

Verificación de la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje

**(Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca
nº 110/2009, de 15 de septiembre de 2009)***

Sandra CAMACHO CLAVIJO

Profesora Lectora Derecho civil
Universitat Autònoma de Barcelona

1. El Auto de la AP de Salamanca de 15 de septiembre de 2009 que analizamos resuelve los recursos de apelación interpuestos contra el Auto dictado por el JPI nº 1 de Béjar de fecha 5 de diciembre de 2008 que declara la falta de competencia y jurisdicción para conocer del procedimiento ordinario 27/2008, por hallarse el asunto sometido a arbitraje. La parte demandante, Productos Ibéricos Calderón y Ramos, S.L., motiva su recurso de apelación en: 1º) la infracción del art. 24 CE y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación del auto apelado, y, 2º) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no ajustarse la resolución a derecho. Se alega la infracción de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por inexistencia de aceptación de la condición general nº 44, cláusula de sumisión a arbitraje. Los codemandados Carlisle Process Systems, S/S, Carlisle europe, B.V. y Tetra Pak Cheese and Powder Systems, B.V., interponen recurso de apelación por infracción del art. 394 LEC y solicitan la imposición de las costas a la parte actora.

En primer lugar, el Tribunal analiza si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por la ausencia de motivación del auto apelado. Éste se limita a citar el art. 63 LEC y señala que: “en el presente caso se presenta un contrato en el que se recoge que cualquier litigio será resuelto bajo las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio por uno o más árbitros designados de conformidad con las citadas reglas y dada la sumisión al arbitraje, de conformidad con el art. 65 LEC (“Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje”) procede abstenerse de conocer y sobreseer el procedimiento”. La cuestión planteada en la resolución es si la inexistente motivación del Auto vulnera o no el principio de tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE¹. El princi-

* *Vid. infra*, pp. 586–589.

¹ *Vid. STC 116/1986*, de 8 de octubre, *RTC 1986*, 116, que valora la argumentación parca de una resolución judicial como falta de motivación que infringe el derecho a la tutela judicial efectiva y la STC

pio de congruencia exige que toda resolución judicial contenga un pronunciamiento sobre los razonamientos y argumentos que emplean los litigantes. Cuando el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre todas las pretensiones deducidas en el pleito, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, la Jurisprudencia considera innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por los litigantes que no sean decisivos o determinantes para la decisión judicial². En este sentido, la resolución comentada pone de manifiesto la brevedad argumental del Auto, pero considera que éste responde exactamente a la pretensión deducida y, por lo tanto, cumple formalmente con el requisito de motivación.

Una resolución judicial es arbitraria cuando sea manifiestamente irrazonable o cuando se fundamente en un error patente. El Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, exige que las sentencias estén siempre motivadas, y con mayor rigor cuando resuelven sobre la inadmisibilidad de las pretensiones. Así lo establece el art. 120.3º CE cuando dice que “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. En el caso de la jurisdicción civil resulta del art. 359 LEC al regular que: “Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan”.

En la resolución analizada, la Audiencia reconoce que el Auto tiene una motivación formal o aparente y nos preguntamos si ésta es suficiente. La motivación suficiente es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción debe ser determinada en cada caso, en función de las cuestiones que se planteen en el procedimiento. En concreto entiende que el Auto, por el que se declara la falta de competencia y jurisdicción por sumisión del asunto a arbitraje, no recoge “realmente las razones por las que ese contrato, en el que al parecer se recoge la cláusula compromisoria, es realmente vinculante para la hoy recurrente, especialmente teniendo en cuenta las alegaciones formuladas por las partes en el incidente de falta de jurisdicción. Es decir, que el documento con las condiciones generales existe, es cierto, puesto que está unido a las actuaciones, que en la cláusula 44 del mismo se contiene una sumisión a arbitraje, también, pero realmente la Juez de Instancia no explica detenidamente, y ello constituye la auténtica motivación, a la que está obligada, en base al principio de tutela judicial efectiva, las razones por las que desestima las pretensiones de la demandante al intentar defender la competencia jurisdiccional”.

El juez de instancia se limita a desestimar las pretensiones de la demandante y dicta una resolución fundamentada en un mero voluntarismo. El juez no explica ni menos aún justifica que deba ser vinculante para las partes la cláusula de sumisión al arbitraje. Este extremo es relevante para fundamentar la falta de competencia y de jurisdicción del Juzgado. Consideramos que

174/1987, de 3 de noviembre, RTC 1987, 174, que en un caso similar considera que no existe tal conculcación.

² *Vid.* STS (Sala Civil, Sección Primera) 17 de octubre de 2006 (RJ\2006\6525).

la omisión por el juzgador de una rigurosa explicación justificativa de las razones fácticas y jurídicas de la decisión judicial, infringe la tutela judicial efectiva por falta de motivación material suficiente.

2. El segundo motivo del recurso de apelación de la parte demandante es la infracción de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC). La demandante alega que no conoció ni aceptó la condición general número 44, cláusula de sumisión a arbitraje.

El Convenio arbitral es acuerdo de voluntades dotado de autonomía. El Tribunal Constitucional afirma en su Sentencia 174/1995 de 23 de noviembre³, que “la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje”⁴. En este sentido, el art. 9.1º LA/2003 dispone: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

La jurisprudencia exige que las cláusulas compromisorias deban ser aceptadas por las partes contratantes de una manera expresa, clara e inequívoca y que la cláusula deba ser clara y que no ofrezca duda racional sobre la intención de las partes contratantes”⁵. Lo decisivo para la existencia del convenio arbitral es la voluntad de sumisión a arbitraje y es relevante que los medios empleados permitan dejar constancia de dicho acuerdo. El art. 9.3º LA reproduce el art. 7 LMU y regula las diferentes formas de manifestación de voluntad en el convenio arbitral: “El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”.

Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la ley ordena que “la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato” (art.9.2º). Por tanto, será de aplicación a este supuesto la Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación.

Según el texto del Auto, se consideran probados dos hechos: 1) La existencia de una confirmación del pedido firmado en fecha 15 de febrero de 2006 por la actora para el suministro de una planta de secado y tratamiento de

³ RTC 1995\174.

⁴ Vid. sobre esta decisión J. Garberí Llobregat, “Jurisprudencia Constitucional en materia procesal civil”, *Aranzadi Civil*, vol II, 1996, (BIB 1996\64) y C. Rogel Vide, “Del convenio arbitral y sus efectos”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Reus, 2007, p. 53.

⁵ Vid. ATS 26 de febrero de 2002, JUR 2002\62463.

terrones y partículas de carnes; y, 2) La existencia y vigencia plena de un contrato de adhesión redactado por la empresa suministradora del producto, pues el juzgador afirma que "... nos encontramos ante un contrato de adhesión redactado por la empresa suministradora del producto".

El recurrente Productos Ibéricos Calderón y Ramos, S.L considera que el hecho de que dos cláusulas concretas del contrato remitan a las condiciones generales Orgalime 2000, no prueba que éstas hayan sido facilitadas y conocidas. Nos planteamos, por consiguiente, si la empresa demandante conoció y aceptó la cláusula contractual de su sumisión a arbitraje en caso de litigio entre las partes. Es decir si el adherente, conoció y aceptó las condiciones generales de contratación.

Las CGC se definen en el art. 1 LCGC, al decir que "... Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoridad material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"⁶. De la definición legal resultan las características esenciales siguientes:

- Son cláusulas predispuestas por una de las partes del contrato para ser incorporadas uniformemente a una pluralidad de contratos de análogo contenido (contractualidad, predisposición y generalidad).
- La incorporación de las CGC al contrato es impuesta de manera unilateral y exclusiva por una de las partes (imposición).
- Las CGC se incorporan al contrato por virtud de la declaración expresa de su aceptación por el contratante adherente (incorporación).

Los requisitos generales de incorporación previstos por la LGGC son los siguientes: "1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas". El régimen jurídico positivo de las CGC en nuestro Derecho se fundamenta en una aplicación directa del principio básico del Derecho de obligaciones: solo puede consentirse aquello que se conoce, de ahí que se imponga al predisponente de las mismas la carga de procurar la información a dicha parte⁷.

El art. 5 LCGC, somete la eficacia vinculante de tales condiciones generales al cumplimiento por el predisponente de tres requisitos:

⁶ Vid. los comentarios al concepto en I. Arroyo Martínez, "Art. 1", *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 19 ss.

⁷ Vid. S. Durany i Pich, "Arts. 5 y 7", *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 303.

1º.- el deber de hacer referencia expresa en el contrato a las condiciones generales que se pretendan incorporar,

2º.- el deber de facilitar un ejemplar de las mismas al adherente afectado por dicha unión, y por último,

3º.- la obligación de que la aceptación de las CGC se formalice por el adherente precisamente mediante la firma autógrafa en el documento contractual en que se contienen aquellas condiciones.

De todo esto se deriva que, probados por el predisponente de las CGC todos estos extremos, no se le puede imputar responsabilidad alguna por la negligencia del adherente que firmó el contrato sin leer sus cláusulas.

El art. 5 LCGC que exige el conocimiento real de las condiciones generales se rige también por el art. 7 de la misma Ley que dispone lo siguiente: “No quedarán incorporadas al contrato las... condiciones generales: a)...que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato”. De la aplicación conjunta de ambos preceptos resulta que no puede ser totalmente suprimida la necesidad de conocimiento real de las condiciones generales al tiempo de celebración del contrato⁸. Este razonamiento es especialmente aplicable a aquellos contratos en los que se exige especial constancia documental. Un ejemplo es el convenio de arbitraje que, según el art. 9.3º LA, “deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”.

En el caso que analizamos el predisponente no ha probado el conocimiento ni la entrega de las condiciones generales de la contratación ni la aceptación por parte del adherente. Lo cierto es que la AP presume que las CGC fueron entregadas por el predisponente y conocidas por la parte actora, con el fundamento siguiente:

1ª) La declaración jurada de un responsable de la empresa danesa, que afirma en juicio que envió dichas condiciones generales. La validez y la eficacia de esta prueba documental son cuestionables, dado que se trata de un documento emitido por la parte que pretende hacer valer la cláusula de arbitraje, y;

2ª) El reconocimiento de la actora de la existencia de relaciones previas entre las partes e intercambio de documentación contractual. El Auto afirma que “sorprende sobremanera que no se recibieran también las condiciones generales en las que se incluye como cláusula 44 el sometimiento a arbitraje”. Se da relevancia al hecho de que hubieran existido relaciones previas entre las partes (una reunión en fecha 13 de febrero de 2006), intercambio

⁸ En este sentido I. González Pacanowska, “Comentario al art. 5”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 167; también S. Durany i Pich, *loc. cit.*, p. 313.

de documentación y la visita del representante de la sociedad actora a la empresa danesa. Cuestionamos también este razonamiento porque con similar hipótesis puede obtenerse la conclusión contraria. En efecto, de un lado, el reconocimiento de la demandante de haber recibido documentación del contrato, y su aportación a los autos, y, de otro lado, su negativa de haber recibido el condicionado general, evidencian que la predisponente pudo no remitir las condiciones generales de la contratación. En todo caso, es la empresa predisponente quien debe probar la entrega del condicionado general.

En conclusión, la prueba practicada en autos cuestiona el conocimiento y la aceptación por la adherente de la condición general de sumisión a arbitraje, por lo que también pone en cuestión la validez misma. En casos similares al estudiado, este argumento ha sido utilizado por la jurisprudencia, aunque referidos a cláusulas de sumisión a arbitraje y de sumisión expresa a la competencia de otros órganos judiciales. En tales supuestos el TS aplica los criterios de apreciación estricta e interpretación restrictiva de las condiciones generales y considera que si bien los arts. 56 y 57 LEC, autorizan la sumisión expresa, para que ésta produzca efectos, es necesario que tales pactos reúnan unas circunstancias concretas. No sólo en cuanto a su claridad, precisión, bilateralidad, sino más especialmente en cuanto a su virtualidad de acreditar la existencia de un consentimiento expreso de las partes⁹.

La LA condiciona la validez formal del convenio arbitral a la mera constatación de la voluntad de las partes. Si el convenio arbitral está comprendido en las CGC, sólo cuando éstas cumplan los requisitos legales de incorporación se considerarán parte del contrato. Si la parte adherente no consiente las condiciones generales ni, por tanto, la cláusula de sumisión, ha de reputarse inexistente en el contrato y por tanto no determinante de la competencia¹⁰.

3. El Tribunal considera probada la entrega del condicionado general al adherente por el hecho de que “los documentos se han remitido por correo electrónico y sorprende que se de por buena la recepción de aquellas partes que interesan pero no de las partes que perjudica a la actora”.

El deber de facilitar un ejemplar de las CGC al adherente afectado por dicha unión es un requisito de la eficacia vinculante de las condiciones generales. En el caso estudiado, las CGC que contienen la cláusula de arbitraje no se encontraban incorporadas en el contrato principal (existe sólo una mención genérica a las mismas). La AP presume que las CGC fueron entregadas por el predisponente y conocidas por la parte actora, porque hubo intercambio de

⁹ Vid. en este sentido la SAP Barcelona (Sección 11ª) 29 de marzo de 2000, JUR\2000\189582, en ésta la Audiencia declara haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia 4 de marzo de 1998, dictada por el JPI nº 5 de Cerdanyola del Vallés, desestimando la cuestión incidental de competencia por declinatoria planteada por la demandada. No considera incorporadas la CGC de sumisión figuradas al dorso de los albaranes o de los contratos, y colocadas después de la firma de los contratantes.

¹⁰ En este sentido *vid.* M. Gómez Jene, “Forma y contenido del convenio arbitral”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 89 y C. González Carrasco, “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en J. Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 179.

correos electrónicos entre las partes. ¿Es suficiente el intercambio de correos electrónicos para acreditar la entrega del condicionado general? A esta pregunta hemos de contestar negativamente por los siguientes motivos:

A) Porque en la contratación por medios telemáticos es el predisponente quien deberá probar que las CGC han sido entregadas al adherente de forma que éste las ha podido conocer, almacenar y/o copiar. El art. 27.4º LSSI Y CE regula la forma de facilitar en la contratación electrónica (sea por página web o por correo electrónico) la información sobre las condiciones generales: “el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. En el comercio electrónico el adherente tiene posibilidad de conocer cuando tiene acceso a las CGC, siempre que éstas puedan imprimirse o ser copiadas como archivo en disquete¹¹. No vale la mera indicación de que pueden ser obtenidas las C.G.C. cuando se solicite por e.mail, el adherente debe tener un acceso directo a las CGC. En la actualidad los prestadores de servicios de la información prueban la entrega de las CGC mediante la construcción del proceso electrónico de forma que el usuario forzosamente deba pasar por una página *web* en la que aparezca la advertencia sobre las condiciones generales y la posibilidad de imprimirlas o guardarlas¹².

La cuestión que nos planteamos es si este precepto es de aplicación al objeto de litis: contratación no perfeccionada por medios telemáticos pero con algunos trámites realizados *on line*. La LSSI y CE es de aplicación a la contratación electrónica y *de lege data* se considera que un contrato es electrónico cuando se perfecciona a través de medios telemáticos (contrato electrónico en sentido estricto). En mi opinión, *de lege ferenda* pueden considerarse también contratos electrónicos aquéllos en los que la perfección del contrato no se realiza por medios telemáticos pero algunos de los trámites conducentes a su perfección se realizan *on line* (contrato electrónico en sentido amplio). En estos supuestos les es aplicable el régimen general del contrato y la normativa de comercio electrónico en cuanto a los trámites realizados *on line*¹³. En el caso analizado, el trámite de entrega de las CGC del contrato principal se realiza *on line*. Por aplicación del art. 27.4º LSSI y CE, el predisponente deberá probar que las CGC han sido entregadas al adherente de forma que éste las ha podido conocer, almacenar y/o copiar en soporte electrónico.

B) Porque el art. 9.3º LA regula la formalización del convenio arbitral y admite su documentación en soporte electrónico, siempre que el convenio conste en soporte electrónico y pueda ser accesible para su ulterior consulta:

¹¹ Vid. R. Mateu de Ros, “El consentimiento y el proceso de contratación electrónica”, *Derecho de Internet*, Aranzadi, 2000, p. 49.

¹² En este sentido y refiriéndose a convenio arbitral contenido en CGC que se encuentran en página web vid. B.M. Cremades, “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 291.

¹³ Vid. desarrollo de esta tesis en S. Camacho Clavijo, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Madrid, Reus, 2005, pp. 74 ss.

“Se considerará cumplido este requisito (se refiere a dejar constancia del acuerdo) cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”. En el caso objeto de litis el convenio arbitral contenido en el condicionado general es remitido en soporte electrónico. De conformidad con el art. 9.3º LA la validez del convenio arbitral documentado en soporte electrónico dependerá de que “el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta”. Por lo tanto, el predisponente debe probar que las condiciones generales han sido incorporadas en un soporte electrónico y que éstas pueden reproducirse para su ulterior consulta.

En suma, del acto de remisión por correo electrónico de algunos documentos que forman parte del contrato principal no puede presumirse la entrega electrónica de las CGC. El predisponente debe probar que éstas fueron entregadas on-line, que el adherente las pudo imprimir o almacenar para su ulterior consulta. Entendemos, que en el presente caso no se ha probado que la parte adherente pudiera conocer y consentir la cláusula antes de suscribir el contrato, ésta carece de eficacia vinculante.

Finalmente, la Audiencia de forma contradictoria, ya que con anterioridad ha reconocido la aplicación de la LCGC española, dice que: “El art. 9.3º Ley 60/2003 del 23 de diciembre de Arbitraje, contiene prácticamente la misma regulación del art. 7 de la Ley Modelo. Además debe tenerse en cuenta que el art. 1 de esta ley establece que las normas contenidas en los aps. 3, 4 y 6 del art. 8, en el art. 9, excepto el ap. 2, en los arts. 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España. Por lo tanto la validez de esta forma de formalización del arbitraje está reconocida incluso en el ámbito del derecho interno. Pero además de este precepto resulta que, al excluirse el art. 9.2º, no cabe la aplicación de las normas que rigen los contratos de adhesión”. Es cierto que en el contexto internacional, la LCGC será aplicable únicamente en la medida que el Derecho español sea aplicable al fondo de la controversia. No obstante, de ser otro el Derecho aplicable, entendemos que la validez de la cláusula arbitral inserta en las CGC habrá de examinarse a la luz de ese derecho y su regulación en materia de contratos de adhesión.

* * *