

## El litigante bifronte

### Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de octubre de 2021

En un supuesto en el que dos relaciones jurídicas estaban estrechamente relacionadas y en el que, llegado el conflicto, solo uno de los dos demandados había firmado con el demandante un compromiso arbitral, la Audiencia Provincial de Barcelona ha privado de eficacia a ese compromiso y ha dirigido a todos los litigantes a la jurisdicción.

En el artículo se analizan brevemente las razones de una decisión como esta, que no es única y frente a la que existen resoluciones contrarias



**Gorka Goenechea Permisán**

*Abogado (BM&A), árbitro, doctor en Derecho*

#### I. EL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 13 DE OCTUBRE DE 2021

Cuando varias partes intervienen en distintas relaciones jurídicas que están estrechamente conectadas, en ocasiones ocurre que solo algunas de aquellas suscriben entre sí un compromiso o convenio arbitral para la solución de las controversias que puedan surgir de esas relaciones. En estos casos, si todas las partes se ven envueltas en un proceso judicial, las que hubieran suscrito el convenio arbitral tienen la posibilidad de formular una declinatoria (*cf.* art. 11 LA), debiendo entonces el juez decidir si la estima (continuando el juicio con el resto de las partes) o si, por el contrario, desestima esa declinatoria (continuando el juicio con todos los litigantes, incluidos aquellos que invocaron oportunamente el efecto negativo del convenio arbitral mediante la declinatoria).

En un supuesto como el descrito —en que el promotor de una obra demandó al contratista y al proyectistas en reclamación de los daños derivados de determinados vicios constructivos— y después de que el juez de instancia estimó la declinatoria de arbitraje formulada por el mencionado contratista (que había suscrito el convenio arbitral con el promotor demandante) la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante el auto n.º 364/2021, de 13 de octubre, ha estimado el

recurso de apelación formulado conjuntamente por el promotor y el proyectista contra la decisión del juez de instancia, con base en (i) la eventual división de la continencia de la causa que podría producirse en caso de desarrollarse paralelamente dos pleitos distintos (uno judicial del promotor contra el proyectista y otro arbitral de dicho promotor frente al contratista) (ii) los principios de economía procesal, y seguridad jurídica y (iii) en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Concretamente, la Audiencia Provincial de Barcelona razona del siguiente modo:

*En el caso examinado tanto la actora Montesa Honda, S.A., como la codemandada Indus Ingeniería y Arquitectura, S.L., aluden a la situación que provocaría la continuación de dos procedimientos, uno ordinario y otro arbitral, sobre una misma actuación constructiva en la que los demandados tuvieron distinta intervención que, si bien pudiera resultar individualizable, también pudiera resultar solidaria; con las consecuencias de contradicción del principio de economía procesal, del de seguridad jurídica y del propio derecho a la tutela judicial efectiva.*

*En tales términos y considerada la falta de sumisión al convenio arbitral de Indus Ingeniería y Arquitectura, S.L.; la imposibilidad de incluir la pretensión dirigida contra esta en el arbitraje y finalmente la ausencia de una indebida acumulación de acciones nos ha de conducir a impedir la escisión del pleito tal como había sido configurado subjetiva y objetivamente, debiendo mantenerse el litigio en el ámbito jurisdiccional so pena de dividir la continencia de la causa, que se produciría de derivar hacia la sede arbitral la declaración de la responsabilidad de una de las codemandadas que pudiera resultar solidaria con la mantenida en sede jurisdiccional.*

## II. RESOLUCIONES DE CONTRASTE

Existen sentencias que resuelven en el mismo sentido que el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que nos ocupa, con el argumento añadido de la denominada *vis atractiva* de la jurisdicción frente al arbitraje. Por ejemplo, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lleida, con ocasión de la anulación de un laudo y mediante su sentencia n.º 184/2011, de 8 de junio de 2011, acordó la nulidad del laudo y redirigió a las partes a la jurisdicción civil, con base en la mencionada *vis atractiva* de la jurisdicción frente al arbitraje. En esta sentencia se lee:

*Al tener que determinar si tiene preferencia el arbitraje o la jurisdicción, es claro que la jurisdicción tiene vis atractiva, lo que evita dividir la continencia de la causa, no contraria el orden público (es nulo el laudo que lo contraria en virtud de lo dispuesto en el art. 41.1º.f) LA) y garantiza el acceso a la jurisdicción, constitucionalmente reconocido en el art. 24 CE a todas las personas. El derecho de acceso a la jurisdicción es preferente respecto del convenio arbitral cuando una parte en el litigio no está incluida en la cláusula arbitral. En definitiva, la cláusula arbitral es preferente y aplicable de forma obligatoria cuando una de las partes reclama judicialmente a la otra y esta plantea antes de contestar la demanda la sumisión a arbitraje, pero no cuando confluye con otras personas que no optaron por someterse a arbitraje ya que estos no pueden ser obligados a resolver sus diferencias por medio de arbitraje.*

Sin embargo, existe una segunda corriente de pronunciamientos judiciales que —en supuestos como

los descritos— niegan prevalencia a la jurisdicción frente al arbitraje. En este sentido, por ejemplo, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de marzo de 2007 en la que se dice:

*Dados los términos de los arts. 1 y 11 de la Ley de Arbitraje de 1988 el convenio arbitral voluntario excluye la intervención de Jueces y Tribunales en la decisión de la cuestión litigiosa, lo que impide la aplicación de la doctrina de la vis atractiva de la jurisdicción civil como se alega en el escrito de interposición de recurso.*

Puede mencionarse también el auto n.º 45/2010 de 22 de marzo de la Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el que se lee (1) :

*En todo caso, el art. 73.1.1º LEC impide la acumulación de acciones cuando el tribunal carezca de jurisdicción para conocer de las que se pretenden acumular y, en consecuencia, debe rechazarse este motivo de apelación sin que pueda operar la alegada vis atractiva de la jurisdicción de los tribunales en detrimento de las cuestiones sometidas al arbitraje.*

### III. REFLEXIÓN ANTE LOS PRONUNCIAMIENTOS DISCREPANTES

A la vista de las resoluciones transcritas es evidente que están puestas en balanza dos posiciones contrarias. La primera de ellas es la que —valorando el riesgo de una eventual división de la contienda de la causa y esa *vis atractiva* que se atribuye a la jurisdicción frente al arbitraje, así como otros argumentos como el derecho a la tutela judicial efectiva, la economía procesal o la seguridad jurídica— prescinde de la eficacia negativa del convenio arbitral y fuerza a todas las partes, incluidas las que firmaron ese convenio, a litigar en un mismo pleito judicial. La segunda posición jurisprudencial es la que —aplicando el art. 11 de la Ley de Arbitraje— antepone la eficacia negativa del convenio arbitral y respeta el derecho de sus firmantes a no verse concernidos por el pleito judicial.

En nuestra opinión y con la relatividad que impone el caso concreto, los argumentos esgrimidos en defensa de la primera de estas posiciones no son suficientes para privar de eficacia a la voluntad de las partes que suscriben un convenio arbitral. Dicha voluntad tiene su asiento en el art. 10 CE (2) y, por lo tanto, es jurídicamente tan defendible como la de quienes no firmaron el convenio arbitral e invocan el art. 24 CE. Dicho de otro modo, decisiones como la del auto de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 364/2021, de 13 de octubre suponen —según creemos— anteponer sin una justificación suficiente el art. 24 CE frente al art. 10 CE.

Ante supuestos como el estudiado, entendemos que deben diferenciarse tres esferas jurídicas: (i) la de los litigantes que no firmaron ningún convenio arbitral, a los que conforme al art. 24 CE no se les puede llevar a un arbitraje ni quedarán vinculados por un eventual laudo; (ii) la de los que sí firmaron uno de estos convenios y válidamente lo invoquen mediante declinatoria, a los que conforme al art. 10 CE no se les puede privar de su derecho al arbitraje y por último (iii) la del que voluntariamente aceptó participar de relaciones jurídicas interrelacionadas, a pesar de que sus respectivas fórmulas de resolución de conflictos fueran distintas. Este litigante —al que podemos denominar *bifronte*—

deberá afrontar el pleito judicial con una parte y el arbitraje con la otra, asumiendo la potencial división de la contienda de la causa que de ello se derive, lo procesalmente antieconómico de la situación y la inseguridad jurídica que aceptó desde el principio.

Por más que quepa defender una *vis atractiva* de la jurisdicción civil respecto del resto órdenes jurisdiccionales, creemos que no existe soporte jurídico para invocar esa misma fuerza de atracción respecto al arbitraje, puesto que —en relación con este— no hay una norma equivalente al art. 9.2º LOPJ que así lo disponga.

La economía procesal o la evitación de la división de la contienda de la causa y del peregrinaje de jurisdicciones son principios generales derivados del derecho a la tutela judicial efectiva, que podrán ser invocados en juicio por los litigantes que no firmaron un compromiso arbitral, pero no frente al litigante que oportunamente formule declinatoria con base en un convenio arbitral, pues a estos últimos dichos principios no le son oponibles.

Lo anterior no implica que el que se vea forzado a litigar en dos frentes (judicial y arbitral) no pueda intentar mitigar los efectos perniciosos de la duplicación de procesos, invocando preventivamente, si procede, la prejudicialidad civil; o reclamando después frente a quienes, gracias a la división de la contienda de la causa, hubieran podido experimentar un enriquecimiento injusto.

.....

(1)

*Vid. v.gr.*, auto 171/2008, de 19 de noviembre, de la Secc. 5ª de la Audiencia Provincial de Granada.

[Ver Texto](#)

(2) Como había adelantado Xiol Ríos en su voto particular a la STC 1/2018, de 11 de enero y ha confirmado ese mismo tribunal en su sentencia n.º 17/2021 de 15 febrero de 2021: «También, en esta reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41 f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional» ( art. 24 CE).

[Ver Texto](#)