

No es, en este sentido, tal como afirma la sentencia, un problema equivalente al de los árbitros privados que tienen capacidad para determinar su propia competencia, ya que está es la consecuencia de un convenio entre partes. Aquí la competencia es pública por razón de su ámbito de funcionamiento y a partir de ahí, tal como señala la propia LGT su “ejercicio” es privado. La competencia para el conocimiento del asunto por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa es, si se quiere, muy limitada en cuanto a su extensión en este tipo de asuntos pero es consecuente con el mandato del legislador.

***Ámbito y extensión de una cláusula de arbitraje
inserta en un contrato de obra para la construcción
de una fábrica “llave en mano”***

**(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª,
nº 1097/2008, de 20 de noviembre de 2008)***

Francisco RAMOS ROMEU

Profesor de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

Sumario: I. Antecedentes relevantes del caso. II. Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Supremo. III. Para hacer una cláusula arbitral efectiva.

I. Antecedentes relevantes del caso

1. La sentencia del Tribunal Supremo que comentamos aborda la cuestión del Ámbito y extensión de una cláusula de arbitraje inserta en un contrato de obra para la construcción de una fábrica “llave en mano”. El texto de la cláusula viene sucesivamente determinado en dos documentos contractuales: primero, las condiciones especiales del contrato prevén que:

“Todo litigio o cuestión derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato, se resolverá precisamente mediante arbitraje de equidad según figura en las condiciones generales”.

Segundo, las condiciones generales disponen que:

“Todo litigio derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato o acto jurídico, las partes lo someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, encomendando al mismo la designación de árbitros y la administración del arbitraje, así como obligándose a cumplir la decisión arbitral”.

* *Vid. infra*, pp. 883–885.

2. Ejecutada la obra y entregada, al cabo de un tiempo (10 meses), dentro del periodo contractual de garantía (1 año) se produce la rotura de uno de los conductos de refrigeración de la fábrica, que contiene amoníaco, lo que resulta en cuantiosos daños y perjuicios principalmente por productos que deben ser desechados (aproximadamente 900.000 €).

3. Se interpone por la propietaria de la fábrica y su aseguradora una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara en reclamación de dicha cantidad contra la constructora de la fábrica y su aseguradora. En la demanda se ejercita una acción de responsabilidad contractual, "o en su caso", según se reproduce, una acción de responsabilidad extracontractual. Las demandadas se oponen al ejercicio de jurisdicción por los Tribunales estatales como excepción de previo pronunciamiento de la LEC/1881 alegando la cláusula arbitral señalada, pretensión que es desestimada por el Juzgado mediante auto, recurrido en reposición y confirmado. Al decretar el juez la irrecurribilidad del auto por apelación en ese momento, sin perjuicio de recurrirse la sentencia final, prosigue el juicio sobre el fondo. Los motivos aducidos por el Juzgado, según se desprende de la sentencia, que no reproduce el texto del auto, son dos: primero, que la cláusula arbitral no puede ser opuesta a la aseguradora demandante, que no la ha firmado; segundo, que los daños reclamados podrían ser de naturaleza extracontractual, al referirse a un siniestro posterior al cumplimiento del contrato, y que en ese caso no quedarían cubiertos por la cláusula de arbitraje. El Juzgado, después de entrar en el fondo, termina condenando a las demandadas al pago de la indemnización, no queda muy claro si estimando la acción contractual o la extracontractual, pero en cualquier caso considerando que había un hecho dañoso, culpa, daño y relación de causalidad.

4. Las demandadas interponen entonces recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Guadalajara, en que vuelve a plantearse la cuestión de la falta de jurisdicción de los Tribunales estatales. La Audiencia Provincial también desestima dicha pretensión y confirma íntegramente la sentencia de instancia. Primero aborda la cuestión de la admisibilidad de la excepción por la vía del recurso contra la sentencia del fondo, en que se daba un problema de derecho transitorio, y considera el tribunal de instancia aplicó correctamente el régimen de recursos de la LEC 2000, y aunque hubiera sido muy conveniente por economía procesal que se hubiera podido recurrir el auto que desestimó al excepción de arbitraje, no puede privarse a las condenadas, que en todo momento han mostrado su voluntad de oponerse al ejercicio de la jurisdicción estatal, de hacer valer la excepción ahora, so pena de indefensión.

5. Despejada esta cuestión, en cuanto al fondo, las razones a que se atiende la Audiencia no son las mismas: de entrada, la Audiencia discrepa del Juzgado y sí considera que la cláusula de arbitraje es oponible a la aseguradora demandante porque su derecho únicamente deriva de la subrogación por el pago que ha efectuado al asegurado, colocándose en la misma posición jurídica que tenía éste; pero en cambio, concurre con el Juzgado en que el sinies-

tro no quedaría cubierto por la cláusula arbitral por no referirse a la ejecución del contrato, ser posterior, y teniendo en cuenta que “incluso podía tener encaje en la responsabilidad extracontractual”. Un aspecto interesante a destacar es que las recurrentes alegaban que la sentencia de primera instancia sobre el fondo había estimado un incumplimiento del contrato, responsabilidad contractual, lo que confirmaba que el litigio quedaba cubierto por el convenio arbitral. La Audiencia considera inadecuado que con datos sólo aparentes después del juicio (la sentencia) se entre a valorar una decisión dictada antes del juicio (el auto de previo pronunciamiento).

6. Las demandadas recurren una vez más mediante el recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, fundándolo en una vulneración del art. 11 LA/1988 en cuanto prevé que un convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que sea invocado por la parte a quien interese, previsión que se reproduce prácticamente de forma literal en el mismo art. 11.1º LA/2003. La fundamentación del recurso, que no es muy articulada (en la reproducción que se hace en la sentencia), comprende esencialmente los siguientes argumentos: primero, reiteran que la cláusula arbitral afecta a todas las partes implicadas en el proceso, por los motivos indicados por la Audiencia; segundo, toda cuestión que implique examinar la ejecución del contrato, entra materialmente dentro de la cláusula arbitral que expresamente refiere las cuestiones de “ejecución”; tercero, la cláusula no establecía limitación de tiempo en cuanto al momento en que podían suscitarse cuestiones de “ejecución”; cuarto, el arbitraje previsto era de “equidad”, y por tanto para las partes era indiferente la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual. En su oposición al recurso extraordinario por infracción procesal, las recurridas alegaron principalmente lo siguiente: primero, que la cláusula arbitral no podía ser invocada por la aseguradora demandada frente a la que se ejercitaba la acción directa (art. 76 LCS) que nace de la ley y no del contrato que incluía la cláusula arbitral, y por tanto todas las partes no podían ser referidas a arbitraje, siendo indeseable disgregar el litigio; segundo, la sentencia de instancia acoge de hecho la acción de responsabilidad extracontractual, que no queda cubierta por el convenio arbitral, o como mínimo la estima en conjunto con la contractual, lo que impedía el arbitraje; tercero, no procede efectuar una interpretación extensiva de la cláusula arbitral, sin limitación temporal o objetiva. Debe estarse a lo que comprende la cláusula (art. 1283 Cc) y en cualquier caso las normas sobre jurisdicción deben interpretarse de forma restrictiva; cuarto, había sumisión tácita al formular extemporáneamente la excepción de sumisión a arbitraje.

7. El Tribunal Supremo dicta una resolución de contenido relativamente escueto, para lo que son las alegaciones de las partes, que desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Como anuncia el rótulo que inicia la fundamentación, el Tribunal considera que la “responsabilidad por graves daños dimanante de un accidente provocado por la defectuosa instalación”

es “una cuestión ajena a la ejecución del contrato de obra”. Argumenta que hay que aplicar las normas de interpretación de los contratos, y atenerse con carácter preferente a la literalidad de la cláusula arbitral. La controversia planteada excede del ámbito que le atribuye dicha literalidad y no se refiere directamente “a la ejecución” del contrato. El hecho dañoso es de una “especial magnitud” y tiene un “significado independiente” suficiente para ser considerado fundamento de una responsabilidad extracontractual, que “se separa de la órbita estrictamente contractual”, y añade que la cuestión del pleito no es tanto discutir “si la ejecución del contrato ha sido defectuosa” como si los daños producidos son “imputables” a quien puso en funcionamiento la instalación con negligencia.

II. Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Supremo

8. Nos hemos entretenido en reproducir las alegaciones de las partes y las motivaciones de los tribunales para apreciar en contexto la decisión del Tribunal Supremo, y poder entender mejor su alcance e intención, lo que ha dicho y lo que no, aunque quizá podría haber dicho.

9. De entrada, la decisión del Tribunal Supremo es sorprendente. La interpretación de la cláusula que hace parece poco ajustada no sólo a la literalidad del texto, sino también a la intención razonable de unas partes que intervienen en un contrato de “obra” y que hablan de su “ejecución”. Cuando en este contexto las partes acuerdan someter sus controversias sobre la “ejecución” de la obra a arbitraje, parece acertado pensar que incluyen los actos de realización material de la obra, la cuestión de si se han ejecutado bien o no, las consecuencias o daños que de ello se pueda derivar, y ello independientemente de que se manifiesten inmediatamente o al cabo de cierto tiempo, y de su magnitud, aspectos que el Tribunal en cambio toma como muy relevantes. El Tribunal Supremo desconoce que sólo los actos de ejecución de la obra permiten actuar contra las partes demandadas, o no habría pleito, de ahí que sea artificiosa la distinción.

10. El Tribunal Supremo en esta decisión sienta un criterio que introduce un importante halo de incertidumbre para muchas cláusulas arbitrales: habiendo las partes firmado un contrato con una cláusula arbitral, y ocurrido el supuesto incumplimiento, el siniestro, la desgracia, y el daño, ¿queda la reclamación cubierta por la cláusula o no? ¿Si el incumplimiento es cercano a la fecha del contrato y pequeño, hay que acudir al arbitraje y si es lejano y grande, no? ¿Y qué ocurre cuando es lejano pero pequeño o viceversa? Y más difícil aún se nos antoja tratar de aplicar la metodología del Tribunal Supremo a los contratos de tracto sucesivo, en que el cumplimiento de las prestaciones se desarrolla en el tiempo y por actos que tienen que ser repetidos. Ni que decir tiene que esto puede generar numerosos costes, en incidentes y declinatorias, y pérdidas de tiempo que más vale evitar. Luego veremos algunas formas.

11. Otro grupo de problemas pueden surgir en casos, como en el de autos, en que la cláusula habla sólo de “interpretación” y “ejecución”. No se trata de una formulación infrecuente en la práctica, y suele haber casos en que se mencionan aspectos específicos: la existencia, la validez, el cumplimiento, etc. Pero, partiendo como dice el Tribunal Supremo de que tenemos que ceñirnos a la cláusula, ¿quiere esto decir que, interpuesta una demanda arbitral si el demandante actúa por incumplimiento de una cláusula, y el demandado opone su invalidez, sobre este motivo de oposición no puede pronunciarse el árbitro porque “no queda cubierta” por la cláusula arbitral? ¿Y debe remitir a las partes a la jurisdicción estatal para esto? ¿Y bifurcar el pleito? ¿Y si el árbitro se pronuncia y desestima la oposición, luego podrá el condenado pedir la nulidad del laudo porque el árbitro ha resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje (art. 41.1º.e LA)? Se trata de consecuencias absurdas, y desde luego que, como ocurría en el caso, cuando las partes dicen someter a arbitraje una controversia sobre la “interpretación” o “ejecución” de un contrato, normalmente lo hacen sin carácter limitativo.

12. En fin, la decisión también es criticable por otro aspecto. El Tribunal Supremo insinúa, aunque evita decirlo directamente, que una acción de responsabilidad extracontractual no quedaría cubierta por la cláusula arbitral de un contrato, mientras que una acción de responsabilidad contractual sí quedaría cubierta. Esto va en contra de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que, más allá de la acción, lo que importa es el sustrato fáctico de la misma, pudiendo yuxtaponerse ambas acciones de forma acumulada. El Tribunal debería haber corroborado la yuxtaposición de ambas acciones en la vía arbitral conforme a su jurisprudencia, seguido por tribunales menores. En efecto, dentro de este sustrato fáctico, resulta difícil desconocer la cláusula. Al no hacerlo, esto abre una peligrosa puerta para escapar al arbitraje: bastará con que, aunque haya un contrato de por medio, el demandante diga actuar pidiendo responsabilidad extracontractual para que no quede vinculado por el contrato. Esto sería una burla de la cláusula que habría que descartar, siquiera por la vía del fraude (art. 7 Cc), pero también porque cuando hay contrato, siendo las dos acciones de igual contenido, debe primar la contractual sobre la extracontractual.

13. ¿Por qué entonces el Tribunal Supremo ha dictado una resolución forzando el texto de la cláusula, que crea incertidumbre, lleva a consecuencias absurdas, y abre una puerta para escapar al arbitraje? Creo que lo ha hecho posiblemente para no afrontar la otra cuestión de interés que se planteaba en el caso, referente a si las aseguradoras se veían afectadas por la cláusula arbitral. Esto deja sin respuesta una cuestión cuya resolución parecía pacífica, pero es recurrente en los pleitos.

14. Tanto el Juzgado como la Audiencia la habían mencionado, con opiniones divergentes. La cuestión no es sencilla. El argumento de la Audiencia nos parece bastante adecuado, cuanto menos para la aseguradora demandante: cuando la aseguradora actúa en vía subrogatoria asume la posición

del asegurado, incluyendo su vinculación por la cláusula arbitral. Más difícil se nos aventura la extensión al asegurador demandado, y es lo que argumentaban los demandantes cuando decían ejercer la acción directa. Ahora bien, en la medida en que en la acción directa la aseguradora puede oponer todas las excepciones que tendría el asegurado, puede oponer, entre ellas, las procesales como sería la falta de jurisdicción (Lo que no podría oponer conforme al art. 76 LCS es una cláusula arbitral en el contrato de seguro). De esta forma, el caso de autos habría quedado bien resuelto porque la aseguradora demandada podía oponer la cláusula. El caso, al fin, no era difícil, tal y como se había planteado, y podía haber sido resuelto con estos motivos por el Tribunal, eso sí, remitiendo al arbitraje.

15. Pero con otros patrones sí podría complicarse la situación, y quizá sean estos los que han llevado al Tribunal a pronunciarse como lo ha hecho. Primero: ¿qué habría ocurrido si se hubiera demandado inicialmente a la aseguradora, con el asegurado, en el arbitraje, y ésta hubiera opuesto el no haber firmado la cláusula? Parece que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) abogaría en su favor y tendría derecho a ser excluida del arbitraje, al no haberse sometido expresamente, tal y como requiere nuestra ley (art. 9 LA). Por tanto, no sólo ello habría obligado a las demandantes a hacer gastos innecesarios ante las instancias arbitrales y asumir una posible imposición de costas en el arbitraje, sino que a partir de ahí se habrían visto obligadas a seguir dos procesos: uno arbitral y otro ante los tribunales frente a la aseguradora, con mayores costes. El proceso contra la aseguradora quizá debería esperar hasta la finalización del arbitraje, porque podría haber prejudicialidad civil, motivo de suspensión inmediata (art. 40 LEC). Claro que esto evitaría resoluciones contradictorias.

16. Segundo: ¿qué hubiera ocurrido si la aseguradora demandada ante los tribunales no hubiera opuesto la cláusula arbitral, y sólo lo hubiera hecho el constructor? ¿Hubiera debido el Tribunal en ese caso remitir a las demandantes al arbitraje para la reclamación contra el constructor y mantener el litigio contra la aseguradora ante los tribunales estatales? Esta quizá sería la solución técnicamente más correcta, partiendo de la base de que la cláusula arbitral tiene que ser efectiva entre las partes que la han firmado (art. 11 LA), aunque obviamente muy costosa, porque una vez más obligaría a las demandantes a seguir dos procesos. Y, paradójicamente, el pleito que se seguiría primero sería el planteado ante los Tribunales estatales sólo frente a la aseguradora, dejando de lado al principal implicado, el asegurado. Si paralelamente se iniciara el arbitraje contra éste, cabría una vez más contemplar una posible prejudicialidad civil que paralizara el litigio contra la aseguradora. En ningún caso cabe pensar en la suspensión del arbitraje, al no estar el árbitro vinculado por el art. 40 LEC.

17. ¿Cómo se evitan todos estos litigios, gastos y demoras en casos en que hay los asegurados y las aseguradoras de por medio, o incluso más partes? El Tribunal Supremo ofrece una respuesta sencilla: todas las partes tienen que

acudir a los tribunales estatales porque son como casos de responsabilidad extracontractual, aunque originalmente pudieran parecer contractuales. Es decir, se deben unificar todos los pleitos en uno, y hacerlo en la jurisdicción estatal. Este argumento no es sólido.

18. En cuanto a lo primero, aún compartiendo el objetivo del Tribunal Supremo, que es deseable e incluso merecería una solución de carácter legislativo, no podemos compartir su forma de actuarlo. Podría haber obtenido el mismo resultado en este caso resolviéndolo atendiendo a las pretensiones realmente invocadas por las partes, como lo hace la Audiencia. La aproximación utilizada, remitiendo a la interpretación de la cláusula arbitral como una cláusula más del contrato sin atender a las particularidades de la actividad litigar que regula, resulta en un criterio forzado, lleno de incertidumbre, que se presta al comportamiento estratégico, y contrario a su jurisprudencia. Una solución favorable al arbitraje en este caso que todas las aseguradoras en situaciones similares quedaran sometidas al mismo hubiera sido una guía mucho más efectiva para futuros casos. En cuanto a lo segundo, obsérvese que, manteniendo el ideal unificador, el Tribunal podría haber dicho que se consolidaran las reclamaciones en los tribunales arbitrales. Pero los casos “importantes” es mejor que acaben en los tribunales estatales, debió pensar el Tribunal. Remitir al arbitraje hubiera sido una respuesta menos perjudicial para esta institución, pero quizá también mucho más atrevida.

III. Para hacer una cláusula arbitral efectiva

19. A la luz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, podemos plantear algunas cuestiones prácticas sobre lo que pueden hacer los ciudadanos a la hora de redactar una cláusula arbitral para asegurarse de que controversias como la acaecida sean resueltas mediante arbitraje si esta es su voluntad. Me parece esta la perspectiva a adoptar dado que la opción por defecto es la de la jurisdicción estatal.

20. En primer lugar, debe considerarse la adecuada redacción de la cláusula arbitral. La cláusula al origen del caso que comentamos es una cláusula con un texto bastante habitual o normal en la práctica de la contratación. La sentencia del Tribunal Supremo, con la lectura estricta y literal que postula, puede llevar a problemas como los vistos. Para evitarlos, podríamos añadir más conceptos y terminar con una cláusula al estilo de los contratos de derecho anglosajón. Pero no sólo corremos el riesgo de olvidarnos algo, sino que la interpretación del Supremo nos dice que esos conceptos jurídicos a veces no dicen lo que creemos. La sentencia del Tribunal Supremo nos obliga a postergar definitivamente esta forma de redactar la cláusula de arbitraje.

21. La alternativa es acudir a una formulación más general que diga que las partes someten a arbitraje “las controversias derivadas de este contrato”. De hecho, las cláusulas modelos de varias instituciones arbitrales (*v.gr.*, TAB y CCI) contemplan esta formulación. Pero por si quedara alguna duda, puede

incluso darse más énfasis a las palabras añadiendo pronombres, nombres, adjetivos y adverbios: “todas y cualquier controversia, fáctica o jurídica, contractual o extracontractual, sin limitación, directa o indirectamente derivada de este contrato será sometida a arbitraje.” Y ni aún así tendremos la certeza de que los tribunales vayan a entender que las partes prefieren someter sus controversias al arbitraje.

22. La segunda cuestión práctica que debemos considerar es tratar de asegurar que todas las personas implicadas en la operación queden vinculadas por la cláusula arbitral. Idealmente, esto podría conseguirse haciendo que las aseguradoras intervinieran en la firma del contrato, lo que no es normalmente lo que sucede, ni es posible. Hay muchos motivos, que exceden del ámbito de este comentario, por los que las aseguradoras deberían pensar con mayor frecuencia en intervenir en los contratos y pensar en acudir al arbitraje. Otra forma adecuada de proceder es indicando en el contrato que las partes se obligan a incluir cláusulas arbitrales en sus contratos con terceros relacionados con la operación. Esto puede crear la cadena necesaria para que sea irrelevante la discusión acerca del alcance de la cláusula arbitral, siempre que se incluyan las cláusulas efectivamente, y se guarde homogeneidad en cuanto a su contenido.

* * *

SAP Madrid 25 Jun. 2007

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid
(Sección Decimoctava) nº 371/2007,
de 25 de junio de 2007**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Rueda López.

Fuente: JUR 2007\267976.

Normas aplicadas: Art. 41.1º.c) LA/2003.

Acción de anulación.— Arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.— Resolución por el árbitro de cuestiones no sometidas a su decisión. Ámbito de la acción de anulación.— Diferencias con el recurso de apelación. Desestimación.

Si el árbitro razonó incorrectamente en relación con esas pretensiones, si entendió que el fundamento de lo pedido era uno y la norma contractual aplicable era otra, ello no puede en modo alguno determinar la apli-