

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LISBOA, 5 DE MARZO DE 2020

Excepción de sumisión a arbitraje: insuficiencia de medios económicos y alteración sobrevenida de las circunstancias

.....
IÑAKI CARRERA

Asociado Senior en PLMJ, Doctorando en la Universidad Carlos III de Madrid, Master de Investigación en Derecho por la Universidad Católica Portuguesa

.....
JULIÁN GARCERANT

Abogado en prácticas en PLMJ

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 2
Junio – Diciembre 2021
Págs. 261-268

SUMARIO: I. EXTRACTO. II. RESUMEN DEL CASO. III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES. IV. MOTIVOS DE LA DECISIÓN. 1. *De la alteración de la materia de hecho*. 2. *De la declaración de inoponibilidad del convenio arbitral*. V. COMENTARIO.

Se ha escogido comentar la presente sentencia habida cuenta que es la más reciente decisión de los tribunales portugueses relacionada con la insuficiencia de medios por una de las partes para costear un arbitraje y la aplicación de reglas del derecho de las obligaciones al convenio arbitral.

I. EXTRACTO

«1– O princípio da competência dos tribunais arbitrais para decidirem da sua própria competência, aqui se incluindo a possibilidade de conhecimento das limitações no acesso à justiça arbitral em razão da situação económica do demandante, determina que a excepção de preterição do tribunal arbitral só não deva proceder se for manifesta a inexecutabilidade da convenção de arbitragem, face à constatação evidente da impossibilidade definitiva e não imputável à parte de recorrer ao tribunal arbitral, em razão da sua situação económica.

2– A diferente capacidade económica da A. que se possa verificar, entre o momento da celebração do contrato de distribuição (com convenção de arbitragem) por tempo indeterminado e o momento em que a A. recorre a juízo para fazer valer o seu direito a indemnização de clientela, é uma situação normalmente previsível, estando a diminuição dessa mesma capacidade económica, decorrente da cessação do contrato por vontade exclusiva da R., prevista pelos riscos próprios do mesmo, o que afasta a aplicação do art.º 437.º do Código Civil à referida convenção de arbitragem».

II. RESUMEN DEL CASO

El conflicto surge tras la imposibilidad de una de las partes de soportar los costes de un tribunal arbitral. «A» celebró un contrato de distribución con «R» en marzo de 2014 para la distribución en Portugal de determinados productos.

Las partes acordaron en el contrato una cláusula de resolución de litigios y de controversias («convenio arbitral»). Allí se establecía que todos los litigios emergentes del contrato serían resueltos amigablemente entre las partes. Si lo anterior no dirimía la controversia, entonces, podían llevar el pleito ante un tribunal arbitral. El tribunal tendría sede en Bolonia, Italia, aplicando las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y debería ser conducido en inglés.

En mayo de 2016 R comunicó a A la denuncia o terminación del contrato de distribución. En respuesta, A manifestó que pretendía una indemnización por 354.167,47 euros, más los intereses aplicables, por concepto de la clientela que había logrado captar en los años en los que duró el contrato.

Luego, A interpuso acción contra R en un tribunal estatal en Portugal con el fin de reclamar dicha indemnización. En el proceso, A alegó que no tenía los medios económicos suficientes para llevar la controversia a un tribunal arbitral por lo que presentaba su acción en la justicia estatal. En contestación, R declaró la falta de competencia del tribunal debido a la existencia de un convenio arbitral.

El tribunal de primera instancia le dio la razón a R y se declaró materialmente incompetente para conocer del pedido. En consecuencia, absolvió a R de la instancia.

A impugnó la decisión ante el *Tribunal da Relação de Lisboa* («TRL»). El 5 de marzo de 2020, por unanimidad, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto manteniendo la decisión de primera instancia.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

En el tribunal de primera instancia, R alegó la falta de competencia del tribunal arbitral con base en el convenio arbitral presente en el contrato de 2014. A respondió a esta excepción que, debido a la denuncia o terminación del contrato por parte de R y al ser este su principal fuente de ingresos, se encontraba en situación de deficiencia económica. Por lo tanto, no podía soportar los costes del tribunal arbitral, que ascendían a un valor mínimo de 37.774,34 euros. Lo anterior, a consideración de A, se debía a una alteración anormal de las circunstancias de las partes con relación a cuando establecieron el convenio arbitral.

En primera instancia, el tribunal se consideró materialmente incompetente para conocer el pedido, absolviendo a R.

A impugnó la decisión ante el TRL. Por un lado, alegó error de hecho respecto a su insuficiencia económica. Para A, el tribunal de primera instancia consideró implícitamente no probado su desventajosa situación financiera. Por lo tanto, pidió que se considerara como probado «la situación de insuficiencia económica que se genera de un hecho que no le es imputable».

Por otro lado, A argumentó la imposibilidad de llevar el litigio ante un tribunal arbitral por falta de recursos económicos, de acuerdo con el art. 790 del Código Civil («CC»). Lo anterior se debe a que la denuncia o terminación del contrato generó una imposibilidad objetiva de cumplimiento del convenio arbitral.

Por estas dos razones, A consideró que estaba impedida de hacer valer su pretensión en un tribunal arbitral por insuficiencia de medios económicos. En consecuencia, existía una violación a su derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 20, n.º 1, de la Constitución portuguesa («Constitución»).

Sobre el último punto, A argumentó que existía un conflicto de derechos e intereses legalmente protegidos entre la autonomía privada y el acceso a los tribunales y a la justicia; los dos consagrados en la Constitución. En este conflicto, de acuerdo con A, se debería proteger el segundo y permitir que se

incumpla el convenio arbitral, permitiéndosele acceder a un tribunal nacional. A juicio de A, la imposibilidad de soportar los gastos del proceso arbitral conlleva a la inoponibilidad del convenio arbitral y, por consiguiente, a una excepción al deber de llevar el litigio ante un tribunal arbitral. Lo anterior, garantizaría el derecho de acceso a la justicia.

IV. MOTIVOS DE LA DECISIÓN

1. DE LA ALTERACIÓN DE LA MATERIA DE HECHO

El TRL consideró que, de conformidad con los arts. 634, n.º 4, 639, n.º 1, y 640, n.º 1 del Código de Proceso Civil («CPC»), en un recurso de apelación el recurrente debe especificar los hechos concretos de la decisión que considere equivocados, so pena de rechazo del recurso. Adicionalmente, debe aportar e individualizar los medios de prueba que considere necesarios para hacer valer su pretensión.

En esta comparación entre hechos probados y no probados, se debe especificar cuáles merecían una decisión diferente a la tomada por el tribunal. De acuerdo con el TRL, solo hay lugar a la apreciación de los hechos impugnados siempre y cuando tengan un efectivo interés para la decisión del recurso. Es decir, aquellos que son relevantes para la instrucción de la causa.

En el presente caso, la alteración de facto referida que pretendía A era un simple juicio conclusivo, y no un hecho concreto. El TRL estableció que aquellos juicios no tienen lugar en la vertiente fáctica de la decisión y, que, por lo tanto, estaban excluidos.

2. DE LA DECLARACIÓN DE INOPONIBILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

El TRL estableció que es aceptable el rechazo de la competencia del tribunal arbitral por parte de un tribunal ordinario cuando las reglas del proceso arbitral impidan a una parte, que está en insuficiencia económica, soportar los costos del arbitraje. En ese caso, el convenio arbitral sería inoponible y debe ser admitida la excepción de falta de competencia del tribunal arbitral.

Si no se presenta lo anterior, el tribunal ordinario deberá respetar el principio de competencia de los tribunales arbitrales para decidir su propia competencia. Mientras se decide lo anterior, los tribunales nacionales están impedidos de fallar sobre la causa.

Citando la decisión del 26 de abril de 2016 del STJ (Relatora: Ana Paula Boularot), el TRL afirmó que son los tribunales arbitrales quienes deben decidir si la debilidad económica de una de las partes legitima el incum-

plimiento del convenio arbitral, haciendo que se deba dirimir el litigio en sede de la jurisdicción ordinaria y declarando la incompetencia del tribunal arbitral.

En el presente caso, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional establece posibilidades de pago diferido y otras normas abiertas que abarcan situaciones de incapacidad económica de una de las partes para soportar los costos del arbitraje. Por lo tanto, a vista del TRL, el mencionado reglamento posee formas en que A puede acceder a la justicia arbitral, eliminando su posible situación de indefensión.

Adicionalmente, el TRL consideró que, en un contrato a término indefinido, una de las partes no puede alegar que, de ser denunciado o terminado el contrato, esta entraría en situación de debilidad económica. Lo anterior, crearía una carga irracional al denunciante. En este tipo de contratos, las partes deben tener presente que, aunque el término del mismo sea indefinido, la relación comercial es temporal, pudiendo una de las partes terminar el contrato en cualquier tiempo. La denuncia o terminación está, necesariamente, dentro de los riesgos propios del contrato. Sin que lo anterior signifique necesariamente que la parte afectada puede dejar de incumplir sus funciones. Por ende, no están cumplidos los supuestos establecidos en el art. 437 del CC para la aplicación de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

V. COMENTARIO

La sentencia que ahora comentamos trata de un tema que ha sido muy comentado en la doctrina portuguesa en el 2008/2009 a raíz de la sentencia n.º 311/2008 del Tribunal Constitucional portugués en el que se declara inconstitucional la declinatoria prevista en el art. 494, inciso j) del CPC portugués «*quando interpretada no sentido de considerar a exceção de violação de convenção de arbitragem opoável à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recai sobre uma conduta a que, eventualmente, seja de imputar essa situação*».

En Portugal han escrito sobre los efectos de la situación de insuficiencia económica de una parte en el convenio arbitral António Sampaio Caramelo¹, Francisco da Cunha Matos/Maria Beatriz Brito², Joaquim Shearman

1. «*Obrigatoriedade da Convenção de Arbitragem e Direito de Acesso à Justiça*», en *Direito da Arbitragem*, 2017, pp. 223-290.

2. Da Cunha, Matos, F., Brito, M^a. B., «*A superveniente insuficiência económica das partes como alegado fundamento de inoponibilidade da convenção de arbitragem*», en *Revista PLMJ Arbitragem*, n.º 1, 2.^a Edición, AAFDL, pp. 39-50.

de Macedo³, José Miguel Júdece⁴, Paula Costa e Silva⁵ y Pedro Metello de Nápoles⁶.

En lo que toca a la jurisprudencia portuguesa existen sentencias del Tribunal Constitucional⁷, del Supremo Tribunal de Justicia⁸ y de varios Tribunales de Apelación⁹ (en portugués *Tribunais da Relação*).

La pregunta que se plantea tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la siguiente: ¿si una parte, de forma sobrevenida, carece de medios económicos para costear un arbitraje puede acudir a la jurisdicción ordinaria?

El análisis común a todos los autores y jurisprudencia mencionada es ver en qué medida no permitir a la parte que carezca de medios económicos, acudir a la jurisdicción ordinaria significa una vulneración del acceso al derecho establecido en el art. 20 de la Constitución¹⁰, y este es el punto de análisis detallado de la sentencia que ahora comentamos, concluyendo que:

- a) es aceptable el rechazo de la competencia del tribunal arbitral por parte de un tribunal ordinario cuando las reglas del proceso arbitral impidan a una parte, que está en insuficiencia económica, soportar los costos del arbitraje, siendo en ese caso, el convenio arbitral inoponible;
- b) si no se presenta lo anterior, el tribunal ordinario deberá respetar el principio de competencia de los tribunales arbitrales para decidir su propia competencia, afirmando que son los tribunales arbitrales quienes deben

3. «*Sobre a Qualificação Civil da Incapacidade de Suportar os Custos do Processo Arbitral por uma das Partes*», en *Themis*, Ano IX, n.º 16, 2009, pp. 225-244.
4. «*Anotação ao Acórdão 311/08 do Tribunal Constitucional*», en *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 2, Almedina, 2010, pp. 161-190.
5. *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, AAFDL, 2020, pp. 99-101 y su traducción al español, *Perturbaciones en el cumplimiento de los negocios procesales*, Thomson Reuters, 2021, pp. 97-99.
6. «*Efeitos da Insolvência na Convenção de Arbitragem, Insuficiência Económica das Partes em Processo Arbitral*», en *V Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa* (Centro de Arbitragem Comercial), pp. 139-158.
7. La mencionada sentencia n.º 311/08, de 30 de mayo de 2008, proceso n.º 753/07.
8. Sentencia de 18 de enero de 2000, proceso n.º 99A1015; Sentencia de 24 de abril de 2016, proceso n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1;
9. Sentencia del *Tribunal da Relação* de Oporto de 24 de abril de 2001, proceso n.º 0120301; sentencia del *Tribunal da Relação* de Oporto de 3 de febrero de 2009, proceso n.º 0826756; sentencia del *Tribunal da Relação* de Lisboa de 2 de noviembre de 2010, proceso n.º 454/09.0TVLSB.L1-7; sentencia del *Tribunal da Relação* de Lisboa, de 22 de septiembre de 2015, proceso n.º 1212/14.5T8LSB.L1-7; sentencia del *Tribunal da Relação* de Guimarães, de 21 de febrero de 2019, proceso n.º 317/18.8T8PRT.G1; y sentencia del *Tribunal da Relação* de Lisboa, de 18 de junio de 2020, proceso n.º 3504/19.8T8FNC.L1-6.
10. «*A todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*».

decidir si la debilidad económica de una de las partes legitima el incumplimiento del convenio arbitral;

- c) con respecto a las reglas, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece posibilidades de pago diferido y otras normas abiertas que abarcan situaciones de incapacidad económica de una de las partes para soportar los costos del arbitraje.
- d) Por lo tanto, a vista del TRL, el mencionado reglamento posee formas en que una parte puede acceder a la justicia arbitral, eliminando su posible situación de indefensión.

Sucede, empero, que la solución al problema planteado no se da por terminada, sino que cierta jurisprudencia y doctrina, al concebir el convenio arbitral como un negocio jurídico procesal, buscará, además, reglas del Derecho civil que permitan «paralizar» la obligación que nace de dicho convenio.

En efecto, en esta sentencia se menciona lo decidido por el tribunal de primera instancia que falló lo siguiente: *«Apreciando a cláusula compromissória na sua vertente obrigacional, dispõe o artigo 790.º n.º 1 do Código Civil “a obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”, incumbindo à luz do artigo 342.º n.º 2 do mesmo diploma legal in casu à A. Alegar e provar que a obrigação se tornou impossível e que tal impossibilidade não lhe é imputável».*

El tribunal de apelación, a su vez, aplica las reglas del Derecho de las obligaciones sin indagar si éste es aplicable, entendiendo que no hay imposibilidad objetiva¹¹ ni alteración sobrevenida de las circunstancias¹². Todo lo analiza a la luz de un análisis sistemático tanto del convenio arbitral como del resto del contrato, como si la suerte de uno afectara la suerte de otro.

Esta forma de ver el convenio arbitral como un negocio jurídico procesal¹³ significa que, aunque se entienda que la falta de medios económicos no

11. Véase art. 790, n.º 1 del Código Civil portugués: *«A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor».*

12. Véase art. 437, n.º 1 del Código Civil portugués: *«Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato».*

13. Recientemente en Portugal Paula Costa e Silva escribió un libro en el cual planteó varias cuestiones sobre el incumplimiento de los negocios procesales de forma a traer al seno de la comunidad jurídica portuguesa una discusión doctrinaria y práctica. Véase, *Perturbações no Cumprimento dos Negócios Processuais*, AAFDL, 2020 y su traducción al español, *Perturbaciones en el cumplimiento de los negocios procesales*, Thomson Reuters, 2021. Véase en especial, Carlos Ferreira de Almeida, *«Convenção de Arbitragem: Conteúdo e Efeitos»*, en *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, 2008, p. 83 y José Lebre de Freitas, *«Algumas implicações da natureza da convenção da*

conlleva a una denegación del acceso a la justicia, la parte puede no cumplir con la obligación pactada si se encuentra en una imposibilidad objetiva o una alteración sobrevenida de las circunstancias¹⁴.

No cabe en este breve comentario entrar en la discusión de saber si el convenio arbitral es o no un negocio jurídico procesal, pero sí alertar al lector que en Portugal la doctrina y jurisprudencia: (i) analizan si la falta de medios económicos para costear el arbitraje conlleva a una denegación del derecho de acceso a la justicia; y (ii) basándose en la premisa de que el convenio arbitral es un negocio jurídico procesal, aplican reglas de derecho civil relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones como son la imposibilidad de cumplir y la alteración sobrevenida de las circunstancias. La sentencia que ahora hemos comentado es un claro ejemplo de la realidad portuguesa.

arbitragem», en *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, vol. II, 2002, págs. 625-629 y 640-641.

14. Véase Joaquin Shearman de Macedo, *op. cit.*, que analiza con bastante detalle cuál de las dos figuras se debe aplicar a la falta de medios económicos para costear el arbitraje.