

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación  
Instituto Universitario de Estudios Europeos  
Universidad CEU San Pablo  
Madrid**

**Arbitraje  
Revista de arbitraje  
comercial y de  
inversiones**

**volumen VI**

**2013 (2)**

***Iprolex*, S.L.**

## NOTA

1. La relevancia del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 2012 (el “Auto”) viene dada, en lo esencial, por el análisis que se realiza sobre la validez de un convenio arbitral en el que se dan las siguientes circunstancias: 1) el convenio establece la elección de una persona jurídica como árbitro y 2) el convenio arbitral se ha celebrado en el marco de las condiciones generales de un contrato de adhesión.

Según el Auto, cualquiera de los dos elementos son suficientes de por sí, para causar la nulidad de semejante acuerdo arbitral. Afirmación de carácter absoluto que requiere determinadas precisiones.

2. En referencia a la primera de estas circunstancias, resulta claro que la designación de una persona jurídica como árbitro, concretamente un órgano interno de una de las partes, constituye una patología de la cláusula arbitral. Este nombramiento contraviene frontalmente lo establecido en el art. 13 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (LA), según el cual, los árbitros como elemento básico para ser nombrados, han de ser “personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derecho civiles”. Además, también resultarían vulnerados, como establece acertadamente el Auto, los arts. 15 y 17 LA, referidos al principio de igualdad en el procedimiento para la designación de los árbitros, y a los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros, respectivamente.

La independencia e imparcialidad de los árbitros son elementos inherentes a toda función enjuiciadora; la doctrina los reconoce como el principal deber del árbitro, tanto en arbitrajes nacionales como internacionales y no sólo respecto de las partes, sino de la propia controversia que se les somete. Por ello, las principales leyes y reglas de arbitraje requieren que la persona designada como árbitro rechace de *motu proprio* su nombramiento si se considera dependiente o parcial. La LA no es ajena a estos principios, como hemos mencionado, y no cabe dudas de que estas circunstancias no son predicables respecto de una persona jurídica, menos aún si esta constituye un órgano interno de una de las partes en conflicto.

Sin embargo, resulta cuestionable que la incorrecta elección del árbitro determine, por sí sola, que la cláusula arbitral devenga en su totalidad “nula de pleno derecho” como establece el Auto la Audiencia Provincial de Barcelona que aquí analizamos.

Aunque a primera vista nos inclinemos por sustentar la nulidad, lo cierto es que la designación o nombramiento de los árbitros no constituye un elemento esencial del convenio arbitral y por tanto, difícilmente determina la total invalidez del convenio si concurre la voluntad de las partes de someter su controversia a arbitraje y se cumplen los demás requisitos legales del pacto arbitral. Las incorrecciones en el nombramiento pueden ser suplidas por otros mecanismos, ya sean acordados por las partes o establecidos en la ley. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia de nuestros tribunales (*Cf. CIAMEN, Jurisprudencia española de arbitraje, 2013*), concretamente la SAP Sevilla 5ª de 26 de enero de 2011, nº 174, estableció que:

“No obstante el antiformalismo de la LA, el convenio debe ser redactado por escrito, de manera sencilla y sin formalidades especiales, debiendo contener necesariamente los siguiente elementos: La identificación de las partes, la expresión de su voluntad de someterse a arbitraje, y la determinación de la relación jurídica singular. Las demás condiciones son facultativas, y su omisión no es invalidante, pudiendo ser incluidas en acuerdos complementarios o suplidas del modo legalmente previsto (v. *gr.*, la clase de arbitraje, el nombramiento de árbitros, plazo, lugar, normas de procedimiento, etc...).”

La propia LA contiene los elementos y principios suficientes en su art. 15 para establecer un proceso adecuado de elección de árbitro en caso de falta de elección de las partes, o cuando esta sea errónea. En tal sentido, la STSJ Castilla y León CP 1ª 24 noviembre 2011 (*ibíd.*, nº210).

Por otra parte, también puede suceder que una adecuada exploración de la voluntad de las partes permita concluir que tal designación de una persona jurídica como árbitro sea realmente como autoridad nominativa de una persona física, ya sea por remisión a los reglamentos internos o porque se haya querido que fuese el administrador de la persona jurídica quien desempeñase el encargo arbitral. Aunque tales opciones no parecen ser aplicables al convenio arbitral analizado en el Auto.

Tampoco son elementos suficientes por sí mismos para entender que el convenio arbitral es inválido en su totalidad, el hecho de que no exista la institución nominativa designada por las partes, o que el convenio arbitral contemple el nombramiento de un número par de árbitros (contraviniendo la “imparidad” que establece el art. 12 LA). En ambos casos, al igual que cuando se designa a una persona jurídica como árbitro, el pacto solo sería parcialmente nulo, sin que se vea afectada la totalidad de la cláusula arbitral. En tales supuestos debemos decantarnos por la prevalencia del principio de conservación del acuerdo arbitral que protege la validez y eficacia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje (*ibíd.* nº119, SAP Cantabria de 9 de septiembre de 1993).

Otra cosa muy distinta es que el convenio arbitral carezca de uno de sus elementos esenciales, como la ya mencionada voluntad de las partes. Según el Auto, en ello ha incidido directamente el hecho cierto y probado de que el acuerdo arbitral viniese contenido en un contrato de adhesión, concretamente en uno de franquicia. Esta es la segunda circunstancia analizada en el Auto para establecer definitivamente la nulidad absoluta del acuerdo arbitral. Y es que la voluntad de las partes de someter su controversia a arbitraje (art. 5 LA), constituye precisamente la esencia y fundamento de la institución arbitral, legitimando la actuación del árbitro.

Cuando el convenio arbitral se encuentra incorporado en un contrato de adhesión, el art. 9.2 LA remite la validez e interpretación del acuerdo arbitral a “las normas aplicables a este tipo de contrato”, habiéndolas fijado el Auto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y en el art. 54.2º LEC.

3. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la mera existencia de un contrato de adhesión que prevea un acuerdo arbitral, no determina la nulidad de este último. La propia Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 11 marzo 2009 (*ibíd.* nº 276), ya había establecido que:

“Un convenio arbitral no es nulo por el mero hecho de estar contenido en un contrato de adhesión (si es que el contrato de franquicia examinado lo es efectivamente, sobre lo que no tenemos prueba alguna), y en todo caso no se ofrecen razones para estimar su carácter abusivo (una cláusula de sumisión a arbitraje no es *per se* abusiva).”

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la mayor dificultad para apreciar el carácter abusivo de la cláusula arbitral respecto de quien no es consumidor en el sentido que apunta la Directiva 93/13 CEE, la LGDCU, o la LCGC y de quien no cabe predicar una posición negocial inferior o más débil de la que pueda prevalecerse o aprovecharse la otra parte (ATS 1ª 28 noviembre 2000 (*ibíd.*, nº 1259)).

En el presente caso no sólo se trata de un acuerdo arbitral realizado en serie por una empresa dominante y con total ausencia de negociación individual, sino que el nombramiento del árbitro también es claramente perjudicial para la parte más débil, produciéndose un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Es la conjunción de ambas circunstancias lo que determina la nulidad total del convenio arbitral.

**Enrique LINARES RODRÍGUEZ**

Becario predoctoral de investigación  
Universidad Complutense de Madrid

**Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona  
(Sección Decimoséptima) nº 159/2012,  
de 28 de septiembre de 2012**

**Ponente:** Ilma. Sra. María Sanahuja Buenaventura.

**Partes:** *Transjaki 2006, S.L. / Fitman, S.A. y Valles Pont, S.L.*

**Fuente:** JUR\2012\394422.

**Normas aplicadas:** Arts. 13, 15, 17 y 24 LA.

**Declinatoria arbitral: improcedencia.– Contrato que incluye cláusula arbitral no vigente.– Nombramiento de árbitro que no es una persona física.– Sumisión a arbitraje contenida en contrato de adhesión.**

*Resulta evidente que el pacto trigésimocuarto contraviene lo establecido en la Ley de Arbitraje [...] un órgano interno de una de las partes no cumple con los requisitos legales pues se exige que los árbitros sean personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 13 LA); que el procedimiento para la designación de los árbitros que establezcan las partes ha de respetar el principio de igualdad (art. 15 LA); y que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial” (art. 17.1º LA). Lo anterior ya comportaría la nulidad de la cláusula [...]. Pero [...] el convenio suscrito por las partes [...] es un contrato de adhesión, es el contrato–tipo que utiliza Fitman con toda su red de franquiciados, redactando esta íntegramente todas sus cláusulas, y por ello en estas resoluciones lo analizan aplicando la LCGC.*

PRIMERO: Invocando el art. 1101 Cc, Transjaki 2006, S.L. interpuso demanda contra Fitman, S.A., titular de la marca M.R.W., en reclamación de la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la demandada, conforme al contrato de franquicia firmado por ambas el 1 septiembre 2006.

Fitman, S.A. planteó declinatoria por falta de jurisdicción al estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje conforme a lo estipulado en el pacto trigésimocuarto del contrato suscrito por las partes, y solicitó que se dicte auto por el que, estimándola, se abstenga de conocer y ponga fin al proceso, con remisión de las partes al arbitraje y, subsidiariamente, a los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, por ser esa la voluntad de las partes. A esta petición se adhirieron el Ministerio Fiscal y la codemandada Vallès pont, S.L.

La demandante se opuso alegando que conforme a lo establecido en el art. 64 LEC únicamente es posible discutir si hay o no declinatoria pero no si hay sumisión a arbitraje, porque el contrato suscrito ya no está vigente por haber vendido la actora su franquicia el 5 de julio de 2008 a Via Gluk Serveis, S.L., y por tanto, el pacto de sumisión a arbitraje ya no tiene validez. Además indica que fue intentado con las demandadas un acto de conciliación que es como un intento de arbitraje. Subsidiariamente, invoca el art. 54.2º LEC indicando que como estamos ante un contrato de adhesión, no es válida la sumisión expresa fijada en el mismo.

El Auto de instancia razona:

“El pacto trigésimocuarto del contrato establece “las partes acuerdan que para cualquier discrepancia que surja en relación con las obligaciones de cada parte derivadas de este contrato o en la interpretación, cumplimiento, incumplimiento y ejecución de cualesquiera estipulaciones del mismo, si no se soluciona por mutuo acuerdo, será resuelta, por arbitraje a petición de cualquiera de las partes mediante comunicación escrita a la otra”.

Asimismo dicho pacto establece que de mutuo acuerdo, nombran como árbitro único a la Secretaría del Comité de Ética y Arbitraje de la marca M.R.W, el cual decidirá con arreglo a la equidad y que dicho pacto se considera a todos los efectos como convenio arbitral, inequívoco y firme, obligándose expresamente las partes a estar y pasar por lo estipulado y por el laudo que en su día se dictare y cumplir la decisión arbitral, sin posibilidad de acceso a la vía judicial, salvo en los expresos supuestos que específicamente prevé la Ley Especial de Arbitraje.

Y, por último, también establece que a los solos efectos de la formalización judicial del arbitraje, en su caso, o de cualquier cuestión que las partes detentaren se someten expresamente a la jurisdicción y competencia exclusiva de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, con renuncia, asimismo expresa, a la invocación de cualesquiera otra jurisdicción material o competencia territorial que les pudiere acontecer.

Y, es evidente, que el acto de conciliación celebrado (...) no puede ser equiparado a haberse sometido la cuestión de autos a arbitraje.

En estas circunstancias, ambas partes manifestaron su voluntad inequívoca de someter la solución de las cuestiones litigiosas a la decisión de los árbitros así como de obligarse a cumplirla y la cláusula en cuestión contiene dos pactos, uno de arbitraje propiamente dicho y otro de sumisión territorial expresa ex art. 56 LEC que aparecen articulados por el principio de subsidiariedad, por lo que debe estimarse la declinatoria por sujeción de la cuestión litigiosa a arbitraje, sin que proceda condena en costas a ninguna de las partes por existir serias dudas de derecho.”

SEGUNDO: Transjaki 2006, S.L. fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

– Vulneración del art. 63 LEC. El Comité de Ética y Arbitraje de la sociedad demandada no resolvió nada cuando le fue planteado el problema. La cláusula de sumisión es nula de pleno derecho según lo establecido en la ley de Arbitraje, pues contraviene lo establecido en los arts. 13, 17 y 24 de dicha ley, ya que el Comité de Ética y Arbitraje de la marca M.R.W no es una persona física como exige la ley, y es un órgano interno de la codemandada Fitman, S.A. por lo que no es ni independiente, ni imparcial como exige la ley. Reitera que el pacto de sumisión a arbitraje ya no tiene validez a causa de la falta de vigencia del contrato, y que la conciliación ya fue como un intento de arbitraje

– Vulneración del art. 54 LEC que establece que “No será válida la sumisión expresa en contratos de adhesión”. Y señala que el hecho de que es un contrato de adhesión consta reconocido en la sentencia dictada por la AP de Barcelona el 20 enero 2011 en un procedimiento entre las mismas partes vinculadas por el contrato.

TERCERO: En primer lugar, señalar que resulta evidente que el pacto triegésimocuarto contraviene lo establecido en la Ley de Arbitraje. En concreto los artículos invocados por el recurrente puesto que un órgano interno de una de las partes no cumple con los requisitos legales pues se exige que los árbitros sean personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 13 LA); que el procedimiento para la designación de los árbitros que establezcan las partes ha de respetar el principio de igualdad (art. 15 LA); y que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial” (art. 17.1º LA).

Lo anterior ya comportaría la nulidad de la cláusula triegésimocuarta, y dejaría el arbitraje pactado sin procedimiento para la designación de árbitro.

Pero, como indica la recurrente, como ya se afirmó tanto en la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia nº 6 de L'Hospitalet de Llobregat, como por la de la Sección 16 de esta Audiencia Provincial (...), el convenio suscrito por las partes el 1 septiembre 2006, por virtud del cual Transjaki se convirtió en la franquicia nº 678 de Fitman, titular de la marca MRW, es un contrato de adhesión, es el contrato-tipo que utiliza Fitman con toda su red de franquiciados, redactando ésta íntegramente todas sus cláusulas, y por ello en estas resoluciones lo analizan aplicando la LCGC.

Y lo anterior conduce a la aplicación de lo establecido en el art. 54.2º LEC que indica que “no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes”.

Por tanto, debe declararse que el pacto de sumisión expresa a arbitraje invocado en la declinatoria no es válido, lo que comporta la desestimación de la declinatoria, siendo competente el juzgado que dictó la resolución recurrida, puesto que tampoco es válida, conforme al propio art. 54.2º LEC, la sumisión expresa a los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona.

CUARTO: Por todo lo anterior, debe ser estimado el recurso planteado, revocada la resolución recurrida, sin condena en costas del recurso al recurrente (art. 394.1º y 398.1º LEC).