

LA OPERATIVIDAD DE LA “LITISPENDENCIA” EN EL ÁMBITO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y ARBITRALES EXTRANJERAS EN ESPAÑA

Hilda Aguilar Grieder

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA OPERATIVIDAD DE LA “LITISPENDENCIA” EN EL ÁMBITO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN ESPAÑA: 1) Régimen convencional e institucional español: pluralidad de soluciones. 2) Régimen autónomo español: análisis y valoración de la práctica seguida por nuestro T.S. III. LA OPERATIVIDAD DE LA “LITISPENDENCIA” EN EL ÁMBITO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN ESPAÑA: 1) Régimen español: alcance práctico de la pluralidad de soluciones. 2) Práctica seguida por nuestro T.S.: análisis y valoración. A) Análisis. B) Valoración.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro actual sistema autónomo de eficacia extraterritorial de decisiones judiciales extranjeras aparece recogido en los arts. 951-958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881¹ (en adelante, L.E.C. de 1881). Dichos preceptos, aun a pesar de las numerosas y acertadas críticas recibidas por nuestra doctrina², no han sido derogados por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000³ (en adelante, L.E.C. 1/2000) en espera de su futura regulación por la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil⁴. Como consecuencia de no existir hasta el momento más que un Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en

1 *Gaceta de Madrid*, de 5 al 22 de febrero de 1881. Corrección de errores en *Gaceta* de 5 de marzo de 1881.

2 *Vid.*, muy especialmente, M.A. Amores Conradi, “Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1995, pp. 267-316; M. Vigós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pp. 389 y ss.; así como P.A. De Miguel Asensio, “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *A.E.D.I.Pr.*, 2000, Tomo 0, pp. 337-366, especialmente pp. 337-343 y 365-366.

3 *B.O.E.* de 8 de enero de 2000 (núm. 7). Corrección de errores: *B.O.E.* de 14 de abril de 2000 (núm. 90). Tal como establece la Disposición final vigésima primera de la L.E.C. 1/2000, dicho cuerpo legal entró en vigor al año de su publicación en el B.O.E.

4 La Disposición derogatoria única 1 (3º) de la L.E.C. 1/2000 establece que no se entenderán derogados de la L.E.C. de 1881 los “artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, que estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”.

materia civil⁵, las decisiones judiciales extranjeras habrán de reconocerse y/o ejecutarse en España, siempre y cuando no resulte aplicable al caso en cuestión ningún texto convencional o institucional que haya sido suscrito por nuestro país, con arreglo a lo previsto en los arts. 951-958 de la L.E.C. de 1881.

Y, más en concreto, en el supuesto de no resultar aplicable ningún texto convencional ni institucional, para que una decisión judicial extranjera sea reconocida y/o ejecutada en nuestro país es preciso que se cumplan, además de determinados presupuestos, las condiciones previstas en el art. 954 de la L.E.C. de 1881. Por lo que a nosotros nos interesa, la jurisprudencia del T.S. (a la que posteriormente nos referiremos) ha añadido a las causas expresamente previstas en el art. 954 de la L.E.C. de 1881 una nueva causa de denegación del exequátur: que la decisión extranjera cuyo reconocimiento y/o ejecución se solicite no sea inconciliable con una decisión judicial española firme *ni sea susceptible de serlo con un proceso que se encuentre pendiente ante nuestros Tribunales*. Es a esta última problemática a la que nos vamos a referir a lo largo del presente trabajo⁶. Efectivamente, en las líneas siguientes nos proponemos analizar bajo qué condiciones las decisiones judiciales extranjeras, o los laudos arbitrales extranjeros, no son susceptibles de reconocimiento y/o ejecución en nuestro país en el supuesto de encontrarse, en el momento de solicitud del exequátur, un proceso pendiente en España que pueda dar lugar a una futura sentencia inconciliable con la correspondiente decisión judicial o laudo arbitral.

El plan de exposición que nos proponemos llevar a cabo en el presente trabajo es el siguiente. En primer lugar, vamos a poner de manifiesto bajo qué condiciones, en su caso, nuestro T.S. admite que la pendencia de un proceso en España justifica la denegación del reconocimiento y/o ejecución de una decisión judicial procedente de un país extranjero. En segundo término, nos proponemos analizar si el T.S. ha adoptado las mismas pautas en relación con los laudos arbitrales extranjeros, esto es, por lo que se refiere a las sentencias dictadas por un Tribunal arbitral en lugar de por un Tribunal judicial. Se trata, pues, de poner de relieve si nuestro Alto Tribunal estima que la pendencia de un proceso en España constituye causa suficiente para denegar el exequátur de un laudo arbitral que haya sido dictado en el extranjero y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones. De este modo, comprobaremos si, por lo que a la problemática analizada se refiere, la actitud adoptada por nuestro T.S. es la misma frente a las sentencias judiciales que frente a las sentencias arbitrales. Y por último, en el caso de considerar el T.S. que la pendencia de un proceso en España constituye, al menos en ciertos casos, una causa de denegación del exequátur de un laudo arbitral que haya sido dictado en otro país y que pueda llegar a ser inconciliable con la decisión que finalmente dicten los Tribunales españoles, habrá que analizar si nuestro Alto Tribunal estima o no que dicho motivo ha de incluirse dentro de una de las causas expresamente previstas en el art. V del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁷ (en adelante, Convenio de Nueva York); y si dicha actitud de nuestro T.S. es o no conforme, con las exigencias y con la finalidad principal perseguida por el susodicho texto convencional, así como con la propia naturaleza de la institución arbitral.

5 Suplemento al *B.I.M.J.* de 1 de octubre de 1999 (núm. 1854), pp. 313-350, Actividad prelegislativa del Ministerio de Justicia (1996-1999). El referido Anteproyecto fue informado por el Consejo de Ministros el 11 de junio de 1999.

6 Por lo que al conflicto entre una decisión judicial y un laudo arbitral se refiere, *vid.* P. Schlosser, "Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1981, núm. 3, pp. 371-393, así como las referencias por el mismo citadas.

7 *B.O.E.* de 11 de julio de 1977 (núm. 164).

En cualquier caso, es preciso tener en cuenta, a efectos meramente terminológicos, que la problemática por nosotros considerada no puede ser calificada como de “litispendencia” (internacional)⁸, ya que para que dicha figura procesal pueda tener lugar es preciso que los procesos en cuestión (es decir, el nacional y el extranjero) se encuentren pendientes. Y en el supuesto por nosotros considerado a uno de los procesos (y, más en concreto, al extranjero) ya se le ha puesto término, habiendo sido dictada la correspondiente sentencia judicial o, en su caso, el laudo arbitral⁹. No obstante, como consecuencia de las concomitancias existentes entre el instituo procesal de la litispendencia (internacional) y la problemática por nosotros abordada, en ocasiones la misma ha sido encuadrada (entendemos que con fines meramente didácticos) bajo la denominación de la “litispendencia en el ámbito del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras”.

II. LA OPERATIVIDAD DE LA “LITISPENDENCIA” EN EL ÁMBITO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN ESPAÑA

1) Régimen convencional e institucional español: pluralidad de soluciones

En última instancia, la justificación de la causa de denegación del exequátur a la cual nos vamos a referir en el presente trabajo se halla, tal y como ha puesto de manifiesto M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, en “el postulado general de todo sistema jurídico de *eliminar las antinomias*, impidiendo que pueda darse cumplimiento en el foro a fallos contradictorios o irreconciliables entre sí”¹⁰.

La posibilidad de denegar el reconocimiento y/o ejecución de una decisión judicial extranjera, con base exclusivamente en la pendencia de un proceso en el Estado requerido, no aparece contemplada ni en el ámbito del Convenio de Bruselas, de 27 de

8 La figura de la litispendencia internacional ha sido estudiada, entre otros muchos, por los siguientes autores: R. Arenas García, “La litispendencia internacional. El artículo 21 del Convenio de Bruselas de 1968 y el control de la competencia del Tribunal de origen”, *Noticias/C.E.E.*, 1992, núm. 91/92, pp. 103-109; *id.*, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, 1996, pp. 155-171 y 269-275; E. Cano Bazaga, *La litispendencia comunitaria*, Madrid, 1997; A. Di Blase, *Commissione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993; F.J. Garcimartín Alférez, “La litispendencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: dos conclusiones”, *La Ley. Comunidades Europeas*, 27 de febrero de 1992, núm. 72, pp. 1-5; J.D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Bilbao, 1979, pp. 70-75; W.J. Habscheid, “Zur Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens”, *RabelsZ*, 1967, vol. 31, pp. 254-274; B. Heiderhoff, *Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehescheidungsverfahren*, Bielefeld, 1998; D. Holleaux, “La litispendance”, *Trav.Com.fr.dr.int.pr.*, 1971-1973, pp. 203-217; P. Rodríguez Mateos, “La litispendencia internacional: una interpretación autónoma del art. 21 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, *La Ley. Comunidades Europeas*, 29 de enero de 1988, Suplemento núm. 31, pp. 1-4; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 243-256; así como M. Wittibschlager, *Rechtshängigkeit in internationalen Verhältnissen*, Basel und Frankfurt am Main, 1994.

9 Por lo que al contexto del arbitraje comercial internacional se refiere, es preciso tener además muy en cuenta que, en sentido estricto, no puede hablarse de litispendencia ni siquiera en el supuesto de encontrarse pendiente un proceso arbitral y un proceso judicial sobre la misma cuestión, ya que el señalado término únicamente es aplicable en el ámbito de los órganos jurisdiccionales. A estos efectos, *vid.*, por todos, A. Samuel, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West german law*, Zürich, 1989, pp. 260, según el cual dicho supuesto no es constitutivo de una situación de litispendencia, sino de exclusión; así como E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 261-264, la cual niega igualmente la existencia de litispendencia entre jueces y árbitros.

10 M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 482, núm. 844.

septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Convenio de Bruselas)¹¹; ni en el del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹²; ni tampoco en el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes¹³. Tanto el apartado 3º y 5º del art. 27 del Convenio de Bruselas¹⁴, como el apartado 3º y 4º del art. 34 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, así como el apartado 1 e) y f) del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, sólo se refieren a los conflictos entre decisiones judiciales ya dictadas.

Por su parte, el Ante-proyecto de Convenio, de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, sobre la competencia y las decisiones extranjeras en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 1999, sí que acoge de un modo expreso el referido motivo de denegación del exequátur. Y, más en concreto, el apartado 1 a) del art. 28 de dicho texto legal soluciona el señalado conflicto (entre una decisión judicial extranjera cuyo exequátur se inste y un proceso que se encuentre pendiente en el Estado requerido) con arreglo al principio de la prioridad temporal entre procesos¹⁵.

En relación con los Convenios bilaterales ratificados por España, el régimen relativo a la problemática por nosotros considerada no es uniforme.

La mayor parte de los Convenios bilaterales suscritos por nuestro país contemplan de un modo expreso, como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una decisión judicial extranjera, a la pendency de un proceso ante un Tribunal del Estado requerido, en el momento de solicitar el correspondiente exequátur, que pueda llegar a ser inconciliable con la decisión extranjera en cuestión. Tal es el caso del Convenio celebrado entre España y Francia, el 28 de mayo de 1969, sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil¹⁶ (art. 4.4.a: para lo cual exige la concurrencia de identidad de partes, de objeto y de causa entre ambos procesos); del Convenio celebrado entre España e Italia, el 22 de mayo de 1973, sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil¹⁷ (art. 14.4.a: para lo cual requiere la triple identidad aludida); del Convenio celebrado entre España y la República Federal de Alemania, el 14 de noviembre de 1983, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil¹⁸ (art.

11 *D.O.C.E.* núm. C 189, de 28 de julio de 1990.

12 *D.O.C.E.* núm. L 12, de 16 de enero de 2001.

13 *D.O.C.E.* de 30 de junio de 2000.

14 Lo mismo es predicable con respecto al Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Convenio de Lugano) (*B.O.E.* de 20 de octubre de 1994 [núm. 251]. Corrección de errores: *B.O.E.* de 10 de enero de 1995 [núm. 8]), ya que los apartados 3º y 5º del art. 27 del señalado texto convencional reproducen íntegramente el contenido de los correspondientes apartados del Convenio de Bruselas.

15 Texto consultado en <http://hchc.net/f/workprog/jdgm.html>. Por virtud de dicho apartado, el “reconocimiento o la ejecución de la sentencia puede ser denegada si: a) un litigio entre las mismas partes y teniendo el mismo objeto está pendiente ante un tribunal del Estado requerido, primero elegido conforme al artículo 21”.

16 *B.O.E.* de 14 de marzo de 1970 (núm. 63). Dicho Convenio regula los conflictos entre decisiones ya recaídas en el art. 4.4.b y c.

17 *B.O.E.* de 15 de noviembre de 1977 (núm. 273). Dicho Convenio contempla los conflictos entre decisiones ya recaídas en el art. 14.4.b y c.

18 *B.O.E.* de 24 de septiembre de 1992 (núm. 230). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre decisiones ya recaídas en el art. 5.1.3. El art. 5 del Convenio otorga la facultad, en lugar de la obligación, de denegar el correspondiente reconocimiento cuando concurra cualquiera de las causas por el mismo previstas.

5.1.2: para lo cual exige identidad de partes, de objeto y de causa); del Convenio celebrado entre España y Austria, el 17 de febrero de 1984, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil¹⁹ (art. 5.1.b: para lo cual requiere la triple identidad mencionada); del Convenio celebrado entre España y la República Socialista de Checoslovaquia, el 4 de mayo de 1987, sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles²⁰ (art. 20.f: para lo cual exige que concurren las mismas partes y el mismo asunto); del Convenio celebrado entre España y los Estados Unidos Mexicanos, el 17 de abril de 1989, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil²¹ (art. 12.a: para lo cual requiere identidad de partes, de objeto y de causa); del Convenio celebrado entre España e Israel, el 30 de mayo de 1989, para el mútuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil²² (art. 4.5.a: para lo cual exige identidad de partes y de causa, pero no de objeto); del Convenio celebrado entre España y la República Federal de Brasil, el 13 de abril de 1989, de cooperación jurídica en materia civil²³ (art. 21.c: para lo cual requiere identidad de partes, de objeto y de causa); del Tratado celebrado entre España y la República Popular China, el 2 de mayo de 1992, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil²⁴ (art. 22.6: para lo cual exige la triple identidad aludida); del Convenio celebrado entre España y la República de Bulgaria, el 23 de mayo de 1993, de asistencia judicial en materia civil²⁵ (art. 19.6: para lo cual requiere la triple identidad señalada); del Convenio celebrado entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el 26 de octubre de 1990, sobre asistencia judicial en materia civil²⁶ (art. 18.3: para lo cual exige identidad de partes y de causa, no de objeto); del Convenio celebrado entre España y el Reino de Marruecos, el 20 de mayo de

19 *B.O.E.* de 29 de agosto de 1985 (núm. 270). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre resoluciones ya recaídas en el art. 5.1.c. El art. 5 del Convenio concede la facultad (no la obligación) de denegar el reconocimiento que se solicite cuando concorra cualquiera de los motivos por el mismo contemplados.

20 *B.O.E.* de 3 de diciembre de 1988 (núm. 290). Corrección de errores: *B.O.E.* de 26 de enero de 1989 (núm. 22). Habiendo desaparecido como Estado Checoslovaquia desde el 1 de enero de 1993, se consideran sucesoras en las obligaciones derivadas de los Tratados internacionales, suscritos antes de la partición, tanto la República Checa como, en principio, la República Eslovaca. Dicho Convenio resuelve los conflictos entre sentencias ya recaídas en el art. 20.e y g. El art. 20 del Convenio obliga a proceder al reconocimiento y ejecución que se solicite cuando se cumplan las condiciones en el mismo previstas.

21 *B.O.E.* de 9 de abril de 1991 (núm. 85). Corrección de errores: *B.O.E.* de 6 de mayo y de 20 de septiembre de 1991 (núms. 108 y 226 respectivamente). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre decisiones ya recaídas en el art. 12.b. El art. 12 del Convenio concede la facultad (no la obligación) de denegar la ejecución que se inste cuando concorra cualquiera de los supuestos por el mismo previstos.

22 *B.O.E.* de 3 de enero de 1991 (núm. 3). Corrección de errores: *B.O.E.* de 23 de enero de 1991 (núm. 20). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre sentencias ya recaídas en el art. 4.5.b y c. El art. 4 del Convenio, relativo a las causas de denegación del exequátur, utiliza la expresión “podrá denegarse”.

23 *B.O.E.* de 10 de julio de 1991 (núm. 164). Corrección de errores: *B.O.E.* de 13 de agosto de 1991 (núm. 193). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre decisiones ya recaídas en el art. 21.d. El art. 21 del Convenio, que contempla las causas de denegación del exequátur, emplea el término “pueden ser denegados”.

24 *B.O.E.* de 31 de enero de 1994 (núm. 26). Corrección de errores: *B.O.E.* de 11 de marzo de 1994 (núm. 60). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre decisiones ya recaídas, junto con el supuesto por nosotros analizado, en el art. 22.6.

25 *B.O.E.* de 30 de junio de 1994 (núm. 155). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre resoluciones ya recaídas en el art. 19.6. El art. 19 del Convenio obliga a proceder al reconocimiento que se solicite cuando se cumplan las condiciones por el mismo previstas.

26 *B.O.E.* de 25 de junio de 1997 (núm. 151). Tras la desaparición de la U.R.S.S., el Convenio debe considerarse concluido con la Federación de Rusia. Dicho Convenio resuelve los conflictos entre resoluciones ya recaídas en el art. 18.3. El art. 18 del Convenio obliga a proceder al exequátur que se solicite cuando se cumplan las condiciones por el mismo previstas.

1997, de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa²⁷ (art. 23.5: para lo cual requiere identidad de partes y de objeto); así como del Convenio celebrado entre España y la República Oriental de Uruguay, el 4 de noviembre de 1987, de cooperación jurídica²⁸ (art. 8.c: para lo cual exige identidad de partes, de objeto y de causa). Dichos textos convencionales, con la excepción del celebrado con China (el cual resuelve el conflicto con arreglo a la regla de la primacía del foro), resuelven el conflicto entre una decisión extranjera y un proceso pendiente en el Estado requerido con arreglo al principio de la prioridad temporal entre procesos, de tal modo que se prefiere el proceso (ya sea nacional o extranjero) cuya pendencia haya comenzado con anterioridad. Con arreglo al señalado criterio, la pendencia de un proceso ante un Tribunal del Estado requerido únicamente impedirá el exequátur de una decisión extranjera cuando el mismo haya sido incoado con anterioridad al proceso que haya dado lugar a la decisión cuyo reconocimiento se pide²⁹.

Sin embargo, otros Convenios bilaterales ratificados por nuestro país no determinan de un modo expreso que la pendencia de un proceso ante los Tribunales del Estado requerido, en el momento de instarse el reconocimiento y ejecución de una decisión judicial extranjera (que pueda llegar a ser inconciliable con la decisión judicial que ponga término al proceso que se encuentra pendiente ante nuestros Tribunales), constituye una causa de denegación de dicho exequátur. Tal es el caso del Tratado celebrado entre España y Suiza, el 19 de noviembre de 1896, sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial³⁰; del Convenio celebrado entre España y el Reino de Marruecos, el 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores³¹; así como del Convenio celebrado entre España y Rumanía, el 17 de noviembre de 1997, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil³². Dicha omisión puede deberse, o bien, a considerar los Estados parte que la señalada pendencia no constituye una causa de denegación del exequátur, o bien, a estimar los mismos que dicho supuesto ha de quedar incluido dentro de la causa de denegación del exequátur relativa al orden público.

27 B.O.E. de 25 de junio de 1997 (núm. 151). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre resoluciones ya recaídas en el art. 23.4 (junto con la causa de denegación del exequátur relativa al orden público). El art. 23 del Convenio obliga a conceder autoridad de cosa juzgada cuando se cumplan las condiciones por el mismo contempladas.

28 B.O.E. de 30 de abril de 1998 (núm. 103). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre decisiones ya recaídas en el art. 8.d. El art. 8 del Convenio concede la facultad, no la obligación, de denegar el reconocimiento y la ejecución que se solicite cuando concurra cualquiera de los casos por el mismo previstos.

29 Debido a la ambigüedad con la cual ha sido redactado el apartado 4 a) del art. 4 del Convenio hispano-francés (“El reconocimiento será denegado: 4.- Cuando un litigio [...]: a) Esté pendiente ante un Tribunal del Estado requerido, con anterioridad a la presentación de la demanda de cuya ejecución se trata”), no queda claro si, para denegarse el correspondiente reconocimiento, es necesario que el proceso que se encuentre pendiente en el Estado requerido haya sido incoado antes de haberse presentado la demanda que haya dado lugar a la decisión cuyo reconocimiento se insta, o si es suficiente con que el proceso del Estado requerido haya comenzado con anterioridad a haberse presentado la demanda de exequátur. De conformidad con la tendencia dominante en esta materia en el ámbito de los Convenios bilaterales, nosotros nos inclinamos por la primera de las opciones apuntadas, aun a pesar de reconocer que el tenor literal del apartado transcrito es, conscientemente o no, ciertamente confuso.

30 *Gaceta de Madrid*, de 9 de julio de 1898 (núm. 190). Dicho Tratado, en las causas de denegación de la ejecución (contenidas en el art. 6), no se refiere a los conflictos entre resoluciones ya recaídas.

31 B.O.E. de 24 de junio de 1997 (núm. 150). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre resoluciones ya recaídas en el art. 11.c.

32 B.O.E. de 5 de junio de 1999 (núm. 134). Dicho Convenio resuelve los conflictos entre resoluciones ya recaídas en el art. 12.1.c y d (2º párrafo). Tales apartados reproducen íntegramente los apartados 3º y 5º del art. 27 del Convenio de Bruselas.

El hecho de no existir un régimen convencional uniforme, en relación con esta materia, prueba el carácter, no estructural, sino contingente de dicho presupuesto del reconocimiento.

2) Régimen autónomo español: análisis y valoración de la práctica seguida por nuestro T.S.

Por lo que a nuestro sistema autónomo se refiere, tal como se desprende del art. 955 de la L.E.C. de 1881, el T.S. es el único órgano jurisdiccional encargado de otorgar, a instancia de parte, el reconocimiento y/o ejecución en España de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros.

Como anteriormente hemos adelantado, y hasta que no sea aprobada y entre en vigor la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil³³, ya resulte aplicable el arcaico régimen de reciprocidad o el régimen supletorio de condiciones (este último, aun a pesar de gozar de carácter subsidiario, es el seguido en la inmensa mayoría de las ocasiones, ya que la reciprocidad, para poder ser tenida en cuenta, ha de probarse), para que una decisión judicial extranjera sea reconocida en nuestro país por el T.S., con arreglo a nuestro sistema autónomo (esto es, en defecto de texto convencional o institucional que resulte aplicable al caso en cuestión), es preciso que se cumplan, además de determinados presupuestos (ha de tratarse, en concreto, de sentencias extranjeras firmes dictadas en procedimientos contenciosos que resuelvan materias de Derecho privado), las condiciones previstas en el art. 954 de la L.E.C. de 1881³⁴. En cualquier caso, tal como ha reconocido la doctrina española³⁵, la jurisprudencia de nuestro T.S. ha incorporado un nuevo obstáculo al exequátur de las decisiones judiciales extranjeras que haya de tener lugar con arreglo a nuestro sistema autónomo, al considerar que la existencia de una decisión judicial española firme (ya haya sido la misma dictada por Tribunales españoles o por Tribunales extranjeros y reconocida en España), o incluso la pendencia de un proceso en España, constituye motivo suficiente para justificar la denegación del reconocimiento y/o ejecución de una decisión judicial dictada por un Tribunal extranjero que sea inconciliable con la decisión española o que sea susceptible de serlo con la

33 El apartado 1 f) del art. 18 del Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil recoge de un modo expreso la causa de denegación del exequátur objeto de análisis en el presente trabajo, y soluciona el referido conflicto con arreglo al principio de la prioridad temporal entre procesos (“1. La resolución no se reconocerá y ejecutará: (...) f) Cuando existiese un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda en el Estado de origen”).

34 A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, P. Abarca Junco, “El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras en España”, *Derecho internacional privado*, vol. I, en E. Pérez Vera y otros, Madrid, 2001, 3ª ed., pp. 411-450, pp. 441-445; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2000, 2ª ed., pp. 315-329; así como J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2001, 2ª ed., pp. 277-281. Tanto los presupuestos del exequátur, como las condiciones previstas en el art. 954 de la L.E.C. 1/2000 (con la excepción de la prevista en el apartado 2º de dicho precepto, que únicamente se controla a instancia de parte), como consecuencia de afectar al interés público, son apreciables de oficio (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2000, pp. 323, núm. 11).

35 *Vid.*, por ejemplo, P. Abarca Junco, *loc. cit.*, 2001, pp. 445; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2000, pp. 328, núm. 16; P.A. De Miguel Asensio, *loc. cit.*, 2000, pp. 357-358, núm. 16; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, 2001, pp. 328-331, núms. 305-308; M. Virgós Soriano, “El reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, *Derecho internacional privado*, vol. I, en E. Pérez Vera y otros, Madrid, 2000, 2ª ed., pp. 409-450, pp. 445-447; así como M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 489-490, núms. 865-868.

decisión que finalmente dicten nuestros Tribunales³⁶. La señalada jurisprudencia, después de comprobar si se cumplen o no las condiciones previstas en el art. 954 de la L.E.C. de 1881, incorpora la siguiente coletilla: “No consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o *proceso pendiente en España*”³⁷. Dicha causa de denegación del exequátur es apreciable, no a instancia de parte, sino de oficio, ya que la misma afecta al interés público. Por lo tanto, el T.S., al igual que ocurre con las causas que se hallan expresamente previstas en el art. 954 de la L.E.C. 1/2000 (con la excepción de la contemplada en el apartado 2º del precepto), ha de comprobar de oficio que no concurre el señalado motivo de denegación del exequátur³⁸.

La jurisprudencia del T.S. relativa a esta materia no exige que entre el proceso que se encuentre pendiente en España (o, en su caso, entre la decisión judicial española) y la decisión judicial extranjera exista identidad de partes, de objeto y de causa. Es suficiente para que juegue la mencionada causa de denegación del exequátur, por tanto, con que la decisión judicial extranjera sea susceptible de ser inconciliable con la decisión judicial que vaya a poner fin al proceso que se encuentre pendiente en España³⁹. Por consiguiente, el señalado motivo opera tanto con respecto a las situaciones de litispendencia (en las cuales concurre identidad de partes, de objeto y de causa) como con respecto a las de conexidad (las cuales se caracterizan por la inexistencia de la triple identidad mencionada)⁴⁰. Ello es lógico, ya que por medio de la señalada causa de denegación del exequátur lo que ha pretendido nuestro Alto Tribunal es garantizar la

36 *Vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 24 de diciembre de 1996, *R.A.J.*, núm. 8394 (Fundamento Jurídico 9º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 1998, *R.A.J.*, núm. 2674 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 1998, *R.A.J.*, núm. 3559 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 13 de abril de 1999, *R.A.J.*, núm. 2612 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 5 de mayo de 1998, *R.A.J.*, núm. 4292 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 7 de septiembre de 1999, *R.A.J.*, núm. 6530 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 5 de octubre de 1999, *R.A.J.*, núm. 8021 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 25 de enero de 2000, *R.A.J.*, núm. 242 (Fundamento Jurídico 8º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 2000, *R.A.J.*, núm. 3576 (Fundamento Jurídico 8º); así como el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de mayo de 2000, *R.A.J.*, núm. 4382 (Fundamento Jurídico 9º).

37 La cursiva es nuestra.

38 A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2000, pp. 323, núm. 11.

39 A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala 1ª) de 19 de marzo de 1986, *La Ley*, 1986-2, pp. 609-611, el cual denegó el reconocimiento de una sentencia neoyorquina de divorcio con base exclusivamente en la pendencia en nuestro país, en el momento de instarse el señalado reconocimiento, de un proceso de separación conyugal; el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 28 de abril de 1998, *R.A.J.*, núm. 3595 (Fundamento Jurídico 8º), el cual, aun a pesar de haber reconocido que concurrían los presupuestos del exequátur y las condiciones expresamente previstas en el art. 954 de la L.E.C. de 1881, como consecuencia de estimar que “un elemental principio de armonía entre las decisiones judiciales que forman parte del orden interno impide dotar de virtualidad a la eficacia de la sentencia extranjera”, denegó el reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio (que tan sólo contenía un pronunciamiento de disolución del vínculo matrimonial) con base exclusivamente en la pendencia en España, en el momento de instarse el señalado reconocimiento, de un proceso de separación contenciosa entre las mismas partes (en el que la demandante solicitaba la obtención de una prestación compensatoria de 3.000.000 de ptas.); así como el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 21 de septiembre de 1999, *R.A.J.*, núm. 6806 (Fundamento Jurídico 3º).

40 No obstante, como anteriormente hemos puesto de relieve, es preciso tener presente que el supuesto objeto de análisis en el presente apartado no puede ser encuadrado ni dentro de la figura de la litispendencia ni de la conexidad, pese a las concomitancias existentes con dichos institutos procesales, ya que en la problemática por nosotros abordada el proceso extranjero ha dejado de estar pendiente, habiendo dado lugar a una decisión judicial cuyo reconocimiento y/o ejecución se solicita. Por consiguiente, desde el punto de vista terminológico, resulta más correcto afirmar que la susodicha causa de denegación del exequátur opera con respecto a situaciones que, o bien, fueron susceptibles de quedar encuadradas, en el momento de encontrarse tanto el proceso nacional como el extranjero pendientes, dentro del instituto procesal de la litispendencia, o bien, dentro del de la conexidad.

armonía o coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, es evitar que dentro del territorio español sean eficaces dos decisiones que sean inconciliables entre sí⁴¹. Y para quebrantar dicha armonía no es necesaria la concurrencia de identidad de partes, de objeto y de causa entre el proceso nacional y el extranjero. La coherencia interna del ordenamiento jurídico español resultaría vulnerada en el supuesto de coexistir en el mismo dos decisiones judiciales (en nuestro caso, una española y una extranjera) que fuesen materialmente incompatibles. Por lo tanto, para que opere la referida causa de denegación del exequátur es suficiente con que el proceso que se encuentre pendiente en España pueda finalizar por medio de una decisión judicial que pueda llegar a ser inconciliable con la decisión judicial extranjera cuyo reconocimiento y/o ejecución se solicite. Y para que dicha inconciliabilidad pueda tener lugar no es preciso que exista identidad de partes, de objeto y de causa, sino tan sólo que ambos procesos (el nacional y el extranjero) se encuentren estrechamente vinculados entre sí.

Por otro lado, la jurisprudencia del T.S. relativa a esta materia no requiere, con carácter general, para que opere la señalada causa de denegación del exequátur que el proceso que se encuentre pendiente en España (o, en su caso, el que haya dado lugar a la decisión judicial española) haya comenzado con anterioridad al proceso desenvuelto en el extranjero que haya dado lugar a la decisión judicial cuyo reconocimiento y/o ejecución se solicite⁴². Dicha actitud adoptada por nuestro T.S. es, a nuestro modo de ver, excesivamente nacionalista, ya que implica otorgar primacía en todos los supuestos al proceso nacional sobre el proceso extranjero. Dicho modo de proceder de nuestro T.S. puede incentivar actitudes fraudulentas de las partes, ya que la parte afectada por un resultado desfavorable de la decisión judicial extranjera (ya sea la demandante o la

41 Dicha finalidad ha sido expresamente puesta de manifiesto, entre otros, por el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 28 de abril de 1998 (Fundamento Jurídico 8°); así como por el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de julio de 1999, *R.A.J.*, núm. 5237 (Fundamento Jurídico 7°).

42 A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. de 24 de abril de 1935, en A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1974, pp. 360-363, especialmente pp. 363 ("el avalar esta sentencia extranjera sería hacer ineficaz el juicio aquí seguido y dejar sin efecto, al margen de los recursos legales, el fallo de un Tribunal nacional, invalidando la competencia de éste, que en casos como el de autos es cuestión de soberanía, regida y fijada por normas legales que son de orden público nacional, cual las procesales de la Ley de Divorcio, que por tal carácter no pueden quedar sin efecto por una sentencia extranjera"); el ya citado auto del T.S. (Sala 1ª) de 19 de marzo de 1986 (*cit. supra*), pp. 611, según el cual la "existencia de un procedimiento abierto ante los Tribunales españoles (...), genera una situación de litispendencia que impone la repulsa de la solicitud de homologación por lo mismo que haría ineficaz el futuro fallo de los organismos jurisdiccionales patrios, sin que a ello pueda objetarse la mayor antigüedad del proceso y la sentencia extranjera, que es factor sólo operante cuando la regulación paccionada así lo hubiera previsto" (Fundamento Jurídico 3°); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 28 de abril de 1998 (Fundamento Jurídico 8°), el cual denegó el reconocimiento de una sentencia sueca de divorcio únicamente como consecuencia de encontrarse pendiente en España, en el momento de solicitarse el referido reconocimiento, un procedimiento de separación matrimonial entre las mismas partes, aun a pesar de haber sido iniciado este último con posterioridad a haber sido dictada la sentencia extranjera de divorcio. *Id.*, igualmente, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 1998, *R.A.J.*, núm. 3560 (Fundamento Jurídico 3°), el cual denegó el reconocimiento de una sentencia venezolana de divorcio como consecuencia, entre otras razones, de la existencia de una sentencia de divorcio dictada por los Tribunales españoles; así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de julio de 1999 (Fundamento Jurídico 7°), el cual denegó el reconocimiento de una sentencia estadounidense de divorcio tan sólo como consecuencia de existir entre las mismas partes una sentencia española firme de divorcio, aun a pesar de haber sido incoado el proceso español con posterioridad al proceso extranjero. En contra de la tendencia expuesta en estas líneas, *vid.* la sentencia del T.S. de 28 de junio de 1985, *C.C.J.C.*, 1985, vol. 9, pp. 2835-2837, con la nota de M.A. Amores Conradi, pp. 2837-2845, pp. 2837-2838, la cual otorgó parcialmente el exequátur de una sentencia austriaca de divorcio, aun a pesar de la existencia en España de un proceso (incoado posteriormente al proceso extranjero que dió lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se solicitaba) entre las mismas partes, sobre los mismos hechos y con la misma causa (en cualquier caso, de la motivación de la sentencia parece desprenderse que la problemática objeto de análisis le pasó inadvertida a nuestro Alto Tribunal).

demandada del señalado proceso extranjero), para impedir que la misma sea reconocida y/o ejecutada en nuestro país, tan sólo tiene que iniciar un proceso ante los Tribunales españoles (que gocen de competencia judicial internacional con arreglo a la correspondiente norma española) que sea susceptible de llegar a ser inconciliable con la decisión extranjera en cuestión⁴³. A nuestro modo de ver, con carácter general, la pendencia de un proceso en España únicamente debería justificar la denegación del exequátur de la decisión judicial extranjera en cuestión, desde una perspectiva *de lege ferenda*, cuando la pendencia del proceso desenvuelto en nuestro territorio hubiese comenzado previamente a la del proceso desarrollado en el extranjero⁴⁴. De este modo,

43 El referido modo de proceder se ve mucho más claramente a través de un ejemplo. Supongamos que una persona plantea una demanda ante la jurisdicción norteamericana, que goce de competencia judicial internacional con arreglo a la correspondiente norma norteamericana, por virtud de la cual solicita ser indemnizada con motivo de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de haber incumplido la otra parte la ejecución de un determinado contrato. Supongamos igualmente que se dicta una sentencia por los Tribunales norteamericanos que condena al demandado a pagar la indemnización solicitada por el demandante, y que la señalada sentencia ha de ser reconocida en nuestro país para poder ser cumplida (por encontrarse, por ejemplo, todos los bienes y haberes del demandado en territorio español). El demandado y vencido ante la jurisdicción norteamericana, para evitar el exequátur de la susodicha sentencia (que le es desfavorable), antes de que se inste el mismo, podría plantear una demanda ante los correspondientes Tribunales españoles, que tuvieran atribuida competencia judicial internacional de conformidad con la correspondiente norma española, solicitando que se declarase la nulidad del señalado contrato. Desde nuestro punto de vista, tal y como aparece configurado nuestro actual sistema autónomo de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, a dicho resultado, claramente no deseado, únicamente podría hacerse frente por la vía del apartado 2º del art. 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*B.O.E.* de 2 de julio de 1985 [núm. 157]. Corrección de errores: *B.O.E.* de 4 de noviembre de 1985 [núm. 264]). Por virtud de dicho apartado, los “Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. En opinión de A.L. Calvo Caravaca y de J. Carrascosa González, con base en dicho precepto, cuando se acredite que la demanda se ha planteado ante los Tribunales españoles con la única intención de evitar un futuro exequátur en España de una decisión judicial extranjera, habría de procederse al exequátur de la misma aun a pesar de la demanda interpuesta ante los Tribunales españoles con fines fraudulentos (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, 2000, pp. 328, núm. 16). Sin embargo, a nuestro modo de ver, con arreglo al señalado apartado, los Tribunales españoles, ante los cuales se presentase una demanda con la única finalidad de impedir el exequátur de una decisión judicial extranjera, habrían de desestimarla; pudiéndose, de este modo, reconocer y/o ejecutar la decisión judicial extranjera en cuestión. En cualquier caso, ya se adopte una u otra postura, el resultado seguirá siendo el mismo. Como fácilmente puede intuirse, el problema fundamental asociado a este apartado 2º del art. 11 de la L.O.P.J. es probatorio. En el caso por nosotros contemplado, difícilmente va a poder probarse que la demanda se ha presentado ante los Tribunales españoles con el exclusivo propósito de evitar un eventual futuro exequátur en España de una decisión judicial extranjera.

44 En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 489-490, núm. 867, según los cuales, en el supuesto de haber sido iniciado el proceso español con posterioridad al proceso extranjero, deberá suspenderse el proceso sobre el fondo que se encuentra pendiente ante los Tribunales españoles, procederse al exequátur de la decisión extranjera en cuestión y, una vez obtenido el mismo, estimar excepción de cosa juzgada (o prejudicialidad) en el proceso español pendiente. Por otro lado, tal como ha considerado la mayor parte de la doctrina, el inicio de la pendencia de cada proceso habrá de valorarse con arreglo al Derecho procesal que se encuentre vigente en el Estado en el cual ejerce su jurisdicción el Tribunal que se encuentre conociendo del proceso en cuestión (*vid.*, por ejemplo, H. Schauwecker, *Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht*, Zürich, 1943, pp. 57; F. Knoepfler y P. Schweizer, *Précis de droit international privé suisse*, Berne, 1990, pp. 222, núm. 703; así como F. Málaga Diéguez, *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 462). A nuestro modo de ver, dicha afirmación constituye una consecuencia lógica de la regla *lex fori regit processum* (la cual aparece consagrada por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales, entre los que se encuentra el nuestro: art. 3 de la L.E.C. 1/2000). Por lo tanto, el inicio de la pendencia del proceso español habría de determinarse con arreglo a la *lex fori* española (y, más en concreto, con arreglo al art. 410 de la L.E.C. 1/2000: momento de la interposición de la demanda, siempre que la misma sea después admitida), y el de la del proceso extranjero con base en la correspondiente *lex fori* extranjera. Ello ha de tenerse muy en cuenta, ya que las posturas adoptadas por los ordenamientos procesales nacionales, en torno al inicio de la pendencia de un proceso, son muy dispares entre sí. Para un análisis de Derecho comparado relativo a las posturas mantenidas por los ordenamientos procesales de diferentes Estados en relación con el momento en el cual ha de entenderse iniciada la pendencia de un proceso, *vid.*, por todos, M. Wittibschlager, *op. cit.*, 1994, pp. 114-123.

se conseguiría trasladar el principio de la prioridad temporal entre procesos al ámbito del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales. De hecho, dicho principio, debido a las ventajas que presenta⁴⁵, ha sido adoptado como criterio de solución (exclusivo o general), de los conflictos entre procesos judiciales idénticos, por los Convenios internacionales, por los Reglamentos y por los sistemas autónomos que han regulado la problemática relativa a la litispendencia⁴⁶. No obstante, no todos ellos han trasladado el señalado principio al plano del reconocimiento y/o ejecución de las decisiones judiciales⁴⁷, lo cual, a nuestro juicio, constituye un error criticable, ya que evidentes razones de coherencia abogan por una respuesta unitaria en ambos momentos procesales.

En suma, de lo señalado se desprende claramente que nuestro actual sistema autónomo de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia del T.S., se caracteriza por otorgar una preferencia incondicional a la jurisdicción nacional sobre la extranjera, hasta el punto de que el proceso que aún se encuentre pendiente en nuestro país, con independencia de haber sido incoado antes o después que un proceso extranjero idéntico o conexo, goza de prioridad sobre la decisión judicial firme extranjera a que dé lugar este último. Teniendo en cuenta lo señalado, lo coherente es pensar que la señalada primacía se va a manifestar, incluso con mayor razón, cuando el proceso se encuentre aún pendiente en el extranjero, esto es, en las situaciones de litispendencia o de conexidad propiamente dichas⁴⁸. Por lo tanto, la causa de denegación del exequátur relativa a la ausencia de contradicción de la decisión extranjera con una decisión española o con un proceso que se encuentre pendiente en España, tal y como ha sido configurada por nuestro T.S., incita a pensar en la negación de la figura de la litispendencia y de la conexidad internacional en el sistema autónomo español (el cual no regula esta cuestión). Por evidentes razones de coherencia, la admisibilidad de los señalados institutos procesales en nuestro sistema autónomo, que desde una perspectiva *de lege ferenda* consideramos como deseable, precisaría someter la señalada causa de denegación del reconocimiento y/o ejecución a determinadas condiciones, de tal modo que no se otorgase primacía en todos los casos a la jurisdicción nacional sobre la extranjera.

45 Por lo que a las referidas ventajas se refiere, *vid.*, muy especialmente, I. Schwander, "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für Oscar Vogel*, Freiburg, 1991, pp. 395-418, pp. 408; así como M. Wittibschlager, *op. cit.*, 1994, pp. 111-112.

46 *Vid.*, muy especialmente, los arts. 21 y 23 del Convenio de Bruselas; los arts. 21 y 23 del Convenio de Lugano; los arts. 27 y 29 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo; el art. 11 del Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo; el art. 21 del Ante-proyecto de Convenio de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, aunque el mismo exceptúa, en ciertos casos concretos, el criterio de la prioridad temporal entre procesos como mecanismo de solución de los conflictos entre procesos idénticos; los apartados 1º y 5º del art. 8 del Convenio bilateral celebrado entre España y Rumanía; el apartado 1º del art. 7 de la Ley italiana de D.I.P. de 31 de mayo de 1995; así como el apartado 1º del art. 9 de la Ley Federal suiza sobre el D.I.P. de 18 de diciembre de 1987.

47 *Vid.*, muy especialmente, los apartados 3º y 5º del art. 27 del Convenio de Bruselas; los apartados 3º y 4º del art. 34 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo; así como el apartado 2 c) del art. 27 de la Ley Federal suiza sobre el D.I.P. de 18 de diciembre de 1987. Dichos textos legales no han trasladado el principio de la prioridad temporal entre procesos al plano del exequátur. *Vid.*, igualmente, el apartado 1 a) y b) del art. 28 del Ante-proyecto de Convenio de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, el cual da traslado, en sede de reconocimiento, al señalado principio cuando el proceso se encuentre pendiente en el Estado requerido, pero no cuando la sentencia ya haya sido dictada. A esta misma filosofía responden, tanto el apartado 1 (d, e y f) del art. 18 del Ante-proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, como el apartado 1 (e y f) del art. 64 de la Ley italiana de D.I.P. de 31 de mayo de 1995.

48 En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, P.A. De Miguel Asensio, *loc. cit.*, 2000, pp. 358, núm. 16, según el cual "no parece que la prevalencia incondicional de los procesos pendientes en España sobre las decisiones ya pronunciadas en el extranjero sea una solución razonable, en línea con la tendencia a facilitar la operatividad de la litispendencia internacional en nuestro sistema de fuente interna".

Por otro lado, como se desprende de la jurisprudencia del T.S. a la que nos hemos referido, nuestro Alto Tribunal ha estimado, a nuestro modo de ver de un modo acertado, que la pendencia de un proceso en España, que pueda llegar a ser inconciliable con la decisión judicial extranjera cuyo reconocimiento y/o ejecución se solicite, constituye una causa de denegación del exequátur autónoma, no susceptible de quedar, por tanto, encuadrada dentro de ninguna de las causas previstas en el art. 954 de la L.E.C. de 1881 (ni siquiera dentro de la tercera, relativa a la infracción del orden público internacional español)⁴⁹. Ello es debido, sin duda alguna, al carácter excepcional que presenta el concepto de orden público internacional.

III. LA OPERATIVIDAD DE LA “LITISPENDENCIA” EN EL ÁMBITO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1) Régimen español: alcance práctico de la pluralidad de soluciones

El conflicto entre un laudo arbitral extranjero y un proceso pendiente en España ha de analizarse con arreglo al régimen convencional específico del arbitraje comercial internacional y, más en concreto, conforme al régimen convencional existente en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁵⁰. El eje central de nuestro sistema en materia de eficacia extraterritorial de laudos arbitrales extranjeros lo constituye el Convenio de Nueva York. Dicho Convenio, que se caracteriza por haber sido suscrito por un amplísimo número de Estados, fue ratificado por nuestro país el 12 de mayo de 1977 (y entró en vigor para España el 10 de agosto de 1977). El Convenio de Nueva York tiene para nuestro país, como consecuencia de no haber hecho el mismo uso de la reserva prevista en el art. I (3)⁵¹, carácter universal o *erga omnes*, lo cual significa que el mismo haya de ser aplicado por los Tribunales españoles (y, más en concreto, por el T.S.) a todo exequátur en España de un laudo arbitral extranjero, sin que sea preciso que el Estado de origen ni que el Estado del cual sea nacional el demandante del exequátur sean Estados parte. Como consecuencia del carácter *erga omnes* que el Convenio de Nueva York tiene para nuestro país, no se aplica el sistema autónomo español relativo a esta materia, el cual aparece contenido en los arts. 56-59 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje⁵² (en adelante, L.A.)⁵³.

49 *Vid.*, por ejemplo, el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 28 de abril de 1998, el cual establece que “Jurisprudencialmente, y en el marco del sistema de condiciones, a los cuatro números del art. 954 de la LECiv se ha añadido una quinta condición que debe superar la sentencia extranjera que persigue su reconocimiento en España. Dicha quinta condición es que la sentencia extranjera no sea conciliable con una sentencia anterior dictada o reconocida en España, y que no exista en España un proceso pendiente que pudiera dar lugar a sentencia inconciliable con la sentencia extranjera” (Fundamento Jurídico 8°).

50 No ha de olvidarse que tanto el art. 1 del Convenio de Bruselas y del Convenio de Lugano, como el apartado 2° del art. 1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, excluyen de su ámbito de aplicación material al arbitraje.

51 Dicho apartado faculta a los Estados parte del Convenio a aplicar el mismo únicamente a los laudos que hayan sido dictados en otro Estado parte.

52 *B.O.E.* de 7 de diciembre de 1988 (núm. 293). Corrección de errores: *B.O.E.* de 4 de agosto de 1989 (núm. 185).

53 *Vid.*, por todos, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 563, núm. 1055.

Junto al Convenio de Nueva York, otros Convenios internacionales, tanto bilaterales (los cuales, aun a pesar de no ser específicos del arbitraje, incluyen dentro de su ámbito de aplicación material a los laudos arbitrales) como multilaterales (estos últimos contienen normas sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en relación con las materias específicas por los mismos contempladas), suscritos por España, se ocupan igualmente de la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales extranjeros. La multiplicidad de Convenios internacionales, relativos a esta materia, que han sido suscritos por nuestro país nos lleva a plantearnos el problema de los conflictos entre Convenios. El art. VII (1) del Convenio de Nueva York consagra, para resolver los supuestos de concurrencia de distintos Tratados sobre la materia, la regla de la “eficacia máxima” al reconocimiento. No obstante, la regla de la eficacia máxima, inherente a este tipo de normas convencionales, conduce a la aplicación, en la práctica totalidad de las ocasiones, del Convenio de Nueva York, cuyo tratamiento es, por lo general, más favorable al régimen previsto por los Convenios bilaterales que, habiendo sido ratificados por España, se refieren a esta materia⁵⁴. Dicho apartado permite incluso que se aplique el sistema autónomo cuando el mismo sea más favorable que el Convenio de Nueva York, en el caso concreto de que se trate, al exequátur del laudo arbitral extranjero. Pero, teniendo en cuenta que el régimen establecido, en esta materia, en el sistema autónomo español reproduce básicamente (aunque de un modo menos detallado y con una redacción menos afortunada) el sistema contenido en el Convenio de Nueva York, los arts. 56-59 de la L.A. no van a ser aplicables⁵⁵.

El régimen establecido, en relación con la problemática por nosotros considerada, por los Convenios bilaterales, ratificados por España, que incluyen dentro de su ámbito de aplicación material a los laudos arbitrales extranjeros, no es uniforme. Por una parte, dentro de dichos textos convencionales se encuentran los Convenios bilaterales que contemplan de un modo expreso, como causa de denegación del exequátur (tanto de una decisión judicial extranjera como de un laudo arbitral extranjero), a la pendencia, en el momento de solicitar el mismo, de un proceso ante un Tribunal del Estado requerido que pueda llegar a ser inconciliable con la decisión extranjera en cuestión. Tal es el caso de los anteriormente citados Convenios celebrados por España con Francia (el 28 de mayo de 1969) (art. 4.4.a); con Italia (el 22 de mayo de 1973) (art. 14.4.a); con Checoslovaquia (el 4 de mayo de 1987) (art. 20.f); con Uruguay (el 4 de noviembre de 1987) (art. 8.c); con México (el 17 de abril de 1989) (art. 12.a); con Brasil (el 13 de abril de 1989) (art. 21.c); así como con Marruecos (el 20 de mayo de 1997) (art. 23.5)⁵⁶. Por otra parte, dentro de los Convenios bilaterales, que habiendo sido ratificados por nuestro país, incluyen dentro de su ámbito de aplicación material a los laudos arbitrales, se encuentran aquellos que omiten la causa de denegación del exequátur por nosotros examinada. Tal es el caso del anteriormente citado Tratado celebrado por España con Suiza

54 *Vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 1998, *R.A.J.*, núm. 760 (Fundamento Jurídico 1º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 5 de mayo de 1998, *R.A.J.*, núm. 4296 (Fundamento Jurídico 1º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000 (Fundamento Jurídico 1º), según el cual la aplicación preferente del Convenio de Nueva York, sobre los Convenios bilaterales que han sido ratificados por España (los cuales se refieren tanto a los laudos arbitrales como a otro tipo de decisiones), aparece justificada, no sólo con base en el principio de la eficacia máxima, sino también con arreglo al principio mismo de especialidad.

55 *Vid.*, por todos, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 563-564, núm. 1055. Tal como han puesto de manifiesto dichos autores, es posible aplicar uno u otro Convenio (el más favorable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros), pero no una mezcla de las condiciones más favorables de uno y otro (*ibid.*, pp. 564, núm. 1055).

56 Por lo que se refiere a la solución acogida por dichos Convenios bilaterales en relación con la problemática por nosotros considerada, *vid.* el apartado anterior del presente trabajo (relativo a las decisiones judiciales).

(el 19 de noviembre de 1896). En cualquier caso, es preciso tener muy en cuenta que las causas de denegación del exequátur, previstas en los Convenios bilaterales ratificados por España, han sido diseñadas pensando en las decisiones judiciales extranjeras, lo cual implica que se adapten mal a los laudos arbitrales extranjeros⁵⁷. Por ello, algunos de los Convenios bilaterales más recientes que han sido ratificados por nuestro país se remiten de un modo expreso, por lo que a los laudos arbitrales se refiere, al régimen del Convenio de Nueva York⁵⁸, el cual no incluye dentro de las causas de denegación del exequátur a la pendencia de un proceso, ante los Tribunales del Estado requerido, susceptible de llegar a ser inconciliable con el laudo arbitral extranjero cuyo exequátur se inste. Tal es el caso de los anteriormente citados Convenios celebrados por España con China (el 2 de mayo de 1992) (art. 24.2); así como con Bulgaria (el 23 de mayo de 1993) (art. 22.1).

Si bien es cierto que, como consecuencia de la regla de la “eficacia máxima”, los Convenios bilaterales ratificados por España, que incluyen dentro de su ámbito de aplicación el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, rara vez van a recibir aplicación práctica y, consiguientemente, tampoco la causa de denegación del exequátur por nosotros examinada que se encuentre prevista en los mismos; también lo es que el hecho de que no todos los referidos Convenios bilaterales contemplen la susodicha causa de denegación del exequátur prueba la contingencia de dicho presupuesto del reconocimiento.

2) Práctica seguida por nuestro T.S.: análisis y valoración

A) Análisis

Por lo que a nuestro país se refiere, tal como pone de manifiesto el art. 57 de la L.A., que aparece inserto dentro del Título IX (“De la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros”), la “ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se solicitará ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por cualquiera de las partes”⁵⁹. Por lo tanto, salvo que otra cosa se desprenda del Convenio internacional que resulte aplicable al caso concreto de que se trate (los cuales no suelen contener especificaciones en este sentido), habrá de ser la Sala de lo Civil del T.S. el órgano jurisdiccional encargado de proceder, en su caso, al exequátur en España de los laudos arbitrales extranjeros.

Por lo que a la problemática por nosotros abordada se refiere, relativa a los laudos arbitrales, la jurisprudencia del T.S. (la cual, por cierto, es bastante escasa), recaída hasta el 20 de marzo de 2001 (fecha en la que, como veremos, un auto del T.S. matiza la tendencia seguida hasta el momento), es bastante homogénea. Tal como hicimos anteriormente con respecto a las decisiones judiciales, a continuación vamos a proceder al examen de los rasgos más característicos de la señalada jurisprudencia.

57 *Vid.*, muy especialmente, M.V. Cuartero Rubio, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los Convenios bilaterales”, *R.C.E.A.*, 1996, vol. XII, pp. 29-52, pp. 45-51; *id.*, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 155.

58 Para una valoración de lo acertado de dicha remisión, *vid.*, entre otros, M.V. Cuartero Rubio, *loc. cit.*, 1996, pp. 34-35 y 51-52; *id.*, *op. cit.*, 1997, pp. 155-156.

59 En contra de la conveniencia de otorgar competencia al T.S. para conocer del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros, y en favor de otro tipo de soluciones, *vid.*, muy especialmente, S. Alvarez González, “Los Juzgados de Primera Instancia ante el ‘exequatur’ de laudos arbitrales extranjeros”, *R.C.E.A.*, 1986, vol. III, pp. 53-65, el cual muestra la idoneidad de que sean los Juzgados de Primera Instancia los órganos competentes a tal efecto; *id.*, “Comentario al artículo 57 de la LA”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, bajo la coordinación de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 841-852.

De la jurisprudencia de nuestro T.S. se desprende que la causa de denegación del exequátur, a la que nos venimos refiriendo a lo largo del presente trabajo, es igualmente operativa en los supuestos de exequátur de laudos arbitrales extranjeros⁶⁰. Al igual que hemos comprobado que acontece en los supuestos de reconocimiento y/o ejecución de decisiones judiciales extranjeras, nuestro Alto Tribunal ha pretendido, haciendo operar la señalada causa de denegación del exequátur con respecto a los laudos arbitrales extranjeros, garantizar la coherencia interna del ordenamiento jurídico español⁶¹.

De la escasa jurisprudencia del T.S., relativa a esta materia, se deduce que, al igual que ocurre con las decisiones judiciales extranjeras, y por las mismas razones, para que la pendencia de un proceso ante los Tribunales judiciales españoles justifique la denegación del exequátur de un laudo arbitral extranjero no es preciso que en el proceso judicial español en cuestión y en el proceso arbitral, que haya dado lugar a la deci-

60 *Vid.* el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1998, *R.A.J.*, núm. 10537, *R.C.E.A.*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 235-237 (Fundamento Jurídico 3º), con el comentario de E. Artuch Iriberrí, "Contenido del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (reflexiones acerca del Auto T.S. de 1 diciembre de 1998)", *R.C.E.A.*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 123-133; el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 1999, *R.A.J.*, núm. 186, *R.C.E.A.*, 1999, vol. XIV, pp. 317-320 (Fundamento Jurídico 5º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 16 de noviembre de 1999, *R.A.J.*, núm. 9909, *R.C.E.A.*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 242-246, el cual estimó que el laudo arbitral dictado por la Cámara Arbitral Marítima de París no podía ser denegado con motivo de la pendencia de un proceso judicial en nuestro país (iniciado con anterioridad al proceso arbitral extranjero en cuestión) relativo a los mismos hechos, ya que al mismo se le puso término por medio de un auto de sobreseimiento firme, disponiéndose el archivo de las actuaciones (sin importar que ello se hiciese con fundamento en la existencia del laudo arbitral extranjero cuyo exequátur se instaba), lo cual suponía que no hubiese ningún proceso pendiente en España que impidiese el correspondiente exequátur (Fundamento Jurídico 3º) (dicho auto denegó finalmente el exequátur del señalado laudo con motivo de la vulneración de las garantías procesales de la demandada); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000, *R.A.J.*, núm. 4656, *R.C.E.A.*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 271-274 (Fundamento Jurídico 6º), con la nota de J.J. Rodríguez Recio, *R.C.E.A.*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 274-278, y con la nota de E. Artuch Iriberrí, *R.E.D.I.*, 2001-17-Pr, (en prensa) por gentileza de la autora; así como el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2001, *R.A.J.*, núm. 5520 (Fundamento Jurídico 3º).

61 A estos efectos, *vid.* el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1998, según el cual, teniendo en cuenta que la determinación de responsabilidad era un "prios" necesario para alcanzar la correspondiente decisión en ambas reclamaciones, "un elemental sentido de prudencia ante la eventual colisión de pareceres al respecto, de imposible coexistencia, aconseja denegar la homologación pretendida, so pena de posibilitar pronunciamientos dispares fundados en una valoración jurídica y determinación de la responsabilidad también dispar, con el consiguiente daño tanto para la seguridad jurídica en las relaciones inter partes, como para el propio orden interno" (Fundamento Jurídico 3º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 1999, el cual se expresa en términos muy similares al anterior ("todo ello, so pena de posibilitar pronunciamientos dispares fundados en una valoración jurídica diferente y que pueden dar lugar a una determinación de la responsabilidad también dispar, con el consiguiente daño tanto para la seguridad jurídica en las relaciones 'inter partes', como para la coherencia del propio orden interno") (Fundamento Jurídico 5º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 16 de noviembre de 1999 ("al hilo de lo cual pone de relieve la pendencia del juicio en España, que constituye un obstáculo para el 'exequátur' que se pretende. El examen de tales alegaciones habrá de hacerse, por lo tanto, a la vista de lo dispuesto en el art. 5.2 b) del texto convencional, que sujeta la declaración de reconocimiento y ejecutoriedad del laudo a su adecuación al orden público interno, (...), comprensivo, sin lugar a dudas, de la necesaria seguridad jurídica y coherencia que debe imperar en el orden interno, y que veta siquiera la posibilidad de que coexistan pronunciamientos dispares sobre una misma cuestión") (Fundamento Jurídico 3º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000, según el cual la "caracterización del concepto de litispendencia en el concreto ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, más específica si cabe que la litispendencia internacional (...), se basa en la necesidad de evitar la concurrencia, siquiera posible, de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia" (Fundamento Jurídico 6º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2001, según el cual "la Sala debe examinar, dentro de este procedimiento de homologación y siempre al amparo de los dictados del orden público interno, si la pendencia del proceso que se sigue en España se rige en un obstáculo para el reconocimiento que se pretende teniendo en consideración, (...), una eventual colisión de pronunciamientos, es decir, la posible concurrencia de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia en el foro" (Fundamento Jurídico 3º).

sión arbitral extranjera cuyo reconocimiento y ejecución se solicite, hayan de concurrir las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa. Es suficiente, pues, con que el susodicho laudo arbitral extranjero sea susceptible de llegar a un resultado inconciliable con la futura decisión judicial española que finalmente se dicte⁶². No obstante, nuestro T.S. ha señalado que, aunque en principio no sea determinante, a los efectos señalados, que exista identidad de partes y una absoluta coincidencia de objeto y de causa, no puede obviarse que la concurrencia de dichas circunstancias supone un argumento “a posteriori” para la denegación del correspondiente exequátur⁶³.

Por otro lado, tal como se desprende de la generalidad de la jurisprudencia del T.S. relativa a esta materia (como posteriormente veremos, existe una excepción aisla-

62 A estos efectos, *vid.* el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1998, el cual denegó el exequátur de un laudo arbitral dictado en Nueva York con base en la pendencia de un proceso en España en un supuesto en el cual, aun a pesar de coincidir las mismas partes en el procedimiento arbitral y en el judicial, no existía una absoluta coincidencia de objeto en ambos procedimientos (“cabe apreciar una íntima conexión entre lo debatido y resuelto en el procedimiento arbitral y lo que se plantea en el procedimiento instado, ante los órganos jurisdiccionales españoles, pues si bien el concepto bajo el que se formula la reclamación no es coincidente en uno y otro caso –allí se reclamaban los gastos de demora en las estadías que se atribuyeron a la mercantil fletadora, según el contrato de fletamento al considerarse que no eran imputables al buque, en tanto que aquí se ventila la reclamación de horas extraordinarias que tuvo que llevar a cabo la entidad encargada de la descarga de la mercancía ante aquellas demoras-, es cierto que ambas reclamaciones tienen como fundamento y presupuesto –y, por lo tanto, su causa última- en la responsabilidad por el retraso en las operaciones de descarga, de suerte que el éxito de una y otra ha de descansar en dicha responsabilidad, atribuible o imputable a la parte condenada dentro de las relaciones del contrato de fletamento concertado entre las partes”) (Fundamento Jurídico 3º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 1999, el cual denegó el exequátur de un laudo arbitral dictado en el Reino Unido con base exclusivamente en la pendencia en España de un procedimiento contencioso-administrativo, ya que, aunque en este último y en el proceso arbitral en cuestión no concurrían estrictamente ni las mismas partes, ni el mismo objeto ni la misma causa, ambos procesos afectaban claramente a los mismos hechos (Fundamento Jurídico 5º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000, el cual denegó el exequátur de un laudo arbitral dictado por la C.C.I. de París con base en la pendencia de un proceso ante los Tribunales españoles en un supuesto en el cual, aun a pesar de no concurrir una absoluta identidad de partes, de objeto y de causa entre ambos procesos, era innegable la interrelación entre ellos (“La caracterización del concepto de litispendencia en el concreto ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, [...] se basa en la necesidad de evitar la concurrencia, siquiera posible, de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia, condición ésta que no exige, en principio, que deba mediar una identidad de partes y una absoluta coincidencia de objetos y de causas, [...]. De este modo, la litispendencia se conceptúa ampliamente, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro”) (Fundamento Jurídico 6º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2001, el cual consideró que no constituía un impedimento a la operatividad de la causa de denegación del exequátur, objeto de análisis en el presente trabajo, el hecho de ser la identidad de partes, existentes en el proceso judicial y en el proceso arbitral, tan sólo parcial (en el proceso judicial se incluía, junto con la demandante de exequátur, a tres demandados más que no eran partes del procedimiento arbitral) y de no existir una absoluta coincidencia de objeto y de causa en ambos procedimientos (así como en el procedimiento arbitral se solicitaba que se condenase a una de las partes a satisfacer una determinada cantidad dineraria; en el procedimiento judicial se pedía que se declarara la nulidad de la cláusula arbitral que aparecía contenida en los contratos que habían sido suscritos por las partes e, igualmente, que se declarara la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” o, subsidiariamente, la resolución de los referidos contratos) (“la triple identidad de sujetos, objeto y causa entre el procedimiento nacional y el seguido en su día en el extranjero no es siempre y en todo caso exigible –aunque su concurrencia constituya, sin duda, un argumento de peso para denegar el ‘exequatur’-, pues no se está propiamente ante el caso de dos procedimientos pendientes respecto de los cuales haya de resolverse en cuanto a la preferencia de uno y exclusión del otro, sino ante un procedimiento –el foráneo- ya finalizado por sentencia o resolución firme –irrecusable- respecto del que se ha de decidir sobre la eficacia de ésta en el foro ante la existencia de un procedimiento seguido por los tribunales españoles”) (Fundamento Jurídico 3º).

63 A estos efectos, *vid.* el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1998 (Fundamento Jurídico 3º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 1999 (Fundamento Jurídico 5º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000 (Fundamento Jurídico 6º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2001 (Fundamento Jurídico 3º).

da a esta tendencia general que, precisamente, ha sido el último auto recaído en la materia), y al igual que acontece con las decisiones judiciales extranjeras, para que la pendencia de un proceso judicial español impida el exequátur de un laudo arbitral extranjero no es preciso que el proceso judicial español haya comenzado con anterioridad al proceso arbitral extranjero que haya dado lugar al laudo arbitral cuyo exequátur se inste en España. No obstante, nuestro T.S. ha estimado que, aunque en principio no sea determinante, a los efectos señalados, que el proceso desarrollado o pendiente en España se haya iniciado con anterioridad⁶⁴ al desarrollado en el extranjero, no puede ignorarse que la concurrencia de dicha circunstancia supone un argumento “a posteriori” para la denegación del correspondiente exequátur⁶⁵.

En suma, de la jurisprudencia de nuestro T.S. recaída hasta el 20 de junio de 2000 se desprende claramente que el T.S., haciendo gala de un nacionalismo exacerbado, otorga primacía, en todo caso, a la jurisdicción nacional sobre la extranjera, ya sea esta última arbitral o judicial, de tal modo que la pendencia de un proceso en España, con independencia de haber sido el mismo incoado con anterioridad o con posterioridad al proceso extranjero (idéntico o conexo) de que se trate, ya sea éste arbitral o judicial, va a impedir que haya lugar al exequátur del laudo arbitral o decisión judicial resultante de este último.

En cualquier caso, a nuestro modo de ver, una de las apreciaciones efectuadas por el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000 permitía intuir el inicio de una nueva tendencia en la materia por nosotros considerada. Efectivamente, según el referido auto el hecho de haberse iniciado con anterioridad el proceso judicial español al proceso arbitral extranjero “permite excluir con un cierto grado de seguridad la presencia de posibles conductas fraudulentas de los demandados encaminadas a utilizar el proceso seguido en España de forma abusiva con el único y exclusivo fin de impedir la eficacia de la decisión arbitral extranjera, conclusión que se mantiene no obstante el dilatado período de tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda, pues (...), no puede atribuirse de forma decidida a los allí actores y aquí oponentes al ‘exequatur’ la responsabilidad en semejante dilación” (Fundamento Jurídico 6º). En la línea iniciada por dicho auto se encuentra el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2001, que es el último auto recaído en la materia. No obstante, este último auto inclu-

64 Aunque el T.S. haya empleado, en alguna ocasión aislada, el término “con posterioridad” (en lugar del de “con anterioridad”), creemos que ello es debido a un error de redacción, ya que lo contrario carecería de sentido.

65 *Vid.* el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1998, el cual, aun a pesar de haber denegado el exequátur de un laudo arbitral extranjero con base en la pendencia de un proceso judicial en nuestro país que había sido incoado con anterioridad al proceso arbitral extranjero que había dado lugar al laudo cuyo exequátur se instaba, añadió la aludida coletilla (Fundamento Jurídico 3º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 1999, el cual incorporó igualmente dicha coletilla, aun a pesar de haber sido iniciado el proceso arbitral extranjero con posterioridad al proceso que dió lugar a la resolución que fue objeto del recurso contencioso-administrativo, cuya pendencia ante los Tribunales españoles, en el momento de solicitarse el correspondiente exequátur, justificó la denegación del laudo arbitral que había sido dictado en el Reino Unido (Fundamento Jurídico 5º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000, el cual contenía igualmente la señalada aclaración, aun a pesar de haber comenzado el proceso arbitral extranjero, que dió lugar al laudo cuyo exequátur se instaba, con posterioridad al proceso que se encontraba pendiente en España (el señalado auto consideró que el momento inicial de la pendencia del pleito español era, de conformidad con los “criterios imperantes en el ordenamiento jurídico del foro”, el de la admisión a trámite de la demanda, y no el de la presentación de la misma) (Fundamento Jurídico 6º). Obsérvese que en todos los supuestos que fueron objeto de dichos autos, que admitían en el plano teórico la operatividad de la causa de denegación del exequátur por nosotros examinada incluso en los casos en los cuales el proceso judicial español hubiese sido incoado con posterioridad al proceso arbitral extranjero, la problemática no llegó a plantearse en la práctica, ya que en todos ellos el proceso judicial nacional había comenzado con anterioridad al proceso arbitral extranjero que había dado lugar al laudo cuyo exequátur se instaba.

ye una peculiaridad de gran trascendencia que no presentaba el ya aludido auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000, y es que considera que el hecho de haber comenzado el proceso judicial, que se encuentre pendiente ante los Tribunales españoles, con posterioridad al proceso arbitral extranjero, que haya dado lugar al laudo cuyo exequátur se inste, constituye motivo suficiente para que no resulte operativa la causa de denegación del exequátur a la cual nos venimos refiriendo. Dicho auto, aun a pesar de haber reconocido, con carácter general, la operatividad de la señalada causa de denegación del reconocimiento y ejecución, acordó otorgar el exequátur, del laudo dictado por el Tribunal arbitral de la Asociación Mercantil de la Bolsa de Hamburgo, como consecuencia de haberse interpuesto la demanda ante los Tribunales españoles (por la que se solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula arbitral en cuestión) con posterioridad al inicio del procedimiento arbitral que dió lugar al laudo cuyo exequátur se solicitaba, e incluso con posterioridad a haber sido notificada de su inicio la demandada en el procedimiento arbitral (que a su vez era la demandante del proceso judicial) y de haber sido requerida para el nombramiento de árbitro en el mismo. Según el señalado auto, “para analizar la posible virtualidad obstativa del alegato esgrimido por la oponente la Sala ha de tener en cuenta el modo en que discurrieron los acontecimientos, atendiendo especialmente a los hitos temporales que marcaron el curso de uno y otro tipo de procedimiento, para decidir sobre los efectos obstativos que puede tener el que pende en España de cara al ‘exequatur’ de la resolución extranjera, con la mira siempre puesta en la evitación de situaciones fraudulentas y sin duda claudicantes, pues, (...) lo contrario supondría fomentar y dar carta de naturaleza al fraude procesal amparando conductas contrarias a la buena fe y elusivas de los deberes y compromisos libremente asumidos por las partes. (...). Reconocer virtualidad al procedimiento que se sigue en el foro frente a la homologación de los efectos de una resolución arbitral extranjera que decide un arbitraje promovido con anterioridad a aquél, aun cuando tenga por objeto la declaración de nulidad del acuerdo o pacto de sumisión a arbitraje –como ocurre en el presente caso–, sería tanto como cerrar el paso definitivamente a cualquier decisión foránea, pues bastaría con iniciar en España, una vez se tiene noticia del comienzo del arbitraje en el extranjero, un procedimiento judicial para oponer su pendencia en el curso del ‘exequatur’, como obstáculo para la homologación de los efectos de aquélla. En consecuencia, (...) será el laudo arbitral el que, una vez homologados sus efectos, incida en su caso sobre el curso de aquél”⁶⁶. Teniendo en cuenta que dicha afirmación ha sido efectuada por el último de los autos dictados por el T.S. en la materia considerada, es de prever que la futura jurisprudencia de nuestro T.S. condicionará la operatividad de la causa de denegación del exequátur por nosotros abordada, tanto en relación con los laudos arbitrales como con las decisiones judiciales, a la prioridad temporal del proceso que se encuentre pendiente ante los Tribunales españoles.

En otro orden de cosas, a diferencia de lo que ocurre con las decisiones judiciales extranjeras, nuestro T.S. ha considerado que la denegación del exequátur de un laudo arbitral extranjero, con base en la pendencia de un proceso en España que pueda llegar a ser inconciliable con el señalado laudo, no constituye una causa de denegación del exequátur autónoma. Y, más en concreto, el Alto Tribunal español ha estimado que el señalado supuesto ha de quedar encuadrado dentro de la causa de denegación del exe-

66 En opinión de E. Artuch Iriberry, aunque “la interposición posterior (se está refiriendo la autora a la demanda judicial presentada ante los Tribunales españoles) se ha valorado como intención fraudulenta de evitar un procedimiento arbitral en curso, a nadie se le escapa que la inminencia de una demanda arbitral se puede detectar considerablemente antes de que sea efectiva; basta con pensar en determinadas reglamentaciones relativas a la solución de controversias que exigen una fase pre-arbitral en el que la que la diferencia no sólo es concretable, sino absolutamente existente (*ex. Condiciones FIDIC*). Son, en definitiva, particularidades del arbitraje, que poco o nada tienen que ver con el mismo supuesto si se produjera ante dos Jurisdicciones nacionales” (E. Artuch Iriberry, *loc. cit.*, 2001, núm. 9).

quátur prevista en el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York⁶⁷. Por virtud de dicho apartado, se podrá denegar el exequátur de un laudo arbitral si la autoridad competente del Estado requerido (en nuestro caso, el T.S.) comprueba que “el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público⁶⁸ de ese país”. A diferencia de lo que acontece con las causas de denegación del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros contempladas en el apartado 1º del art. V del Convenio de Nueva York, que necesariamente han de alegarse y probarse a instancia de parte (y, más en concreto, por el demandado en exequátur), las que se hallan previstas en el apartado 2º del susodicho precepto son causas apreciables de oficio por el órgano competente para conceder el exequátur (lo cual no obsta a que dichas causas puedan ser también alegadas a instancia de parte). Por lo tanto, el T.S. ha de controlar de oficio que no concurre el señalado motivo de denegación del exequátur.

B) Valoración

A continuación procede examinar si la actitud adoptada por nuestro Alto Tribunal en la materia considerada, en relación con los laudos arbitrales extranjeros, es o no conforme, tanto con las exigencias y finalidad principal perseguida por el Convenio de Nueva York, como con la propia naturaleza de la institución arbitral.

A nuestro modo de ver, por lo que a la primera cuestión se refiere, para la valoración de la actitud adoptada por el T.S., en la materia considerada, con respecto a los laudos arbitrales extranjeros, es preciso tener en cuenta dos cuestiones.

Por un lado, tal como ha puesto de manifiesto la anteriormente citada jurisprudencia de nuestro T.S., haciendo operar la aludida causa de denegación del exequátur respecto de los laudos arbitrales extranjeros se consigue garantizar la coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, que es, como sabemos, la finalidad perseguida por el señalado motivo. Teniendo en cuenta que el “laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada” (art. 37 de la L.A.), es evidente que la coexistencia en territorio español de un laudo arbitral y de una decisión judicial inconciliables entre sí, como consecuencia de producir ambos los mismos efectos, vulneraría la armonía o coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, por otro lado, y dejando al margen otras cuestiones trascendentales a las que posteriormente nos referiremos, haciendo operar la referida causa de denegación del exequátur con respecto a las sentencias arbitrales extranjeras se vulnera, al menos en cierta medida, el objetivo prioritario perseguido por el Convenio de Nueva York, que es favorecer el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. De hecho, dicho texto convencional, en aras del cumplimiento de la señalada fina-

67 A estos efectos, *vid.* el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 1 de diciembre de 1998 (Fundamento Jurídico 3º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 19 de enero de 1999 (Fundamento Jurídico 3º y 5º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 16 de noviembre de 1999 (Fundamento Jurídico 3º); el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2000 (Fundamento Jurídico 6º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de marzo de 2001 (Fundamento Jurídico 3º).

68 En opinión de un sector doctrinal mayoritario, el apartado transcrito hace referencia, no al orden público interno, sino al orden público internacional (*vid.*, por ejemplo, J. Robert, *L'arbitrage: droit interne-droit international privé*, Dalloz, Paris, 1993, 6ª ed., pp. 290, núm. 327, nota a pié de página núm. 25). En contra de esta interpretación, *vid.*, muy especialmente, U. Kornblum, “Ordre public transnational”, ‘Ordre public international’ und ‘Ordre public interne’ im Recht der privaten Schiedsgerichtsbarkeit”, *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag*, Münster, 1987, pp. 140-156, pp. 141-142; así como M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, 2000, pp. 188-189, el cual estima necesario que el orden público, al cual hace referencia el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York, abarque tanto el orden público interno, como el orden público internacional y el comunitario europeo.

lidad, consagra, además de un sistema muy favorable al exequátur de las sentencias arbitrales que hayan sido dictadas en el extranjero⁶⁹ (no permitiendo la revisión del fondo del laudo arbitral, apreciación a instancia de parte de la mayoría de las causas de denegación del exequátur, haciendo recaer sobre el demandado en exequátur [y no sobre la parte que solicita el susodicho exequátur] la carga de la prueba de las causas de denegación del exequátur previstas en el apartado 1º del art. V [que contempla, como sabemos, las causas oponibles a instancia de parte], la facultad [no la obligación] que otorga el art. V a la autoridad competente del país en que se solicita el correspondiente exequátur del laudo para denegar el mismo al concurrir alguna de las causas que en dicho precepto se encuentran previstas⁷⁰, el carácter tasado de las causas de denegación del exequátur previstas en el art. V⁷¹, etc.), un procedimiento de exequátur que se caracteriza por su simplicidad y por su celeridad⁷². En el supuesto en que la parte que solicite el exequátur de un laudo arbitral extranjero presente, junto con la demanda de exequátur, los documentos que aparecen mencionados en el art. IV del Convenio de Nueva York, y no concurra ninguna de las causas de denegación del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros (las cuales aparecen recogidas en el art. V del texto neoyorquino), la autoridad estatal a quien corresponda (en nuestro caso, el T.S.) estará obligada a conceder el exequátur del correspondiente laudo arbitral. Como consecuencia de perseguir el Convenio de Nueva York como objetivo principal favorecer el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, las causas de denegación del exequátur de dichos laudos, además de ser tasadas, han de ser objeto de una interpretación restrictiva. El que las causas de denegación del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros sean tasadas implica que no pueda denegarse el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera con motivo de la concurrencia de una causa que no se halle prevista en el art. V del Convenio de Nueva York.

A nuestro modo de ver, nuestro T.S. ha encuadrando el supuesto por nosotros considerado dentro de la causa de denegación del exequátur prevista en el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York, en lugar de considerarlo como un motivo autónomo de denegación del exequátur, con la intención de no incumplir uno de los mandatos impuestos por el texto convencional neoyorquino y, más en concreto, el carácter tasado de las causas de denegación del exequátur de los laudos arbitrales extranjeros. Sin embargo, estimamos que, de este modo, el T.S. ha vulnerado, además de la filosofía subyacente a la propia institución arbitral (a la que posteriormente nos referiremos), el espíritu del susodicho cuerpo convencional (que es, como conocemos, favorecer el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros), conforme al cual las causas de denegación del exequátur de las sentencias arbitrales extranjeras habrán de interpretarse restrictivamente. Veamos esta cuestión con mayor detenimiento.

69 En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Arbitraje comercial internacional", en A.L. Calvo Caravaca y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 1998, pp. 703-769, pp. 749-750 y 752, núms. 113 y 119 respectivamente; L. Fernández De La Gándara y A.L. Calvo Caravaca, *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, Tecnos, Madrid, 1995, 2ª ed., pp. 782; así como M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, especialmente pp. 568, núms. 1063-1065. Tal y como ha puesto de manifiesto M. Aguilar Benítez de Lugo, aunque en relación con el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras, la "cooperación internacional en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras aconseja adoptar una posición claramente aperturista en torno a una serie de cuestiones" (M. Aguilar Benítez de Lugo, "Una actitud crecientemente internacionalista en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras", *R.C.E.A.*, 1992, vol. VIII, pp. 93-116, pp. 95).

70 De hecho, tanto el apartado 1º como el apartado 2º del art. V del Convenio de Nueva York emplean el término "*se podrá denegar*" (la cursiva es nuestra).

71 Ello se desprende del tenor literal del apartado 1º del art. V del Convenio de Nueva York, que utiliza la expresión "*Sólo se podrá denegar*", y del apartado 2º del susodicho precepto, que emplea la expresión "*También se podrá denegar*" (la cursiva es nuestra).

72 Por lo que a dicho procedimiento se refiere, *vid.* el art. IV del Convenio de Nueva York.

El apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York impide el exequátur del laudo arbitral extranjero cuyo reconocimiento y ejecución vulnera los principios básicos del ordenamiento jurídico del Estado de recepción del laudo en cuestión. No existe unanimidad en la doctrina acerca de si, para la operatividad de la señalada causa de denegación del exequátur, los principios básicos del ordenamiento jurídico del foro vulnerados han de ser necesariamente principios sustantivos o pueden serlo también principios procesales⁷³. En opinión de un determinado sector doctrinal, la cláusula de orden público, a la cual hace referencia el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York, goza de un contenido eminentemente sustancial⁷⁴. Sin embargo, dicha postura no es compartida unánimemente, ya que, en opinión de un cierto sector doctrinal, dentro del apartado 2 b) del art. V del texto convencional neoyorquino tiene cabida la vertiente, no sólo sustantiva, sino también la procesal del orden público. De este modo, cabría denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero cuando dicho reconocimiento vulnera principios y reglas procesales fundamentales del ordenamiento jurídico del foro⁷⁵. En opinión de algunos autores, dentro de dichos principios tiene cabida la “posible incompatibilidad del laudo con sentencias firmes del foro”⁷⁶.

A nuestro modo de ver, la problemática objeto de análisis en el presente trabajo no puede considerarse incluida dentro de la causa de denegación del exequátur que se encuentra prevista en el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York. El orden público, a que dicho apartado se refiere, pese a su inherente imprecisión, no puede considerarse como un “cajón de sastre” en el cual tengan cabida todos los supuestos que no se encuentran expresamente previstos en ninguna de las causas de denegación del exequátur que figuran en el art. V del texto neoyorquino (como es el caso de la problemática por nosotros considerada)⁷⁷. Como hemos visto, no todos los Convenios internacionales, que se refieren a la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales extranjeros, contemplan la causa de denegación del exequátur por nosotros abordada. Ello prueba la contingencia de dicho presupuesto del reconocimiento. Por el contrario, el orden público, debido a figurar en todos los regímenes convencionales como causa de denegación

73 Por lo que se refiere a las dudas existentes acerca del significado concreto que ha de atribuirse al concepto de orden público, que aparece recogido en el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York, y sobre los supuestos que han de quedar incluidos dentro del mismo, *vid.*, entre otros, P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989, 2ª ed., especialmente pp. 637-639, núms. 880-883.

74 *Id.*, muy especialmente, A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a uniform judicial interpretation*, Deventer, Kluwer, 1981, pp. 360.

75 *Id.*, por ejemplo, M. Virgós soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 574, núm. 1075; J.L. Roca Aymar, *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid, 1994, pp. 135-136; así como M. Gómez Jene, *op. cit.*, 2000, pp. 188-189, según el cual, “aún proclamando el carácter siempre restrictivo que debe presidir” la aplicación de la cláusula de orden público, “entendemos necesario que el alcance del orden público pudiera extenderse tanto al denominado orden público sustantivo (incluyendo en él el orden público interno, internacional y el orden público comunitario europeo) como al orden público procesal”. Por lo que al plano jurisprudencial se refiere, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 24 de marzo de 1998 (*Société Excelsior Film c/ société UGC-PH*), *Revue de l'arbitrage*, 1999, núm. 2, pp. 255-256, pp. 256, con la nota aprobatoria de P. Fouchard, pp. 256-259, pp. 257-258. Dicha sentencia aprueba la denegación del exequátur de un laudo arbitral extranjero con base en el apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York en un supuesto de parcialidad manifiesta de un árbitro.

76 J.L. Roca Aymar, *op. cit.*, 1994, pp. 136. En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, L. Fernández De La Gándara y A.L. Calvo Caravaca, *op. cit.*, 1995, pp. 783, núm. 71, según los cuales los principios que integran el orden público internacional “pueden operar frente al contenido del laudo arbitral y como último reducto en el que se atrincheran las concepciones procesales del Estado requerido, una de las cuales sería la preferencia por los procesos ya acabados o en curso en el foro sobre los laudos extranjeros que se pretende importar”; así como M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, 2000, pp. 574, núm. 1075. Dicha afirmación ha sido, sin embargo, matizada por P. Schlosser, *op. cit.*, 1989, pp. 637-638, núms. 880-881.

77 En este mismo sentido, *vid.* E. Artuch Iriberry, *loc. cit.*, 2001, núms. 1 y 14 respectivamente; *id.*, *loc. cit.*, 2000-2001, pp. 124 y 133, núms. 1 y 12 respectivamente.

del exequátur, es claramente un presupuesto, no contingente, sino estructural (es decir, inevitable) del reconocimiento. El propio T.S., en el último de los autos recaídos, reconoce implícitamente la contingencia de dicho presupuesto, ya que condiciona la operatividad de la referida causa de denegación del exequátur a los hitos temporales de uno y otro proceso. Por consiguiente, estimamos que, por lo que a la problemática por nosotros planteada se refiere, nuestro Alto Tribunal debería reconsiderar su postura, y no considerar a dicha causa incluida dentro del apartado 2 b) del art. V del Convenio de Nueva York.

Por lo tanto, como consecuencia de lo señalado, en el sistema del Convenio de Nueva York la pendencia de un proceso ante los Tribunales españoles no constituye una causa de denegación del exequátur del laudo arbitral extranjero que sea susceptible de ser inconciliable con la decisión judicial española que finalmente se dicte (ya que, como hemos visto, dicho supuesto no puede quedar encuadrado ni dentro de la cláusula de orden público ni dentro de ningún otro de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo que, con el carácter de *numerus clausus*, se encuentran previstos en el art. V del texto convencional neoyorquino). Tal como ha puesto de manifiesto E. Artuch Iriberrí, dicha omisión es debida a que entre la jurisdicción arbitral y la estatal no puede producirse una situación de litispendencia, ya que ambas jurisdicciones se excluyen mutuamente por definición⁷⁸. De hecho, sigue señalando la autora, la “única causa por la que los árbitros son competentes es la voluntad de las partes, no tienen una jurisdicción general que pueda generar una litispendencia con otro Tribunal, de la misma forma que aquella voluntad privada es la única razón por la que los Tribunales nacionales devienen incompetentes”. Por lo tanto, en una construcción ideal, no podría producirse un supuesto de doble pendencia de un proceso judicial y un proceso arbitral sobre un mismo asunto, esto es, una situación de litispendencia, ya que “si el convenio arbitral se cumple, las jurisdicciones nacionales son incompetentes”, y a la inversa. Según la señalada autora, como consecuencia de lo señalado, es importante que una de las partes haga valer la existencia del correspondiente convenio arbitral (con arreglo al cauce procesal que resulte procedente), ante los Tribunales españoles que se encuentren conociendo de un proceso idéntico al arbitral, no para que los mismos resuelvan el problema en términos de litispendencia (aplicando el criterio de la prioridad temporal entre procesos), sino para que se declaren incompetentes con base en la existencia de una cláusula arbitral válida y eficaz. Tal como ha puesto de relieve la susodicha autora, como consecuencia de no poder ser ambas jurisdicciones (la arbitral y la judicial) competentes en relación con un mismo asunto, “no se puede elgir una por el mero hecho del momento en que se interpuso la primera demanda, sino, únicamente, de acuerdo a la puesta en práctica de la efectiva voluntad de las partes. En este sentido, poca importancia tiene que el proceso en España se abra antes o después del procedimiento arbitral”⁷⁹.

78 A nuestro modo de ver, dicha omisión no ha sido compartida por la mayor parte de los Convenios bilaterales suscritos por nuestro país, que han incluido dentro de su ámbito de aplicación material a los laudos arbitrales, debido a no ser los mismos específicos del arbitraje. Como consecuencia de la especificidad que presenta esta materia, lo más acertado hubiese sido que los señalados Convenios bilaterales, o bien, excluyesen de su ámbito de aplicación material al arbitraje, o bien, remitiesen expresamente, todo lo relativo al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, al sistema establecido por el Convenio de Nueva York. Sin embargo, como anteriormente hemos podido comprobar, son pocos los Convenios bilaterales que han optado por esta vía.

79 E. Artuch Iriberrí, *loc. cit.*, 2001, núms. 6-14; *id.*, *loc. cit.*, 2000-2001, pp. 127-133, núms. 5-12. *Vid.*, igualmente, P. Schlosser, *loc. cit.*, 1981, pp. 379-381; *id.*, *op. cit.*, 1989, pp. 639, núm. 883. En relación con la compatibilidad entre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (*B.O.E.* de 29 de diciembre de 1978 [núm. 311]) y la institución arbitral, *vid.* H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional, De Conflictu Legum*. Estudios de Derecho internacional privado, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, especialmente pp. 78-83, así como las referencias doctrinales y jurisprudenciales en dicha monografía citadas.

Si bien estamos totalmente de acuerdo con lo señalado por la referida autora, estimamos, no obstante, que la problemática derivada de la concurrencia entre un laudo arbitral extranjero y un proceso pendiente ante los Tribunales españoles va a subsistir en los dos supuestos concretos siguientes.

En primer lugar, cuando el demandado en el proceso que se encuentre pendiente ante los Tribunales españoles no haya hecho valer, en el tiempo y en la forma debidos, la existencia, para la resolución de ese mismo asunto, de un convenio arbitral. Veamos este primer supuesto con mayor detenimiento. Tal como se desprende del apartado 3º del art. II del Convenio de Nueva York, el Tribunal de un Estado parte (entre los que, como sabemos, se encuentran los Tribunales españoles), al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un convenio arbitral (en los términos previstos en el apartado 2º del precepto)⁸⁰, salvo que compruebe que el mismo es nulo, ineficaz o inaplicable, estará obligado a remitir a las partes al arbitraje siempre que una de ellas se lo solicite⁸¹. El texto convencional neoyorquino guarda silencio acerca del modo en el cual dicha solicitud ha de llevarse a cabo, con la intención de que sean los sistemas autónomos de los Estados parte los que regulen la señalada cuestión. El art. 11 de la L.A., tal y como ha sido redactado por la Disposición final octava de la L.E.C. 1/2000, concreta el modo en el cual ha de solicitar el arbitraje la parte a quien interese (“1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje en el convenio, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. 2. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o todos los demandados, si fuesen varios, realicen, después de personados en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria”)⁸². Por lo tanto, a nuestro modo de ver, dicho precepto da las pautas para solucionar la eventual concurrencia entre un laudo arbitral extranjero y un proceso pendiente ante los Tribunales españoles. De este modo, si el demandado en el proceso español no hace valer, en tiempo y forma, la existencia del correspondiente convenio arbitral por medio de la declinatoria, habrá de entenderse que las partes han renunciado al arbitraje pactado y, consiguientemente, en el caso de que prosperase el procedimiento arbitral en cuestión, habría de denegarse el laudo arbitral extranjero que finalmente se dictase. Por el contrario, si el demandado en el proceso español interpone la declinatoria en tiempo y forma, los Tribunales españoles, si estiman la declinatoria, declararán, por medio de un auto, que carecen de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los Tribunales arbitrales, “absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso” (art. 65.2 de la L.E.C. 1/2000). A nuestro juicio, en este caso, si los Tribunales españoles no se declarasen incompetentes, habría de procederse, en su momento, al exequátur del laudo arbitral

80 Por lo que se refiere a la falta de adecuación del art. II (2) del Convenio de Nueva York a las actuales exigencias del comercio internacional y a las vías para flexibilizar las exigencias formales en dicho precepto previstas, *vid.* H. Aguilar Grieder, *op. cit.*, 2001, pp. 71-109, especialmente pp. 83-88 y 93-96; *id.*, “Arbitraje, grupos de Estados y extensión de los efectos de la cláusula arbitral”, *R.C.E.A.*, 2000-2001, vol. XVI, pp. 57-82, pp. 65-70.

81 *Id.*, igualmente, el art. VI del Convenio de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional (*B.O.E.* de 4 de octubre de 1975 [núm. 238]), el cual obliga a los Tribunales de los Estados parte a abstenerse de conocer en el supuesto en que una de las partes alegue la existencia de un convenio arbitral, correspondiendo incluso a los árbitros el examen de su eficacia.

82 Por lo que a la nueva redacción de dicho precepto se refiere, *vid.* E. Artuch Iriberry, “Del art. 11 de la Ley 36/1988: Disposición final octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *A.E.D.I.Pr.*, 2001, Tomo I, pp. 201-213, especialmente pp. 201-206.

extranjero aun a pesar de la pendencia en España de un proceso judicial sobre el mismo asunto. Por lo que se refiere al momento y al modo en el cual ha de interponerse la declinatoria, habrá de estarse a los arts. 63-65 de la L.E.C. 1/2000⁸³.

En segundo lugar, el conflicto entre un laudo arbitral extranjero y un proceso pendiente ante los Tribunales españoles no va a poder resolverse con arreglo a las pautas anteriormente señaladas cuando este último no sea idéntico, al proceso arbitral que haya dado lugar al laudo en cuestión, sino solamente conexo (es decir, cuando ambos procesos, sin ser idénticos [sin presentar las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa], se encuentren estrechamente interrelacionados entre sí). A nuestro juicio, desde una perspectiva *de conventione ferenda*, el Convenio de Nueva York debería de contener, dentro del art. V, una causa de denegación del exequátur específica que se refiriese a este último supuesto. En nuestra opinión, debido a los intereses públicos afectados por esta materia, y siempre desde una perspectiva *de conventione ferenda*, dicha causa debería de controlarse de oficio por el órgano competente para conceder el exequátur (por lo que debería de aparecer inserta dentro del apartado 2º del art. V del texto neoyorquino). Lo que no nos parece tan claro es el modo en el cual debería de articularse la señalada causa de denegación del exequátur, esto es, la regla con arreglo a la cual se debería de resolver el conflicto entre un laudo arbitral extranjero y un proceso conexo pendiente ante los Tribunales españoles. Aun a pesar de no parecernos una buena opción, para resolver este tipo de conflictos, aplicar el criterio de la prioridad temporal entre procesos (recurriendo a dicho criterio por la vía de la analogía con el ámbito de la jurisdicción estatal), peor opción nos parecería recurrir al criterio de la primacía del foro (por el nacionalismo exacerbado que el mismo representa y por conllevar dicha solución, en este ámbito, a una preferencia de la jurisdicción estatal sobre la arbitral). En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que ello es tan sólo una propuesta *de conventione ferenda*, ya que, desde una perspectiva *de conventione lata*, como ya se dijo con anterioridad, el supuesto de concurrencia, entre un laudo arbitral extranjero y un proceso conexo (al procedimiento arbitral que haya dado lugar al susodicho laudo) pendiente ante los Tribunales españoles, no se encuentra contemplado en ninguna de las causas de denegación del exequátur que recoge el art. V del Convenio de Nueva York (las cuales, como sabemos, tienen carácter tasado), lo cual implica que, siempre y cuando se presenten los documentos pertinentes, el laudo arbitral extranjero en cuestión vaya a tener que ser reconocido y ejecutado en nuestro país.

83 Para una visión general de dichos preceptos, *vid.*, por ejemplo, F. Toribios Fuentes y M.J. Velloso Mata, *Manual práctico del nuevo proceso civil*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, 1ª ed., pp. 62-64; así como P. González Granda, *Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales*, Tomo I, *La nueva Ley de enjuiciamiento civil*, bajo la coordinación de V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 172-181.