

---

This is the **submitted version** of the journal article:

Sierra Noguero, Eliseo. «Ámbito de una cláusula de sumisión a arbitraje inserta en un contrato de fletamento». Anuario español de derecho internacional privado, Vol. 5 (2007), p. 580-584.

---

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/266931>

under the terms of the  <sup>IN</sup> COPYRIGHT license

## **ÁMBITO DE UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE INSERTA EN CONTRATOS DE FLETAMENTO Y DE SEGURO MARÍTIMO.**

**Observaciones:** Los hechos, de por sí confusos, que quedaron acreditados en las sentencias de instancia y que acepta el Tribunal Supremo son los siguientes: el buque "Seabank", de bandera de Honduras, cargó en el puerto de Victoria (República de las Seychelles) entre los días 8 y 16 de febrero de 1991 un cargamento de atún congelado de más de mil setecientas toneladas procedente de dos pesqueros españoles, con destino al puerto de Puebla de Caramiñal (La Coruña). El contrato de fletamento se había celebrado entre dos empresas fletadoras españolas, representadas por un corredor de fletes, y la empresa fletante del buque. Dicho buque se desvió de la ruta prevista y entró en el puerto de Aden (Yemen) donde los iraquíes se adjudicaron el control del buque y de su cargamento, en el momento de la invasión de Kuwait por Irak. Por ello, se produjo un confuso entramado de relaciones para escapar del embargo que la O.N.U. había impuesto a Irak, resultando la necesidad de contratar un buque sustituto, el "Praslin Reefer", para transportar aquel cargamento al puerto de destino, lo que produjo unos importantes gastos que fueron asumidos por las aseguradoras de mercancías de los fletadores y que fueron reclamados en la acción ejercitada ante el Juzgado de Ribeira (La Coruña) en base al art. 780 C. Com. contra el propietario, los armadores del buque, sociedades relacionadas con su explotación y el Club de protección e indemnización (en adelante, Club P&I) en que el buque "Seabank" estaba inscrito.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ribeira, mediante sentencia de 10 de octubre de 1994, condenó a las codemandadas, todas en situación de rebeldía procesal. El Club P&I se personó en segunda instancia y planteó recurso de apelación en el que alegaba, entre otros argumentos, la excepción de sumisión del litigio a arbitraje en Londres en virtud de la cláusula recogida en el contrato de fletamento y en el contrato de seguro marítimo P&I. La condena a los otros codemandados rebeldes adquirió firmeza. La Audiencia Provincial de La Coruña, mediante sentencia de 1 de julio de 1997, desestimó el recurso y confirmó en su integridad los pronunciamientos de la sentencia apelada, ante la que el Club P&I formuló recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, que casa y anula y, en su lugar, declara la falta de jurisdicción y la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en virtud del convenio arbitral en Londres del contrato de fletamento. De esta manera, el Tribunal Supremo confirma su doctrina conforme las aseguradoras de los fletadores quedan vinculadas por la cláusula de arbitraje que sus asegurados acordaron con el naviero cuando las aseguradoras se subrogan en sus derechos en virtud del pago de la indemnización. La justificación de esta doctrina es la siguiente: si el asegurador pudiera ejercer los derechos que corresponden a su asegurado, pero no viniese obligado por las cargas y obligaciones que condicionan el ejercicio de su derecho, se produciría la consecuencia injusta de poder invocar la aseguradora subrogada lo beneficioso con inmunidad en cambio frente a lo perjudicial (SSTS de 13 de octubre de 1993, RAJ 7514 y de 6 de febrero de 2003, RAJ 850). Además de estar contenida en el contrato de fletamento la cláusula arbitral, lo está en el contrato de seguro marítimo P&I, en el libro de reglas que constituyen su normativa privada que rige plenamente el seguro P&I. El Tribunal Supremo indica que debe aplicarse también al presente caso dicha cláusula, que excluye la jurisdicción española.

Al acogerse la excepción de jurisdicción, el Tribunal Supremo declara que no procede entrar en el estudio de los siguientes motivos del recurso de casación, aunque añade como *obiter dicta* que "ciertamente no sería aplicable la legislación española, ni en ningún caso cabría la acción directa que prevé el artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, ya que esta ley no se aplica al seguro marítimo (...), ni se contempla en el seguro P&I, ni existe en la legislación extranjera aplicable". Finalmente, el Tribunal Supremo indica que "la responsabilidad de la asegurada, que condiciona la de la aseguradora es más que discutible", aunque "queda incólume la sentencia (condenatoria) respecto a las demás partes", que se han mantenido en rebeldía durante todo el procedimiento español.

La "ratio decidendi" de la presente sentencia es la siguiente: el asegurador que se subroga en la posición del fletador está vinculado por el convenio arbitral del contrato de fletamento; también es oponible el convenio arbitral del contrato de seguro marítimo al asegurador que ejerce la acción directa frente al Club P&I del buque y se admite una excepción de sumisión a arbitraje formulada en un recurso de apelación. Sin embargo, ni la decisión, ni los argumentos utilizados han convencido a la totalidad de la doctrina, que ha recibido en general críticamente la solución dada (*vid.* Linaza Lacalle, J.: "La acción directa en el seguro de protección e indemnización", *Diario La Ley*, núm. 5890, de 11 de noviembre de 2003, pp. 1-13; Sierra Noguero, E.: "Consideraciones sobre la acción directa frente al Club de protección e indemnización en España", *ADM*, XXI, 2004, pp. 373-405 y "El convenio arbitral y de ley aplicable en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros en Derecho español e inglés", *RDM*, nº 256, abril-junio 2005, pp. 643-672, entre otros. En cambio, Albors Méndez, E. y Portales Rodríguez, J.: "La acción directa en el seguro de protección e indemnización (P&I). Comentario a la sentencia del tribunal supremo

de 3 de julio de 2003”, *Diario La Ley*, núm. 5850, de 16 de septiembre de 2003, pp. 1-21 y, en una versión más reducida del último autor, en *Tribuna Profesional ANAVE*, diciembre 2003, nº 421, pp. 1-4).

1. La cláusula arbitral del contrato de fletamento es, en nuestra opinión, el mayor inconveniente que ha de encontrar la aseguradora subrogada en la posición del fletador para reclamar en España al fletante a causa del liberalismo de la jurisprudencia actual, tan alejado del imperialismo jurisdiccional antes predominante que negaba validez a este tipo de convenios. En concreto, en España, la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo tendía a no aceptar los convenios arbitrales en general y considerar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros dictados al efecto como contraria al interés público. Sin embargo, con la entrada en vigor el 10 de agosto de 1977 del Convenio de Nueva York de 1958, resultó preceptivo un cambio de opinión jurisprudencial. Precisamente, una cláusula de sumisión a arbitraje contenida en una de las pólizas-tipo emblemáticas de los fletamentos por viaje, el formulario Gencon, versión 1976, facilitó la reforma de la posición del Tribunal Supremo a propósito de la demanda de reconocimiento y ejecución de un laudo inglés de condena de una empresa española. En particular, entre la casa armadora y propietaria del buque, de nacionalidad finlandesa, se convino con el fletador, de nacionalidad española, el fletamento de un buque con objeto de transportar pescado congelado hasta Finlandia, estableciéndose una cláusula penal por cada día de retraso en la entrega de la mercancía. La compañía española se retrasó en setenta días, ante lo cual, de acuerdo con la cláusula de sumisión a arbitraje en Londres de la póliza de fletamento, se dirimió la cuestión ante el árbitro único y de conformidad con la Ley de arbitraje inglés entonces vigente. En febrero de 1981, el Tribunal Supremo, mediante Auto, aceptó el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral inglés así dictado, dándose así el primer paso hacia el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y la incorporación efectiva en España de los mecanismos del arbitraje comercial internacional (Verdera y Tuells, E.: "Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial", *RCEA*, vol. X, 1994, p. 537). El Tribunal Supremo ha confirmado sucesivamente este cambio de opinión. Así, es reiterada su posición favorable al reconocimiento y ejecución de la validez de los convenios arbitrales contenidos en contratos de fletamento internacional, siempre y cuando el proceso haya cumplido las garantías esenciales (principios de igualdad, audiencia y contradicción) (Sierra Noguero, E.: *El contrato de fletamento por viaje*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 81-92). Sin embargo, en el presente caso, al menos, a la vista de las circunstancias que resultan de los antecedentes de hecho, debe discutirse la operatividad de esta cláusula de la póliza de fletamento. Fundamentalmente, porque conduce a un resultado que no es coherente: no beneficia al fletante que pactó el arbitraje, pero que no defiende su aplicación y que es condenado en rebeldía en España, pero sí a su Club P&I, que no es parte de este convenio arbitral. Quizá por estas dificultades, el Tribunal Supremo fundamenta también la falta de jurisdicción en el convenio arbitral contenido en el seguro P&I.

2. El intérprete de la sentencia reseñada echa en falta una mayor explicación del Tribunal Supremo de la razón por la cual considera que el convenio arbitral del seguro P&I pactado inter-partes es oponible a un tercero al contrato. El Alto Tribunal quizá considera que si los términos del contrato de seguro contienen un convenio arbitral, cualquier persona que pretenda la indemnización de seguro debe aceptar también esta condición. Sin embargo, el convenio arbitral tiene unos requisitos de validez fijados en la legislación que, en este caso, no cumple el tercero que ejercita una acción directa frente al Club P&I.

En primer lugar, mientras el acceso a los jueces y tribunales es un derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, el recurso al arbitraje es consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad (Caballol Angelats, L.: *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, Barcelona, pp. 44-45), lo que lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (SSTC 259/1993, de 20 de julio y 176/1996, de 11 de noviembre, entre otras). De manera que por cuanto puede interpretarse como una excepción a la general sumisión a la jurisdicción estatal, es imprescindible que quede acreditada la voluntad de las partes en someterse a arbitraje. Aunque la moderna normativa tiende a ser más tolerante en las formalidades exigidas al convenio arbitral (Calvo Caravaca, L. A. y Fernández de la Gandara, L.: *El arbitraje comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 64), el sometimiento de las controversias pasadas, presentes o futuras a arbitraje requiere el consentimiento de las partes.

En segundo lugar, los contratantes del convenio arbitral no pueden imponer el arbitraje a los terceros que no hayan dado su consentimiento en obligarse, pues para los terceros el convenio arbitral es un asunto hecho entre otros (res inter alios acta) que no les vincula (Reglero Campos, L. F.: *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 133, entre otros autores).

En tercer lugar, las aseguradoras de la carga no se subrogan en el contrato de seguro del naviero y el Club P&I, por lo que tampoco les resultaría oponible el convenio arbitral del seguro P&I por vía subrogatoria.

En cuarto lugar, también puede plantearse la aplicación del mandato de inmunidad del artículo 76 LCS a las excepciones personales que el Club P&I tenga con el naviero y que no son oponibles al tercero que reclama.

En quinto lugar, en el ámbito comunitario, el Convenio de Bruselas de 1968, tras la ratificación de Gran Bretaña y otros países en 1978, incorporó un nuevo precepto, precisamente en materia de convenios atributivos de competencia en los seguros marítimos, entre ellos en los de "responsabilidad resultante de la utilización o la explotación de buques" (arts. 12 bis Convenio de Bruselas y 14 Reglamento 44/2001). Fundamentalmente, la reforma refuerza la validez del convenio atributivo de competencia en los seguros marítimos en general y seguros P&I en particular. Sin embargo, la posición jurídica de los terceros no queda afectada por el pacto sumisorio celebrado entre el Club de P&I y el naviero. Cuando éste desea contratar una cobertura de seguro P&I, se adhiere a las reglas que dispone el Club P&I para sus contratos de seguro; entre ellas, como hemos visto, de forma predispuesta en las condiciones generales figura la de sumisión a tribunales judiciales o arbitrales del lugar donde el Club tiene sus intereses principales. Pero se trata de un convenio atributivo de competencia de eficacia limitada al asegurado y al asegurador. La reforma introducida en 1978 no ha supuesto más que el reconocimiento de la validez inter partes del pacto sumisorio. No puede entenderse tan extensivamente que derogue el principio general de acumulación de acciones frente al asegurado y su asegurador de responsabilidad civil en el mismo foro o a extender el alcance subjetivo de la cláusula arbitral. En efecto, si se mantiene que el producto de seguro que ofrece el Club P&I, como así defendemos, es un contrato de seguro de responsabilidad civil, por aplicación de la conexidad de acciones, la competencia en materia de acción directa corresponde al tribunal que conozca de la acción entablada contra el naviero. En otras palabras, serán competentes los tribunales españoles si lo son para conocer de la acción que el tercero perjudicado plantee frente al naviero. La competencia en materia de acción directa corre así paralela a la competencia de la acción entablada contra el naviero y presunto responsable del daño. El art. 10 del Convenio de Bruselas de 1968 y el art. 11 del Reglamento CE/44/2001 disponen que "el asegurador de responsabilidad civil podrá ser demandado ante el Tribunal que conociere de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este tribunal lo permitiere". En efecto, estas normas de competencia judicial internacional no reconocen la acción directa; es una decisión de cada Estado reconocer o no al perjudicado esta clase de acción, pero cuando disponga legalmente de legitimación activa, el tribunal competente es el que conoce de la acción frente al asegurado. Determinar si la ley española reconoce o no la acción directa frente al asegurador marítimo admite diversas interpretaciones a la vista de nuestro ordenamiento jurídico. Si el Tribunal Supremo considera que la acción directa no es viable en los seguros marítimos, pues no se recoge en el Código de Comercio, ni tampoco la LCS es aplicable supletoriamente a este tipo de seguros o por otra razón, entonces hubiese bastado con declarar inviable la acción directa contra el Club, y no negar el derecho por oponibilidad de una cláusula de arbitraje del seguro P&I.

3. Finalmente, la admisión de una excepción de sumisión a arbitraje formulada en un recurso de apelación admite también discusión. La aseguradora de tipo mutual, en el momento de personarse en el proceso, aun en segunda instancia, propuso la excepción de sumisión a arbitraje. El Tribunal Supremo indica que "la jurisprudencia de esta Sala sobre el momento procesal oportuno para proponer la excepción de sumisión a arbitraje en el juicio de menor cuantía, fundada en la interpretación rígida de la expresión <cualquier actividad procesal> del artículo 11 de la Ley de arbitraje de 1988 y traducida en que no se entendía propuesta adecuadamente si el demandado, además, se oponía a la demanda sobre el fondo, empezó a evolucionar hacia una mayor flexibilidad a partir de la sentencia de 18 de abril de 1998 para, ya en el año 1999, acabar consolidándose la doctrina de que, dada la amplitud del entonces vigente art. 687 LEC 1881, nada impedía al demandado proponer dicha excepción y, en el mismo escrito, contestar a la demanda en el fondo para el caso de que aquella no fuera estimada". Sin embargo, esta jurisprudencia no parece aplicable a este caso, porque el Club P&I no presentó una contestación a la demanda y sí un recurso de apelación. En el fondo de la cuestión, late la rebeldía procesal que mantuvieron todas las codemandadas en la primera instancia y la situación anómala que supone admitir una excepción de arbitraje planteada en un recurso de apelación de un codemandado rebelde. Resulta, en efecto, muy discutible, que el Tribunal Supremo ampare conductas de rebeldía procesal y no considere precluido el derecho a plantear la excepción de arbitraje por parte del Club P&I. En efecto, para los demandados rebeldes (en este caso, el fletante y su Club P&I) precluye, con arreglo al avance del procedimiento, las expectativas procesales que se abrieron a su favor en el momento de contestar la demanda, entre ellas plantear la excepción de arbitraje. El litigante rebelde a quien fue notificada personalmente la sentencia definitiva sólo podría utilizar contra ella el recurso de apelación que, de acuerdo con el brocardo latino *tantum appellatum quantum devolutum*, sólo puede versar sobre la pretensiones oportunamente deducidas en la primera instancia. La anterior regla significa que no son objeto de apelación los extremos consentidos por las partes, mas que por razones de congruencia, por quedar amparadas en la fuerza de la

cosa juzgada. En conclusión, entendemos que por una inactividad sólo al demandado imputable, el Club P&I no debería haber podido utilizar, ni serle admitida, una expectativa procesal a la cual renunció al no plantear la excepción en el momento procesal oportuno. **Eliseo Sierra Noguero**