

Procesal y Arbitraje

# Cuestiones sobre el convenio arbitral pactado en un contrato de seguro por grandes riesgos

Se examinan tanto la validez del convenio arbitral, en especial cuando se trata de un seguro por grandes riesgos, como la posibilidad de que las cuestiones relativas a su nulidad o ejecutabilidad sean examinadas por el juez al decidir una declinatoria por sumisión a arbitraje.

## FAUSTINO CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección Primera, núm. 121/2021, de 2 julio (JUR 2021\396859), resuelve, desestimándolo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente al auto de primera instancia que había estimado la excepción de sumisión a arbitraje pactada en un contrato de seguro por grandes riesgos. Los motivos en que se fundamentó el recurso plantean diversas cuestiones de interés, algunas de las cuales paso a exponer a continuación.
2. La primera de ellas es la validez misma de la cláusula de sumisión a arbitraje. La sociedad recurrente (asegurada) invocó su nulidad

por infringir la norma imperativa del artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), que establece que «[s]erá juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario». La discrepancia con el auto de primera instancia recurrido, que se somete a la decisión de la Audiencia, deriva de que esta resolución había excluido la aplicación imperativa de la Ley de Contrato de Seguro, prevista en su artículo 2, así como el propio artículo 24 citado, a la vista de lo dispuesto en el artículo 44 de la misma ley, que inaplica tal mandato imperativo a los seguros de grandes riesgos, cuya calificación como

tal, en el caso, no había sido cuestionada; y, en cambio, en opinión de la recurrente, el carácter imperativo del artículo 24 mencionado no desaparece cuando se trata de un seguro de grandes riesgos, porque tal carácter (de norma imperativa) no deriva del artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro, sino del artículo 52.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), norma de orden público que establece en todo caso la competencia del tribunal del domicilio del asegurado.

La decisión de la Audiencia parte de que la elección del arbitraje como sistema de resolución de conflictos supone la renuncia a la jurisdicción estatal. Y, si la jurisdicción civil no debe operar en los casos en que se ha pactado una cláusula arbitral, resultará que no es aplicable el artículo 52.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): este precepto, «del que no se discute su carácter de orden público que pretende el recurso, determina el criterio de competencia territorial de los juzgados españoles, en aquellos asuntos que queden sometidos a dicha jurisdicción. Pero precisamente, en este caso y por la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, han excluido voluntariamente la jurisdicción de los tribunales españoles, por lo que no resulta[n] de aplicación las normas de dicha jurisdicción para determinar el tribunal competente, ante un asunto frente al que no pueden ejercer jurisdicción, como igualmente ocurr[ir]ía ante un asunto cuyo conocimiento correspondiera a la jurisdicción de los tribunales de otro país». Y, si ello es así, habrá que acudir a la legislación en materia de seguros y, conforme a ella, no resultará aplicable el carácter imperativo previsto en el artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro, ni por ende su artículo 24, a los contratos de seguros de grandes riesgos por disponerlo así el artículo 44 del mismo texto legal, que establece lo siguiente: «No será de aplicación a

los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma».

En consecuencia, al tratarse de una materia de libre disposición, es clara la posibilidad de las partes de optar por el arbitraje en el ámbito que nos ocupa, y así lo dispone expresamente el artículo 97.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que prevé la posibilidad de sumisión a arbitraje con carácter general en este ámbito.

3. La segunda cuestión que se plantea es si, dada la naturaleza del contrato de que se trata (contrato de seguro por grandes riesgos), existen limitaciones en otras leyes para incorporarle un convenio arbitral. Excluidas las que puedan venir impuestas por la legislación protectora de los consumidores (véase el art. 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) porque no fue discutido por las partes que ninguna de ellas tenía tal condición, el debate se centra en si son aplicables las previstas para los contratos de adhesión.

A juicio del apelante, el auto recurrido en apelación confunde los conceptos de consumidor y adherente: la cláusula de arbitraje se ubica dentro del apartado de las condiciones generales de la póliza, predispuestas por la aseguradora demandada y que se corresponden con un modelo predeterminado al que sólo cabe adherirse sin poder ser negociado su contenido; por tanto, la póliza es un contrato de adhesión en el que el apelante tiene la condición de adherente y el hecho de que no sea consumidor no quiere decir que no quede amparado por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se aplica a todos los adherentes, aunque no sean consumidores. Por ello, el

convenio arbitral infringe el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por contener un pacto de sumisión expresa en un contrato de adhesión con condiciones generales.

Ciertamente, al no tener las partes la condición de consumidores, la validez del convenio arbitral sólo puede ser enjuiciada al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (véase, por ejemplo, el AAP de Ourense 176/2020, de 16 de diciembre). Pero la Audiencia rechaza la argumentación del recurrente. En primer lugar, niega la mayor: insistiendo en que se trata de un contrato de seguro por grandes riesgos (cuya calificación como tal tampoco había sido discutida), considera aplicable la doctrina jurisprudencial que entiende que en tales casos existe una presunción del plano de igualdad en que se encuentran ambas partes para la contratación, pese a que se pueda partir de un modelo contractual que pueda tener la aseguradora (véase la STS 78/2014, de 3 de marzo, RJ 2014\2508). Y, en segundo lugar, aprecia que, a la vista de la prueba practicada, no existe base para desvirtuar tal presunción porque en el caso no ha existido imposibilidad de negociación del contenido, sino que, por el contrario, concurren datos que permiten concluir la existencia de tal negociación entre las partes con carácter previo a la contratación: «... atendiendo a la intervención mediante asesoramiento profesional de MASA, en la contratación, la acreditación de inclusión por su parte de condiciones de contratación, así como la opción de acomodación de la póliza a la anterior concertada, puede concluirse que la aceptación de MASA del clausulado, incluyendo el condicionado general, lo fue en la libertad de contratación con la que concurre en la contratación, dentro del plano de igualdad en que se encuentra, sin que le fuera impuesto, dicho contenido, ratificando la valoración de

la instancia, sobre no encontrarnos ante un contrato de adhesión».

4. En el último motivo del recurso alega el recurrente que la cláusula de sumisión a arbitraje es inejecutable por tratarse de una «cláusula patológica», dado su contenido vago e impreciso, porque no identifica los tipos de disputa que se someten a arbitraje ni indica la ley aplicable al propio convenio ni tampoco la corte de arbitraje competente. Esta alegación plantea dos cuestiones, que la Audiencia entra a analizar: a) si efectivamente el órgano judicial puede examinar la alegación de inejecutabilidad del convenio arbitral formulada, y b) el concepto mismo de *cláusula arbitral patológica* y su aplicación al caso:

- a) Con respecto a la primera de ellas, el juez de primera instancia consideró que, conforme al artículo 22 de la Ley de Arbitraje, corresponde a los árbitros pronunciarse sobre la validez del convenio (principio *kompetenz-kompetenz*) y, en consecuencia, no entró a valorar la alegación del recurrente. La Audiencia, sin embargo, no comparte tal criterio, considerando que tal principio debe interpretarse en los términos fijados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio del 2017 (RJ 2017\3021), que aplica la «tesis débil» del convenio, conforme a la cual «el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio». A esta cuestión

ya me referí en una nota anterior, por lo que no me detendré en ella.

- b) La consecuencia de la aplicación de la referida interpretación es que la Audiencia procedió la valoración sobre la inejecutabilidad del convenio arbitral alegada por el recurrente, alcanzando la conclusión de que «[n]o se comparte la valoración del recurso, sobre el carácter inejecutable del convenio, en base a la consideración del mismo como cláusula arbitral patológica».

Considera la Audiencia que la concurrencia de patologías en la cláusula, es decir, defectos, imperfecciones o deficiencias en su redacción que impiden el correcto y normal desarrollo del arbitraje, no necesariamente supone su ineficacia o invalidez. Estas cláusulas deberán ser analizadas caso por caso por el árbitro —o, en su caso, por el juez— que conoce de la divergencia, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, para determinar su eficacia y aplicación a la solución de la controversia en el caso concreto, ya que «no se cuestiona su existencia o validez, sino su aplicabilidad por la posible falta de evidencia por la misma de la voluntad expresa e inequívoca de la partes de someterse a arbitraje o por contener elementos que la hagan inaplicable, refiriéndose el control judicial sobre la validez del convenio a estos extremos».

Pues bien, esta supervisión judicial —o por el árbitro— debe realizarse teniendo en cuenta el principio de conservación del acuerdo de arbitraje o *favor arbitralis*. «La doctrina

—dice la Audiencia— es clara en este sentido, pues se determina que, al interpretar un convenio arbitral patológico, se debe entender que desde el momento en que las partes incluyeron una cláusula arbitral en su contrato, los jueces deben presumir que su intención es acudir al arbitraje, por lo que deberán respetar el sometimiento convencional de las partes a este método de resolución de conflictos». En este sentido, el principio *favor arbitralis* «supone que una cláusula que cuente con deficiencias debe ser interpretada a favor de la aplicación del procedimiento arbitral, superando cualquier deficiencia en cuanto a redacción o contenido». Como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio del 2007 (RJ 2007\5586), «una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral».

Y, en el caso, «es clara la voluntad de las partes de someter la resolución de controversias al arbitraje» y las alegaciones de inejecutabilidad del convenio alegadas, por aplicación del principio *favor arbitralis* antes indicado, no invalidan el convenio: «Resulta evidente —concluye la Audiencia— la voluntad de las partes de someterse al arbitraje en Londres ante las instituciones o cortes arbitrales de dicha ciudad, que serán las competentes para la resolución de los conflictos o controversias que puedan plantear las partes en cuanto al modo de desarrollarse el arbitraje, lo que será resuelto por la propia regulación de la institución de que se trate, dentro de la ciudad a la que voluntariamente se sometieron las partes para la resolución de la controversia».