportunidad en la última reforma de la LA por la Ley 11/2011), nuestros tribunales serán reacios a dicha cognición limitada y tratarán de analizar en profundidad el convenio para abordar en la mejor de las disposiciones la estimación o desestimación de la declinatoria. Puede ser complejo establecer una línea que deslinde ciertas figuras que sí y otras que no, podrían ser valoradas judicialmente del convenio. A título de ejemplo, ¿esa valoración *prima facie* permitiría analizar los supuestos de nulidad/anulabilidad del convenio, la capacidad y la representación de las partes que participan en el mismo, la cobertura o falta de cobertura de la cláusula compromisoria respecto de la controversia que las partes finalmente someten al tribunal aun siendo ésta de carácter disponible, o si con base en dicho convenio pudiera dictarse en el futuro un laudo contrario al orden público, entre otras?

Bien es cierto que la falta de previsión normativa sobre la posible cognición extensa o limitada del convenio arbitral a los efectos de decidir la declinatoria¹⁴, permite que surjan interpretaciones diversas quizás todas ellas revestidas de argumentos sólidos. Una simple aproximación a los principales tratados internacionales también supone el mantenimiento de la duda al respecto ya que, de un lado, el Convenio de Nueva York parece abogar por aquella cognición plena en su artículo II.3 en los siguientes términos:

“El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Igualmente se desprende tal circunstancia (cognición extensa respecto de la cláusula arbitral), si se analiza el art. 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL:

“El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”¹⁵.

No puede decirse lo mismo del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 cuando señala que:

“deberá diferir toda la 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 suficientes para desviarse de la norma”.

Si se observa a partir de las previsiones anteriores la jurisprudencia recaída al respecto, puede concluirse sin problemas que, de facto, nuestros juzgados y tribunales están llevando a cabo un análisis completo, con cognición plena, del convenio arbitral a la hora de tomar decisiones acerca de la estimación o desestimación de la declinatoria, ejemplo de ello son las STS de 23 de mayo de 2002 (R. Ar. 6421); 5 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6374) y 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8627)¹⁶. Como señala VIRGÓS SORIANO: “La falta de norma

¹⁴ Si bien, como afirma VIRGÓS SORIANO: “En el sistema español se produce una paradoja. No hay ninguna duda de que los autores del borrador del proyecto (se refiere a la LA) optaban por un modelo fuerte de KOMPETENZ/KOMPETENZ, a modo del sistema francés. Sin embargo tampoco hay duda de que se olvidaron de decirlo en la propia ley”, en M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, cit., pág. 30. Es cierto, si la actual LA hubiera incluido una referencia expresa a cómo ha de valorarse el convenio arbitral, por ejemplo, a los efectos de la declinatoria, si con cognición extensa o limitada, la interpretación de nuestros tribunales sería unitaria y predecible.

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado también M. BENITO LLOPIS-LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la KOMPETENZ/KOMPETENZ”, *Artículos Jurídicos URÍA MENÉNDEZ*, 2008, pág. 1 (también en *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º 1, 2008): “Puede entenderse que el juez tiene la potestad para conocer de la cuestión de forma plena e inmediata, en cuanto se alegue ante él, mediante declinatoria, la existencia de un convenio arbitral. Se percibe así al tribunal estatal como juez natural de la controversia; el efecto negativo de la regla Kompetenz-Kompetenz se interpreta restrictivamente, en una versión débil [1]. Tal es el sistema del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, así como el de la Ley Modelo de la uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 21 de junio de 1985: el juez debe abstenerse de conocer salvo si “comprueba” que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

¹⁶ Sobre el análisis de estas Sentencias y el posicionamiento de nuestros tribunales sobre la cognición plena o limitada del convenio arbitral, puede verse el trabajo de A. LOPEZ ARGUMEDO PIÑERO, y K. MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club español del arbitraje*, núm. 8, 2010, págs. 53-71.

También M. BENITO LLOPIS LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la Kompetenz-kompetenz”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º 1, 2008.

Ambos artículos identifican el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Secc. 1ª), de 2 de febrero de 2006, como un buen ejemplo de la práctica mayoritaria de nuestros tribunales al aplicar la LA, dicha resolución señala:

“Ni que decir tiene que el hecho de haberse dictado un auto supone una determinada decisión judicial de entidad análoga a la sentencia que en su caso habría resuelto también sobre la validez de la cláusula discutida”.

Mantienen también esta línea jurisprudencial entre otras: los Autos de las Audiencias Provinciales de Murcia (Secc. 4ª), de 5 de diciembre de 2005 (Ar. Jur 20580/2006) y Barcelona (Secc. 15ª), de 23 de octubre de 2006 (Ar. Jur 113980).

expresa hace que los tribunales tiendan a seguir la inercia de las soluciones anteriores. En este sentido, algunas resoluciones judiciales muestran que los tribunales no se limitan a un examen *prima facie* del convenio arbitral, sino que entran a decidir, con efectos de cosa juzgada, sobre su validez¹⁷. Esta línea jurisprudencial ha llevado a BENITO LLOPIS-LLOMBART a señalar que: “*Parece, en fin, como si la interpretación restrictiva o débil del efecto negativo de la regla Kompetenz-Kompetenz -casi unánime, como vemos, en la práctica de nuestros tribunales- se apoyara en un nada desdeñable argumentum e silentio: la cognición judicial con plenitud de alcance y efectos al enjuiciar la existencia, validez o aplicabilidad del convenio arbitral constituye entre nosotros una tradición tan arraigada que habría exigido al legislador -de haber sido ésa, en efecto, su intención- una derogación expresa*”¹⁸.

Tampoco es válido para esto supuestos el poder acudir a juzgados especializados en materia de arbitraje que resolvieran con unidad de criterio situaciones como la actual. Recuérdese que el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de noviembre de 2010, atribuyó al Juzgado de Primera Instancia núm. 101 de Madrid, con carácter exclusivo, las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje para cuestiones como el nombramiento y remoción de árbitros, el auxilio judicial en materia de pruebas, la adopción de medidas cautelares o la ejecución forzosa de laudo. Sin embargo, no cabe incluir en esta competencia la declinatoria de arbitraje que, como sabemos, por aplicación de los artículos 63.2 y 45 LEC, será competente aquel Juzgado al que se haya dirigido el actor para interponer la demanda sin posibilidad de acudir a ningún órgano especializado como el citado Juzgado núm. 101 de Madrid¹⁹.

A pesar de que nos hayamos decantado por un análisis *prima facie* del convenio a efectos de la declinatoria, ha de señalarse que los órganos jurisdiccionales, no obstante lo dicho, no pierden su competencia para controlar en el futuro los laudos dictados, tanto a través de la acción de anulación del laudo como del recurso de revisión²⁰. En este supuesto, los árbitros ya han analizado con antelación su propia competencia y se ha producido un escrupuloso respeto del art. 22 LA, así que, para aquellos supuestos en que por hipótesis se hubiera apreciado algún tipo de error de los árbitros sobre su propia competencia (incluida la valoración del convenio arbitral obviamente), éstos podrán ser subsanados vía acción de anulación del laudo.

Incluso diría más, si se intenta la ejecución forzosa de un laudo, el control de los tribunales en ese instante procesal de la fase de ejecución forzosa, debe llegar a la comprobación de que concurren o no infracciones de normas imperativas durante el proceso de gestación de la resolución arbitral, reconducidas éstas a que el laudo decida una cuestión no susceptible de ser sometida a arbitraje o sea contrario al orden público. En estos dos supuestos, sí cabría un análisis más profundo de la regularidad formal del título ejecutivo, mientras que en el resto de supuestos (posibles infracciones de normas dispositivas), el tribunal ante un laudo que cumpla los requisitos del art. 551 LEC, estará obligado a despachar ejecución por la regularidad formal del título ejecutivo presenta, sin perjuicio de las posteriores oportunidades de oposición que ofrezca el proceso al ejecutado.

2.5. Declinatoria, arbitraje y concurso de acreedores.

Debemos abordar en este momento aquella situación que podría concurrir al respecto de una controversia entre dos partes que hubieran ratificado un convenio arbitral, dirigiéndose una de ellas a la jurisdicción obviando la existencia de dicho convenio y, cuando además, se da la circunstancia de que una de las partes se encuentra en situación de concurso de acreedores. Basta por el momento asumir que se haya dictado en dicho concurso el auto de

¹⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, cit., pág. 31.

¹⁸ M. BENITO LLOPIS-LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la KOMPETENZ/KOMPETENZ”, *Artículos Jurídicos URÍA MENENDEZ*, cit., pág. 6.

¹⁹ Sin perjuicio de que esa especialización por materia ex art. 98 LOPJ solo concurre en la ciudad de Madrid.

²⁰ Sobre esta cuestión y en sentido amplio, vid. J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008 y *La asistencia judicial al arbitraje*, Ed. Reus, 2009.

declaración de concurso con independencia de la concreta fase del proceso concursal en la que nos encontremos.

En relación con este tema, en la redacción originaria del art. 52.1 de la Ley Concursal (LC, en adelante), se venía a señalar que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarían sin valor ni efecto durante la tramitación del encargo. Sin embargo, el efecto suspensivo al que se refería la anterior redacción del art. 52.1 LC, no era aplicable al caso del arbitraje internacional ya que dicha norma hacía la salvedad de “*sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales*”²¹, y en los tratados internacionales que vinculan a España en materia de arbitraje, esto es, el Convenio de Nueva York de 1958 y el de Ginebra de 1961, no existe referencia alguna al efecto suspensivo del convenio arbitral previsto en la norma española.

En el número 2 del art. 52 LC, se establecía la regla general de que, una vez declarado el concurso, los procedimientos arbitrales pendientes y en tramitación se continuarán hasta la firmeza del laudo, estableciéndose la misma regla que es aplicable también a los juicios declarativos pendientes contenida en el art. 51.1 LC.

Sin embargo, el referido párrafo 1 del art. 52 LC, se ha reformado conforme a la Disposición Final 3ª de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003, que cambia totalmente lo que se decía en la regulación anterior, de tal manera que ahora la declaración de concurso no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, estableciendo el efecto totalmente contrario al que se decía en la regulación anterior.

Únicamente por excepción, el órgano jurisdiccional podrá acordar la suspensión de esos efectos cuando los pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

Lo que se acaba de señalar, no se ve en absoluto modificado a la luz de la correspondiente normativa europea en materia de insolvencia. Así es, el actualmente vigente Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, no realiza referencia expresa alguna a los procedimientos arbitrales.

En este sentido, el art. 15 del citado Reglamento señala que: “*los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento*”, por lo que la normativa europea da libertad a los distintos Estados nacionales para regular los efectos de la insolvencia (del concurso) sobre los procedimientos, y haciendo una interpretación analógica extensiva, se extendería también a los procedimientos arbitrales en curso y/o, en su caso, sobre los convenios arbitrales que hubieran suscrito las partes en concurso.

Pero es que además, esta misma interpretación que los distintos tribunales de los Estados miembros han realizado del art. 15 del Reglamento, es la que recoge el que será nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia que entrará en vigor en junio de 2017. En efecto, el Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, incluye la siguiente previsión en el art. 18:

“*Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral*”.

Así pues, el que será nuevo Reglamento en procedimientos de insolvencia sí que incluye ya una referencia expresa a los procedimientos arbitrales a diferencia de su antecesor pero, en todo caso, hace una remisión a la regulación que al respecto realice cada Estado miembro, y

²¹ Sobre este particular vid. J.L. GONZÁLEZ MONTES, “Arbitraje y concurso de acreedores”, *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave* (Coord. GONZÁLEZ MONTES, J.L.), págs. 373-394.

hemos observado que la posición de nuestro país al respecto ha quedado definitivamente fijada con la modificación del art. 52 LC expuesta, tras la reforma de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje.

En lo relativo a la incidencia de la situación de concurso respecto de la disponibilidad o arbitrabilidad objeto del convenio internacional, ha de concluirse que dicha situación no viene a cambiar la naturaleza disponible de la relación jurídica sometida a arbitraje. Una cosa son las restricciones que el concursado haya de sufrir respecto de los bienes patrimoniales de libre disposición, según los casos (concurso voluntario o necesario), y otra muy distinta que la declaración de concurso haga indisponible o de “*ius cogens*” una materia perfectamente arbitrable.

En cuanto a la justificación de la reforma, la citada ley argumenta en su Exposición de Motivos (párrafo último), que la nueva redacción se adapta mejor a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del art. 52 LC. Se pretende por tanto mantener la vigencia del convenio arbitral cuando se trate de acciones civiles que, sin perjuicio de que pudieran tener trascendencia patrimonial respecto del deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración de concurso.

Por su parte el art. 53 LC relativo a las sentencias y laudos firmes queda como estaba en la redacción original.

3. CONCLUSIONES

I. La actual regulación de la declinatoria, con un plazo de interposición preclusivo dentro del plazo de contestación a la demanda, ha clarificado la situación procesal precedente, evitando que puedan producirse indeseadas sumisiones tácitas a la jurisdicción.

II. La actual LA 60 /2003, realiza a una regulación monista del arbitraje, aplicándose tanto al arbitraje interno como al internacional, recogiendo en su artículo 3 los supuestos en que ha de considerarse al arbitraje como internacional, dependiendo de la internacionalidad del arbitraje, los requisitos y eficacia de la cláusula arbitral así como el régimen de reconocimiento y ejecución en España del futuro laudo que se dicte.

III. La voluntad de las partes determinará la ley aplicable al convenio arbitral para decidir sobre su existencia, validez y eficacia. En su defecto, y tratándose de un arbitraje internacional, la validez del convenio dependerá de la ley aplicable al fondo de la controversia o, por último, del derecho español, siendo el mismo el criterio establecido en los principales tratados internacionales.

IV. Para que el convenio arbitral pueda desplegar sus efectos, también en el arbitraje internacional, debe cumplir una serie de requisitos relativos a la forma, el objeto, y la capacidad de los otorgantes del consentimiento, conteniendo los más importantes tratados internacionales herramientas para impedir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales cuando las partes ha expresado previamente su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje.

V. La interposición de la declinatoria no impide el inicio o continuación de las actuaciones arbitrales, entendiéndose el inicio de éstas no solo desde la solicitud de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje, sino también cuando se solicitan tanto medidas cautelares previas a la demanda arbitral, como medidas urgentes adoptadas por el árbitro de emergencia, si la intervención de éste hubiera sido solicitada por alguna de las partes y su actuación estuviera prevista en el correspondiente Reglamento de la institución administradora del arbitraje.

VI. La valoración del convenio arbitral por parte del órgano jurisdiccional a la hora de decidir acerca de la estimación o desestimación de la declinatoria, debiera tener una cognición limitada (*prima facie*), interpretación que sería respetuosa con el principio del art.

22 LA *Kompetenz/Kompetenz*, así como con los arts. 6 y 7 LA, sin embargo, la jurisprudencia demuestra una cognición extensa en la interpretación del convenio arbitral por lo que sería necesaria una previsión normativa al respecto, habiéndose perdido una importante oportunidad por medio de la Ley 11/2011 de reforma de la LA.

VII. La reforma del art. 52 LC por la medio de la Ley 11/2011 de reforma de la LA, ha establecido que la declaración de concurso no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, regulación perfectamente compatible tanto con la vigente normativa europea en materia de procedimientos de insolvencia (1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000), como con la normativa que será de aplicación en esta materia a partir de junio de 2017 (Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015).

VIII. En lo relativo a la incidencia de la situación de concurso respecto de la disponibilidad o arbitrabilidad objeto del convenio internacional, ha de concluirse que dicha situación no viene a cambiar la naturaleza disponible de la relación jurídica sometida a arbitraje.

4. BIBLIOGRAFÍA.

- M. BENITO LLOPIS LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la Kompetenz-kompetenz”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º. 1, 2008.
- M. BENITO LLOPIS-LLOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la KOMPETENZ/KOMPETENZ”, *Artículos Jurídicos URÍA MENENDEZ*, 2008, (también en *Revista del Club Español del Arbitraje*, N.º. 1, 2008), págs. 1 y ss.
- F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje de Derecho Privado*, Navarra, 2005.
- V. DE LOS SANTOS/BONNIN, “Emergency Proceedings Under the Mew ICC Rules”, *Spain Arbitration Review*, N.º 13/2012.
- C. ESPLUGES MOTA, Coord. S. BARONA VILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 158 y ss.
- J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de compromiso”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. II y III, Abril-Septiembre de 1975, págs. 446 y ss.
- J.L. GONZÁLEZ MONTES, “La excepción de arbitraje”, *Revista La Ley*, año XI, número 2.442, 13 de marzo de 1990, págs. 1-3.
- J.L. GONZÁLEZ MONTES, “Arbitraje y concurso de acreedores”, en Coord. J.L. GONZÁLEZ MONTES *Estudios sobre el arbitraje: los temas clave*, págs. 373-394.
- J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008.
- J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, *La asistencia judicial al arbitraje*, Ed. Reus, 2009.
- J. GUASPE *El Arbitraje en el Derecho Español*, Barcelona, 1956.
- A. LOPEZ ARGUMEDO PIÑERO y K. MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente”, *Revista del Club español del arbitraje*, núm. 8, 2010, págs. 53-71.
- J.F. MERINO MERCHAN, “Comentario al art. 3 LA”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2014, págs. 63-68.
- A. MONTES REYES, “El convenio arbitral”, en J.L. GONZÁLEZ MONTES (Coord), *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, 2008, págs. 24-71.
- L. PIETRO-CASTRO, “Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje”, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, II, pág. 465 y ss.
- A. VALENCIA MIRÓN, “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, en AA.VV., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, San Sebastián 1989, págs. 44 y ss.
- M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario, *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, págs. 21-33.