

**La litispendencia
arbitral internacional:**
Extensión de la eficacia del convenio

Susana Gil Minguillón



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA

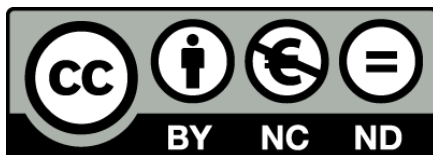
La litispendencia arbitral internacional:
extensión de la eficacia del convenio

COLECCIÓN JURÍDICA
Nº 14

Susana Gil Minguillón

La litispendencia arbitral internacional:
extensión de la eficacia del convenio

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA
SERVICIO DE PUBLICACIONES
2014



La litispendencia arbitral internacional: extensión de la eficacia del convenio

de Susana Gil Minguillón (publicado por la Universidad de La Rioja) se encuentra bajo una Licencia

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor

© Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2014

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

ISBN: 978-84-697-0030-3

A mis padres, por todo.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	15
I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	17
1. Naturaleza jurídica del arbitraje internacional	20
II. LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE DE LOS ARTÍCULOS II. 3 DEL CONVENIO DE NUEVA YORK Y VI. 1 DEL CONVENIO DE GINEBRA: REGULACIÓN DE LA EFICACIA NEGATIVA DEL CONVENIO ARBITRAL	23
1. Tramitación de la excepción de arbitraje de los artículos II. 3 del Convenio de Nueva York y VI. 1 del Convenio de Ginebra	35
1. 1. Momento preclusivo para el planteamiento de la excepción	36
1. 2. Efectos de la estimación de la excepción: la remisión de las partes al arbitraje	40
III. LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA ARBITRAL INTERNACIONAL: EL ART. VI. 3 DEL CONVENIO DE GINEBRA	43
1. Finalidad del art. VI. 3	45
2. Tratamiento procesal de la excepción de litispendencia arbitral	46
2. 1. El cauce jurídico para hacer valer la pendencia del procedimiento arbitral: ¿excepción de arbitraje o de litispendencia?	46
2. 2. Efectos de la litispendencia arbitral: la obligación judicial de suspensión del procedimiento	48
A) Excepción a la obligación judicial de suspensión del procedimiento: motivos suficientemente graves	51

IV. LAS IDENTIDADES PROCESALES	53
1. La identidad objetiva y de <i>causa petendi</i>	55
2. En especial, la identidad subjetiva.....	57
2. 1. La transmisión de la cláusula compromisoria.....	57
A) La cesión del contrato que contiene una cláusula compromisoria.....	58
A. 1. Alcance de la cesión del contrato: convenio arbitral como cláusula o como accesorio del contrato principal: la Jurisprudencia francesa y de la Corte de arbitraje de la CCI.....	58
B) La cesión del crédito derivado de un contrato que contiene cláusula compromisoria.....	62
B. 2. Conclusiones.....	65
C) Pago con subrogación.....	66
C. 1. El pago del asegurador.....	66
C. 2. Conclusiones.....	72
C. 3. El pago del fiador.....	72
2. 2. La extensión de la cláusula compromisoria.....	75
A) Extensión al fiador simple.....	75
A. 1. Excepciones oponibles por el fiador.....	77
B) Extensión de la cláusula compromisoria al fiador solidario.....	81
B. 1. Un apunte de Derecho francés.....	83
B. 2. La llamada al proceso dirigida al deudor principal.....	86
C) Extensión del convenio arbitral al garante a primera demanda.....	89
C. 1. La garantía independiente: concepto.....	90
C. 2. Extensión al garante independiente de la cláusula arbitral del contrato subyacente.....	93
C. 3. Conclusiones.....	94
D) La extensión del convenio arbitral a quien ha suscrito una carta de patrocinio.....	95
D. 1. Las Cartas de patrocinio: concepto.....	95
D. 2. Tipos de Cartas de patrocinio.....	97
a. La obligación de la sociedad patrocinante en las Cartas de garantía fuertes: ¿obligación de medios u obligación de resultado?.....	98
E) La extensión de la eficacia del convenio arbitral en los grupos de sociedades.....	102
E. 1. Planteamiento del problema.....	102
E. 2. Grupos de sociedades: concepto.....	102
a. Análisis de la jurisprudencia.....	103
a. 1. Contrato que contiene cláusula arbitral firmado solamente por alguna o algunas de las sociedades del grupo.....	103
b. Contrato principal y contratos accesorios de éste.....	108
E. 3. Conclusiones.....	112

3. El arbitraje multipartito.....	114
3. 1. Planteamiento del problema	114
A) Las soluciones que se contemplan: contractual y jurisdiccional.....	117
B) Jurisprudencia sobre el tema: los asuntos Westland y Sofidif.....	120
B. 1. El asunto Westland.....	120
B. 2. El asunto Sofidif.....	124
3. 2. En especial, el arbitraje y las cadenas de contratos de carácter vertical: justificación de nuestro interés	128
A) Cadena de contratos que transmiten la propiedad de un bien:	130
A. 1. Las soluciones del Derecho francés ante el ejercicio de la acción directa	130
a. La acción dirigida frente al primer eslabón de la cadena..	130
a. 1. Consecuencias de la regulación de este supuesto de la acción directa del Derecho francés	133
b. La acción directa frente a todos o varios de los eslabones de la cadena en el Derecho francés	134
A. 1. 1. La acción directa en el Derecho español: referencia al art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro	137
A. 2. La llamada en garantía en las cadenas de contratos de carácter traslativo, en las que existe una cláusula de sumisión expresa o un convenio arbitral entre alguno de los eslabones de la misma.....	140
a. Cláusula de sumisión expresa entre fabricante y vendedor intermedio	140
b. Convenio arbitral entre fabricante y vendedor intermedio..	142
B) Las cadenas de contratos de construcción en el Derecho francés.....	145
B. 1. Planteamiento del problema en nuestro Derecho.....	145
a. La acción ex art. 1591 Cc.....	146
b. La excepción de arbitraje en las situaciones de litisconsorcio pasivo necesarias derivadas de un proceso de construcción.....	149
 JURISPRUDENCIA EN ORDEN CRONOLÓGICO	 153
 BIBLIOGRAFIA	 159

La monografía que ahora ve la luz constituye parte del contenido de la tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra en octubre de 1997.

Para su publicación, se ha actualizado teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. No obstante, en ocasiones y, por razones de claridad a la hora de las citas y referencias, denominamos a las excepciones de arbitraje y litispendencia como las excepciones de los antiguos artículos 533.8 y 533.5 LEC cuyo concepto jurídico no ha cambiado.

Como todo trabajo de investigación, no hubiera sido posible sin la ayuda de valiosos juristas a los que quiero mostrar mi agradecimiento:

A la Profesora Dra. Dña. Blanca Gesto Alonso, con quien tuve el honor de contar en mi Tribunal calificador, por sugerirme el estudio de un tema actual y útil a la vez.

Al profesor, Dr. Alfonso Luis Calvo-Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, por sus numerosas sugerencias y orientaciones en una materia en la que es, sin duda, un experto.

A D. Iñaki Riaño Brun, Profesor del Área de Derecho Procesal de la Universidad Pública de Navarra, con quien debatí ideas y soluciones, y por el apoyo y el estímulo constante que me brindó en todo momento.

A la Profesora Dra. Dña. Natividad Goñi Urriza, Titular de Derecho Internacional privado de la Universidad Pública de Navarra, por la ayuda prestada en la labor de documentación para la actualización de este trabajo.

Para terminar, agradezco sinceramente a la Universidad de La Rioja el interés y el trabajo para hacer posible la publicación de este libro.

ABREVIATURAS DE REVISTAS

AC	Revista Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Anuario de Derecho Internacional
Ann. fr. dr. int.	Annuaire Francais de Droit International
Cah. dr. europ.	Cahiers de Droit Européenne
D. NEG.	Revista Derecho de los Negocios
JDI	Journal de Droit International
ICCA	International Chamber of Commerce Arbitration
LJIL	Leiden Journal of International Law
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
R. des Cours	Recueil des Cours
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RGD	Revista General de Derecho
R. J. Cat.	Revista Jurídica de Cataluña
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje
Rev. crit.	Revue Critique de Droit International Privé
Rev. de l'arb.	Revue de l'Arbitrage
Rev. dr. int. dr. comp.	Revue de Droit International et de Droit Comparé
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista Trimestral di Diritto e Procedura Civile
YB	Yearbook on Commercial Arbitration

ABREVIATURAS DE LEGISLACIÓN - CONVENIOS

AAA	American Arbitration Association
CB	Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

CC	Código Civil
CGin	Convenio de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional
CY	Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras
CS	Convenio de Strasburgo (<i>Convention Européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage</i>)
ICCA	International Chamber of Commerce Arbitration
LA	Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988
LAP	Ley de arbitraje privado
LEC	Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil
LCS	Ley del Contrato de Seguro de 1980
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civil
RUGD	Reglas Uniformes de las Garantías a Demanda

ABREVIATURAS DE INSTITUCIONES

AAA	American Arbitration Association
AAPP	Audiencias Provinciales
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Ch. Civ.	Chambre Civile (Sala de lo civil)
CEPANI	Centro Belga para el estudio y la práctica del arbitraje nacional e internacional.
ICCA	International Chamber of Commerce Arbitration
TAB	Tribunal Arbitral de Barcelona
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo

Capítulo I
PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El objeto del presente trabajo fue, en un principio, averiguar si un procedimiento arbitral internacional pendiente es susceptible de fundar la excepción de litispendencia arbitral internacional en el supuesto de que se inicie en España un proceso ordinario sobre una cuestión previamente sometida por las partes a dicho arbitraje.

Nuestra inquietud por el tema se debía al texto del art. VI. 3 del Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961, en el que se regulan los efectos de una excepción de litispendencia arbitral internacional. Por ello, vamos a contrastar lo que la jurisprudencia española ha dicho sobre la excepción que nos ocupa para determinar en qué medida un arbitraje puede reunir todos los requisitos exigidos para la viabilidad de la excepción de litispendencia: en concreto, si un arbitraje puede ser idéntico a un proceso ordinario y, por tanto, si un órgano arbitral puede ser equiparado a un “juzgado o tribunal competente” del mismo orden jurisdiccional que el proceso iniciado ante la jurisdicción ordinaria y si las resoluciones que en su día emanen del órgano arbitral y del órgano judicial pueden ser contradictorias -y con fuerza de cosa juzgada- por pronunciarse sobre el mismo asunto -lo que supone la identidad entre los sujetos, el objeto y la causa de pedir de ambos procesos-.

El desarrollo de nuestro trabajo llevó, necesariamente, al estudio de otra excepción no prevista inicialmente, que se presentó, si cabe, todavía más interesante que la primera: la de arbitraje internacional, en ocasiones denominada de incompetencia judicial y que aparecía regulada en la anterior LEC como la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en el art. 533.8. Y si su estudio resultó más atractivo se debió a las implicaciones que la extensión de la eficacia del convenio arbitral suponía en distintas situaciones del comercio internacional: en los grupos de sociedades, en los arbitrajes multipartitos o en el ámbito de las garantías independientes y las cartas de patrocinio.

Antes de abordar el estudio de las cuestiones mencionadas, dedicamos una línea a la naturaleza jurídica del arbitraje internacional. Uno de los requisitos que la jurisprudencia exige para que sea procedente la excepción de litispendencia es, precisamente, la naturaleza declarativa de los procesos que se

encuentran pendientes, requisito que nos lleva a indagar acerca de la naturaleza del arbitraje internacional.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La doctrina ha puesto de relieve que ni el concepto ni la naturaleza del arbitraje difiere por el hecho de que lo calificuemos de internacional¹: “la esencia de la institución es la misma: fundada sobre un acuerdo, tiende a obtener el arreglo de un litigio mediante una decisión que emane de una o varias personas elegidas por las partes”². El arbitraje internacional está dotado de naturaleza jurisdiccional porque la labor que realizan los árbitros de resolución de controversias diciendo el derecho en el caso concreto es la esencia de la función jurisdiccional, ajerárquica y aterritorial por naturaleza³. En los efectos del laudo arbitral otorgados por ley -fuerza de cosa juzgada y eficacia ejecutiva- se manifiestan los aspectos de Derecho público que impregnan la institución, mientras que el carácter privado del arbitraje queda patente en que para acudir a esta vía de solución de conflictos es necesario el acuerdo de voluntades en este sentido, mediante el cual las partes encomiendan a los árbitros la solución de su controversia, sin conferir a éstos jurisdicción -en el sentido en que la poseen los jueces y tribunales estatales-, porque *nemo dat quod non habet*.

Si el laudo arbitral posee fuerza de cosa juzgada y eficacia ejecutiva como si de una sentencia firme se tratara, es evidente que, en el supuesto de que exista entre el procedimiento arbitral y el judicial identidad de sujetos, *petita* y *causa petendi*, las decisiones que respectivamente pronuncien el órgano arbitral y el órgano judicial serán contradictorias. Esto significa que la finalidad preventiva que de producción de resoluciones con fuerza de cosa juzgada

1. Cfr. CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, 1995, p. 149. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1991, pp. 419-420. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “El arbitraje comercial internacional”, *Derecho mercantil internacional*, Madrid, 1995, pp. 709-711. En contra, sólomente hemos encontrado un autor, BARRIOS DE ANGELIS, D.: “Naturaleza jurídica del arbitraje privado internacional. Su proyección en la práctica”, *RCEA* (1984), p. 53, quien, después de distinguir entre el arbitraje de Derecho público y el de Derecho privado y un tercero entre Estados o entre particulares y organizaciones estatales, opina que “determinar la naturaleza de cada uno de estos arbitrajes no es tarea fácil ni de diagnóstico unánime; pero la tarea de establecer una identidad esencial de todas las clases de arbitraje parece estar más allá de los límites razonables de la investigación, tal es la diversidad aparente entre ellas”.

2. LALIVE, P.: “Problèmes relatifs a l’arbitrage international commercial”, *R. des Cours* (1967-D), p. 583.

3. Por lo tanto, idéntica con independencia de que se desarrolle en uno u otro Estado.

posee la litispendencia, quedaría frustrada en el supuesto de que no se admitiera la excepción.

Puesto que esto es así, pese a que no puede hablarse de competencia arbitral idéntica a la judicial dentro de un orden jurisdiccional, pero sí de capacidad decisoria a todos los efectos idéntica a la que posee una autoridad judicial, aunque formalmente no se dan las condiciones de la litispendencia exigidas por la jurisprudencia, pero sí materialmente, ¿por qué no admitir, por razones prácticas, la excepción de litispendencia arbitral internacional?. Es esta una primera aproximación al tema, superficial, que iremos desarrollando en las páginas siguientes.

Capítulo II

**LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE
DE LOS ARTÍCULOS II. 3 DEL CONVENIO DE
NUEVA YORK Y VI.1 DEL CONVENIO DE GINEBRA:
REGULACIÓN DE LA EFICACIA NEGATIVA DEL
CONVENIO ARBITRAL**

El estudio de la excepción de arbitraje -y también de litispendencia- en el ámbito de los Convenios internacionales de Nueva York y Ginebra sobre arbitraje internacional está unido al estudio de la naturaleza jurídica de la competencia arbitral. Uno de los criterios para determinar en qué medida las excepciones de arbitraje y litispendencia arbitral están recogidas en aquéllos convenios internacionales y cuál es el cauce procesal oportuno para su tramitación en Derecho interno, es el de dilucidar la clase de competencia atribuida a los árbitros, tema controvertido que nos retrotrae a plantear la cuestión previa de los efectos positivos y negativos del convenio arbitral, por cuanto éste supone encomendar a particulares ajenos al Poder Judicial la resolución de los conflictos que, con carácter general, vienen atribuidos al conocimiento de este Poder y, por tanto, sustraer dichos conflictos de su ámbito de actuación. Antes de seguir adelante señalamos que, por motivos de mayor claridad, vamos a utilizar la expresión “competencia total” o “competencia en sentido estricto” para referirnos a la competencia que la LEC identifica con función jurisdiccional que comprende el poder declarativo y el poder ejecutivo, mientras que la expresión “competencia parcial” nos servirá para designar la competencia subsistente en los tribunales estáticos pese a la existencia de un convenio arbitral: principalmente, el aspecto ejecutivo de la función jurisdiccional⁴.

4. Los tribunales estatales pueden intervenir en el procedimiento arbitral según lo dispuesto en cada Derecho nacional y en los Convenios internacionales. Con carácter general, los tribunales tienen, entre otras atribuciones, la de ordenar medidas cautelares de carácter urgente (más adelante trataremos este tema con mayor detenimiento), colaborar en la práctica de las pruebas que el órgano arbitral no pueda realizar, así como en el nombramiento o designación de los árbitros, y conocer de los incidentes y cuestiones prejudiciales que surjan en el procedimiento arbitral. Sobre las posibilidades de actuación de los tribunales estáticos en el curso del procedimiento arbitral cfr., entre otros, VAN HOUTTE, H.: “Le juge et l’arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1993), pp. 28-46, centrado en el estudio del Derecho belga, pero con referencias a los Derechos francés, inglés, suizo y holandés. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.: “El arbitraje comercial internacional”, *Derecho...*, op. cit., p. 751, n. 158. FOUCHARD, PH.: *L’arbitrage commercial international*, t. II, Paris, 1965, pp. 119-127. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981, pp. 131-132. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 714.

Entrando ya en el tema, hay que destacar que los efectos positivos y negativos del convenio arbitral se rigen por la ley aplicable al fondo del convenio, según dispone el art. 61 de la Ley de arbitraje de 1988, incluido en el título X relativo a las normas de Derecho internacional privado. “Será esta Ley la que, caso por caso, determine a) la naturaleza exclusiva o concurrente de la competencia atribuida a los árbitros; b) la apreciación de oficio o a instancia de parte de la exclusión de los tribunales estatales; c) la obligatoriedad o discrecionalidad de la exclusión de los tribunales de un Estado para conocer del fondo del asunto; d) las derogaciones al principio de incompetencia de los tribunales estatales; y e) la posibilidad de impugnar la obligatoriedad del convenio arbitral ante un tribunal estatal”⁵.

Por lo que respecta a los instrumentos convencionales, tanto el Convenio de Nueva York como el de Ginebra regulan la eficacia negativa del convenio arbitral, que también aparece contemplada en el Convenio de Strasburgo, el cual supuso un despertar en tema de arbitraje por cuanto pretendía establecer una Ley Uniforme en la materia que no ha llegado a cuajar⁶. Ambos artículos contemplan una misma situación: la denuncia, ante los tribunales estatales, de la existencia de un convenio arbitral, en el supuesto de que alguna de las partes de dicho convenio plantee ante aquéllos un litigio que pertenezca al ámbito del acuerdo arbitral. Según el art. II. 3. del Convenio de Nueva York,

“el tribunal de uno de los Estados contratantes al que se haya sometido un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instan-

5. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “El arbitraje comercial internacional”, *Derecho...*, op. cit., pp. 750-751.

6. Dicho Convenio, aprobado por el Consejo de Europa el 2 de enero de 1966, contiene una Ley uniforme de arbitraje (que ya ha sido promulgada en Bélgica) con la intención de que sustituya a las leyes de arbitraje internas de los distintos países y contribuir así a la expansión del arbitraje. El Comité de expertos tomó como base de sus trabajos el proyecto de ley uniforme elaborado por el Instituto internacional para la Unificación del Derecho privado de Roma, y también se inspiró en las diferentes legislaciones nacionales y en la experiencia práctica, adoptando las soluciones más favorables al arbitraje. Algunas cuestiones, como capacidad para concluir un convenio arbitral, calidad para ser árbitro y otras, han sido dejadas a la regulación de los derechos nacionales, porque el Comité consideró que son cuestiones que caen bajo el ámbito del Derecho civil o del Derecho procesal (cfr. *Rapport explicatif sur la Convention Européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1967, pp. 5-6).

El art. 4 del Convenio, punto 36, regula la eficacia negativa del convenio arbitral, estableciendo que, en caso de existencia de un convenio válido, “los tribunales del orden judicial, a los que se someta un asunto que sea objeto de un convenio arbitral, se declararán incompetentes, a instancia de parte, para conocer de la diferencia objeto del convenio arbitral.

cia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Por su parte, el Convenio de Ginebra, en su art. VI. 1, establece que

“toda excepción o declinatoria por incompetencia de tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la Ley del país del tribunal considere tal excepción como una cuestión de Derecho procesal o sustantivo”.

Existiendo unanimidad en la doctrina española⁷ y de Derecho comparado⁸ respecto a que el convenio arbitral en el arbitraje internacional otorga competencia a los árbitros para resolver la controversia que las partes le someten y, correlativamente, genera la incompetencia de los tribunales judiciales para conocer de ese asunto, para averiguar cuál es la correspondencia en Derecho interno con la situación regulada por los artículos II. 3 del Convenio de Nueva York y VI. 1 del Convenio de Ginebra, es preciso establecer si el convenio arbitral es apto para producir una auténtica incompetencia de los jueces ordinarios o si, por el contrario, cuando doctrina y jurisprudencia se refieren a la excepción de incompetencia de dichos artículos están utilizando la expresión incorrectamente.

7. Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *ADC*, t. II (1975), pp. 7-8. ARMENTA DEU, T.: “Perspectivas de futuro de la cláusula compromisoria arbitral”, *RJCat.* (1984), pp. 338-355. CHILLÓN MEDINA/MERINO MRECHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 709-724. CREMADES, B. M.: “La cláusula arbitral”, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Ed. Marcial Pons, Zaragoza, 1975, pp. 41-43. RAMOS MÉNDEZ, F.: “Las cláusulas de arbitraje y su validez desde el punto de vista del Derecho español”, *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987, pp. 81-84. DE MIGUEL BERENGUER, J.: “La cláusula de arbitraje en las relaciones comerciales internacionales”, *RJCat.* (1982), pp. 485-489. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, pp. 271-274. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “El arbitraje comercial internacional”, *Derecho...*, op. cit., pp. 749-751.

8. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York Arbitration Convention...*, op. cit., pp. 131-132. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies in transnational economic law*, Deventer-Boston, 1993, p. 327. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 116-118. LALIVE, P.: “Problèmes relatifs a l'arbitrage international...”, op. cit., pp. 586-591. SANTOS BELANDRO, R. B.: *Arbitraje comercial internacional*, Montevideo, 1988, pp. 87-90. KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'évolution du droit international de l'arbitrage”, *Ann. fr. dr. int.* (1961), pp. 341-344. FRANCHI, G.: “La convenzione arbitrale secondo le convenzioni internazionali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, t. I (1985), pp. 338-340. BERNARDINI, P.: *L'arbitrato internazionale*, Milán, 1994, pp. 65-68.

A partir de este momento, se plantean dos posibilidades: la primera es entender que la competencia arbitral no puede tratarse de competencia al modo en que la poseen los órganos integrantes del Poder Judicial, porque el árbitro no pertenece a la organización judicial y, por tanto, no es posible plantear cuestiones de competencia entre jueces y árbitros. Ni siquiera, en teoría, a la luz de los distintos convenios sobre arbitraje, que armonizan las intervenciones de jueces y árbitros, pero que no establecen una regla precisa, en sentido estricto, de competencia⁹. Por ello, utilizamos el término “competencia arbitral” para referirnos, no a aquélla competencia en sentido estricto, sino a capacidad o poder decisor para conocer de un determinado litigio -*auctoritas*-, porque las partes así lo han encomendado a los árbitros mediante el convenio.

La pertenencia de jueces y árbitros a distintos ámbitos -con diferente tipo de competencia- se constituye en uno de los criterios para excluir la excepción de incompetencia de jurisdicción. Pero hay otros, en concreto, el de atender a los efectos del convenio arbitral. En efecto, si árbitro y juez pertenecen a ámbitos independientes, ¿hasta qué punto puede decirse que el convenio elimina la competencia judicial para otorgarla a los árbitros?, es decir, ¿se trata de una exclusión total de la competencia judicial en favor del tribunal arbitral o solamente respecto de la cuestión sometida a éste, siendo los tribunales ordinarios competentes respecto de otros aspectos del proceso arbitral, distintos de la cuestión de fondo o, por el contrario, puede sostenerse que el convenio no afecta a la competencia judicial y que son concurrentemente competentes árbitros y jueces para conocer de la cuestión sometida a arbitraje?

El asunto es esencial porque, en el supuesto de que el convenio arbitral no afecte a la competencia de los jueces ordinarios, órgano arbitral y órgano judicial serán concurrentemente competentes¹⁰ respecto del asunto sometido a arbitraje y, por lo tanto, a efectos de la excepción de litispendencia, podremos hablar de pleitos pendientes ante juzgados o tribunales competentes -si bien en esferas distintas y, por tanto, sostener que es posible el ejercicio de una excepción de litispendencia por analogía-, mientras que si el convenio sustrae parcial o totalmente la competencia de los tribunales estáticos faltará el requisito competencial exigido para fundar la excepción de litispendencia, siendo indiferente en ambos casos respecto de la excepción de arbitraje que dicha competencia exista. En definitiva, ¿hasta dónde alcanza el poder otorgado a los árbitros mediante el convenio?

9. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op cit., pp. 712-713.

10. Nos referimos a una concurrencia competencial en sentido impropio, es decir, concurrencia en cuanto a capacidad de conocer.

Por tratarse de esferas independientes, no podrá hablarse de problemas de competencia ni de que el convenio sustraiga competencia judicial, sino simplemente de que, en determinados casos, cuando se hace valer la eficacia de un convenio arbitral, los tribunales judiciales no pueden entrar a conocer del litigio, no poseen en ese caso concreto el poder de conocer, pero sin que pueda afirmarse con propiedad que adolecen de incompetencia.

La segunda de las opciones está en la línea de la jurisprudencia francesa, que sí acepta el efecto privativo de competencia que para la jurisdicción estática supone el convenio arbitral. En este sentido ha realizado una sutil e interesante diferencia entre “competencia judicial” y “poder de juzgar o poder jurisdiccional”, lo que permite explicar la diferencia existente entre cláusula atributiva de competencia -que modifica el reparto de competencias entre distintos tribunales- cuya violación no puede ser objeto de recurso inmediato, y cláusula compromisoria, cuyo efecto negativo es elusivo del poder jurisdiccional de los órganos judiciales estáticos, y su efecto positivo consiste, correlativamente, en conferir al árbitro el poder de juzgar tales litigios: “la excepción de procedimiento fundada en la existencia de una cláusula compromisoria inserta en un contrato que pone en juego los intereses del comercio internacional, no concierne al reparto de competencias entre los tribunales estáticos de diferentes países, sino que tiende a retirar a estos tribunales el poder de juzgar las diferencias relativas al contrato”¹¹. En conclusión, careciendo el juez estático de competencia, en el caso de que la misma controversia se someta al órgano arbitral no se produce litispendencia desde el momento en que el pleito no se encuentra pendiente ante dos tribunales concurrentemente competentes. La falta de este requisito hace inútil el examen de la concurrencia o no del resto de los exigidos para acoger la excepción.

Esta es también la línea seguida por la Corte de arbitraje de la CCI en los casos en que se le ha sometido aquella cuestión. En una decisión modelo del año 1988 la Corte declaró que:

“la litispendencia, propiamente hablando, no puede surgir más que entre dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes, cuando las reglas de competencia del foro autorizan a una y otra a conocer del mismo litigio. Esta situación de competencia concurrente no puede surgir entre una jurisdicción arbitral y una jurisdicción estática por

11. Sentencia *Cour de Cassation* (1 *Ch. civ.*) de 9 de octubre de 1990 (Prince M. Bin Seoud Bin Abdul Aziz et autre c. Banque Rivaud et autres), *Rev. de l'arb.* (1991), pp. 305-316, con comentario de M. L. NIBOYET-HOEGY. Cfr. también la Sentencia *Cour de Cassation* (1 *Ch. civ.*), de 19 de noviembre de 1991 (Société TRH Graphics c. Société Offset Aubin), *Rev. de l'arb.* (1992), pp. 461-469, con comentario de D. HASCHER.

la razón de que su competencia respectiva depende de un sólo factor: la existencia, validez y ámbito de la convención de arbitraje. De las dos cosas, una. O la convención es válida y atribuye competencia... a los árbitros, en cuyo caso deben los tribunales estáticos declararse incompetentes... o al contrario, la convención de arbitraje no es invocada por el demandado, o es nula, o no contempla la diferencia planteada ante el juez estático y éste se declarará competente por aplicación de las reglas de su foro y el árbitro renunciará a conocer del litigio¹².

En el mismo sentido se pronunció la Corte en el asunto 6709 en 1991¹³, repitiendo el argumento de incompetencia de la jurisdicción ordinaria en el asunto 6142 en 1990: “no podría haber litispendencia desde el momento en que una cláusula compromisoria es declarada válida porque tiene precisamente por objeto descartar la competencia de las jurisdicciones ordinarias¹⁴”.

Un dato más acaba de confirmar que el convenio arbitral no produce una prórroga de “competencia total”: la posibilidad de que los árbitros puedan adoptar, pero no ejecutar, medidas cautelares. En este sentido, el Convenio de Ginebra permite que las partes del procedimiento arbitral soliciten medidas provisionales o preventivas de conservación o de seguridad ante una autoridad judicial, sin que esto suponga ni renuncia al convenio pactado ni sometimiento del asunto al tribunal judicial¹⁵. Idénticas previsiones se contemplan en las Leyes de Arbitraje de distintos países¹⁶ y en Reglamentos de Cortes de

12. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI en el asunto 5103 en 1988, *JDI*, n.º 4 (1988), p. 1211. Cfr. también el Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI del asunto 6840 (1991), *JDI*, n.º 4 (1992), pp. 1030-1037. Sigue esta opinión sobre el convenio arbitral la Jurisprudencia francesa. Cfr. entre otras la Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 19 de noviembre de 1991 (Sociedad TRH Graphics c. Sociedad Offset Aubin), *Rev. de l'arb.* (1992), pp. 462-469.

13. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI en el asunto 6709 (1991), *JDI*, n.º 4 (1992), pp. 1000-1005.

14. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI en el asunto 6142 (1990), *JDI*, n.º 4 (1990), p. 1041.

15. Según el art. VI. 4 del Convenio de Ginebra, “si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo”. El art. 4. 2 de la Convención europea sobre Ley uniforme en materia de arbitraje está redactado en términos similares: *une demande un justice tendant à des mesures conservatoires ou provisoires n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et n'implique pas renonciation à celle-ci*.

16. Así sucede en el Derecho institucional belga, art. 19. 5 del Reglamento del CEPANI (Centro belga para el estudio y la práctica del arbitraje nacional e internacional), según el cual “sin perjuicio de la aplicación del art. 1679. 2 del Código judicial, las partes pueden demandar al árbitro, desde su designación, la ordenación de medidas provisionales o de con-

Arbitraje¹⁷. No obstante, y aunque pudiera parecer que esta previsión otorga prevalencia a los tribunales estáticos, la realidad es precisamente la contraria. Es decir, en la mayoría de las leyes y reglamentos sobre arbitraje consultados “la jurisdicción del árbitro es el principio y la jurisdicción de las autoridades

servación”. En general, sobre leyes de arbitraje de distintos países, cfr. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 331 y ss. Para Bélgica, cfr. KEUTGEN, G.: “Une approche de l’arbitrage institutionnel en Belgique”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1991), pp. 321-323. HORMANS, G.: “Actualité et évolution du droit belge de l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.* (1992), pp. 22-28. En Francia, MOREAU, B.: “L’intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé”, *Rev. de l’arb.* (1978), pp. 336-340. En Derecho italiano BERNARDINI, P.: “L’arbitrage en Italie après la récente réforme”, *Rev. de l’arb.*, n.º 3 (1994), pp. 492-493. En Suiza DESSEMONTET, F.: *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1989, p. 219. En nuestro país MUÑOZ SABATÉ, LL.: “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”, *RJCat*, n.º 3 (1991), pp. 729-735. POCH SERRATS, J.: “Las medidas cautelares en el arbitraje”, *TAB*, n.º 7 (1995), pp. 51-54. En Túnez MEZIOU/MEZGHANI: “Le code tunisien de l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), p. 535. El Derecho libanés, en la única sentencia habida (a fecha de 1993) sobre la competencia del juez estático de ordenar una provisión temporal en favor del acreedor, ha admitido esta competencia, no obstante estar conociendo el tribunal arbitral. Cfr. SFEIR-SLIM, M.: “Le nouveau droit libanais de l’arbitrage a dix ans”, *Rev. de l’arb.* n.º 4 (1993), p. 558. En Derecho egipcio, el art. 24 de la Ley de arbitraje autoriza a las partes a convenir que el tribunal arbitral pueda adoptar medidas provisionales o conservatorias que también pueden solicitarse a instancia de parte interesada de los jueces estáticos en caso de que no sean ejecutadas. Cfr. FILLION-DUFOULEUR/LEBOULANGER: “Le nouveau droit égyptien de l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1994), pp. 677-678. En general, sobre arbitraje internacional y medidas cautelares puede consultarse el interesante y completo estudio de Derecho comparado que, en relación a reglamentos de arbitraje y leyes de arbitraje de distintos países, realiza COLLINS, L.: “Provisional and protective measures in international litigation”, *R. des Cours* (1992-III), pp. 69-91 y 98-105. Cfr. también CRAIG/PARK/PAULSSON: “Ancillary proceedings before national courts”, *ICCA*, n.º 5, capítulo 27 (1990), pp. 421-438. CRAIG/PARK/PAULSSON: “Fact finding and interlocutory measures”, *ICCA*, n.º 5, capítulo 26 (1990), pp. 416-420. DE LEVAL, G.: “Le juge et l’arbitre. Les mesures provisoires”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1993), pp. 7-27. LALIVE, P.: “Problèmes spécifiques de l’arbitrage international”, *Rev. de l’arb.* (1980), pp. 357-359. FOUCHARD, PH.: *L’arbitrage commercial international*, op. cit. pp. 119-127.

17. Así por ejemplo, el art. 8 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI (*Cour d’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*), el art. 9 de la Ley Modelo de Uncitral (*Uncitral Model Law*) y el art. 15. 4 de las normas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*). Es también el supuesto del art. 26 del ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) que, al establecer que el sometimiento a arbitraje en este Centro supone consentir la exclusión de cualquier otro remedio, ha sido interpretado por algunas jurisprudencias como prohibitivo para las jurisdicciones estáticas de la adopción de medidas cautelares de todo tipo, hasta que la *Cour de Cassation* francesa decidió que el art. 26 no tenía por objeto excluir el recurso al juez con el fin de obtener medidas aseguradoras de la ejecución de un laudo. Cfr. COLLINS, L.: “Provisional and protective measures...”, op. cit., p. 104.

judiciales es la excepción”¹⁸, sin que esto impida acudir también a la vía judicial con carácter excepcional¹⁹, siendo posible excluir el poder de la jurisdicción ordinaria para ordenar medidas cautelares, bien por acuerdo expreso de las partes, bien por acuerdo implícito, resultante de la adopción de un reglamento de arbitraje que comporte tal renuncia²⁰. Sin embargo, el poder de los árbitros se reduce en cualquier caso a ordenar las medidas, pero en el supuesto de no cumplimiento voluntario de las mismas, deberán ser auxiliados por el poder coercitivo de ejecución de los órganos judiciales²¹, lo cual es absolu-

18. *Ordonnance* de la Corte de Arbitraje de la CCI, dictada en el asunto 7489 (1992), *JDI*, n.º 4 (1993), p. 1079. Afirmación realizada respecto de la regulación prevista en el art. 8. 5 del Reglamento de esta Corte de Arbitraje, que puede aplicarse también a otras leyes y reglamentos que contienen una disposición similar a la del art. 8. 5 citado.

19. Es el caso del art. 8. 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI, que prevé el recurso a los jueces ordinarios “antes de que la instancia se plantee ante el árbitro y, en circunstancias excepcionales, incluso después”. Según la *Ordonnance* de la Corte de Arbitraje de la CCI, dictada en el asunto 7489 (1992), *JDI*, n.º 4 (1993), p. 1079, a la que nos referíamos en la nota anterior, “el árbitro tiene jurisdicción para entender de la solitud de seriedad del demandado”. El art. 8. 5 de las Reglas de la Corte de Arbitraje Internacional establece que sólo en circunstancias excepcionales las partes deberían acudir a la autoridad judicial para solicitar medidas cautelares o de conservación (*interim or conservatory measures*). Como resultado, “la jurisdicción del árbitro es el principio y la jurisdicción de las autoridades judiciales es la excepción” (*JDI* (1993), p. 1079).

20. DE LEVAL, G.: “Le juge et l’arbitre”, op. cit., p. 23, siguiendo los pronunciamientos de la jurisdicción francesa.

21. Como ejemplo, entre tantas otras, citamos la Ley Suiza de Derecho internacional privado, que así lo establece expresamente en su art. 183, relativo al poder de los árbitros de ordenar medidas provisionales o de conservación. No obstante, “si la parte a la que atañe no se somete voluntariamente, el tribunal arbitral puede requerir el concurso del juez competente”. M. C. REYMOND, refiriéndose al art. 183 de la ley suiza y al arbitraje internacional, señala las limitaciones de la decisión arbitral, “puesto que estas medidas, si bien tienen efecto obligatorio entre las partes, no son directamente ejecutorias... El poder del árbitro es mucho más restringido que el de los tribunales ordinarios... La competencia otorgada al árbitro por el art. 183 no es exclusiva. Cada parte es libre de dirigirse a los tribunales ordinarios para solicitar las medidas que le parezcan oportunas, lo que no dejará de crear conflictos entre las medidas ordenadas por el árbitro y las que autoricen los tribunales estáticos (Tomamos esta referencia, ante la imposibilidad de localizar la obra, de DE LEVAL, G.: “Le juge et l’arbitre...”, op. cit., p. 10, nota 4). KEUTGEN, G.: “Une approche de l’arbitrage institutionnel en Belgique”, op. cit., p. 323, resalta también la necesidad de que el órgano arbitral recurra al órgano judicial para obtener un título de ejecución de las medidas ordenadas, cuando las partes han convenido que los árbitros son los únicos que pueden ordenar tales medidas, con exclusión del *juge de référé* (términos que designan, en Derecho francés, al juez que tiene el poder de adoptar una decisión provisional, que no prejuzga, en absoluto, la solución que se dicte más tarde sobre el fondo. Los magistrados investidos de este poder son: el primer presidente de la Corte de apelación, el presidente del tribunal de gran instancia -cuya competencia se extiende a todas las materias en que no existe procedimiento especial de este tipo de medidas-, el juez de instancia y el presidente del tribunal de comercio. -Aunque la lista es más numerosa basta, a nuestro propósito, con esta enumeración-).

tamente lógico, puesto que sólo ellos y no los árbitros poseen *imperium* coercitivo²². Así lo ha declarado alguna jurisprudencia sobre medidas cautelares: “el tribunal arbitral no puede hacer ejecutoria una decisión [de la jurisdicción] estática. En efecto, el poder de dar un carácter ejecutorio a un acto o sentencia constituye el corazón mismo del *imperium*, ese *imperium merum* que no puede pertenecer a los árbitros”²³, lo que no hace sino confirmar la tesis de la naturaleza jurisdiccional declarativa de derechos de la función arbitral y la imposibilidad de que el convenio arbitral atribuya “competencia total” a los órganos arbitrales o, lo que es lo mismo, queda confirmado el efecto de “incompetencia parcial” que el convenio arbitral produce respecto de los tribunales estáticos. No sucede así en los supuestos de prórroga de competencia, en los que el órgano judicial, en cuyo favor se realiza dicha prórroga, es competente para declarar el derecho y ejecutarlo, es decir, la prórroga comprende la actividad declarativa y la ejecutiva.

En cualquier caso, la previsión de la posibilidad de que los árbitros, que carecen de poderes coercitivos, sean auxiliados por los órganos judiciales es

22. Esto es así en todos los reglamentos y leyes consultadas. La única excepción que hemos encontrado que afirme de modo claro el poder de los árbitros de ejecutar medidas cautelares se sitúa en la Ley colombiana sobre arbitraje, que no sólo otorga a los árbitros el poder de ordenarlas (art. 32), sino que “va incluso hasta conferirles] una suerte de *imperium*: el tribunal arbitral no tiene necesidad del juez ordinario para proceder a la ejecución de las medidas ordenadas y puede incluso hacerse asistir de la fuerza pública”, poder que poseen también para la ejecución de ordenanzas en materia de prueba. Cfr. MANTILLA-SERRANO, F.: “La nouvelle législation colombienne sur l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1992), p. 51.

23. Laudo final Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6653 (1993), *JDI*, n.º 4 (1993), pp. 1047, con comentario de J. J. ARNÁLDEZ, que, en el sentido de la tesis que defendemos, afirma que “el árbitro está investido por las partes de un poder jurisdiccional, *jurisdictio*, pero no dispone de poder de hacer ejecutar su decisión tomada en el litigio para el cual ha sido investido, porque no posee *imperium*”. DE LEVAL distingue entre *imperium* e *imperium merum*. El primero está formado por “las prerrogativas unidas a la soberanía, ejercidas en los límites territoriales, y constituídas por los poderes de mandato u obligación y de jurisdicción”. El *imperium merum* es “la componente del *imperium* que corresponde al poder específicamente relativo al empleo de la fuerza y la obligación respecto a la jurisdicción”. Y el autor pone un ejemplo: “al conferir fuerza ejecutoria a un acto, el juez, del mismo modo que otros titulares de *imperium* (ej. notarios, ujieres, la Administración, el Ministerio Público), no dice el derecho sino que ordena en virtud de un poder que la ley le confiere. La fuerza ejecutoria proviene del *imperium merum*, de ese *imperium* estatal que no podrá jamás pertenecer al árbitro y que justifica, en el caso de las sentencias, la necesidad de recurrir al juez del *exequatur*. No puede haber excepción en ésto, y si ciertos arbitrajes forzosos son dispensados de *exequatur*, hay que ver en ello una confirmación suplementaria de que el arbitraje forzoso no es arbitraje, sino una jurisdicción de excepción” (DE LEVAL, G.: “Le juge et l’arbitre”, op. cit., pp. 16-17).

un auténtico progreso²⁴ y resulta aclaratoria de la diferencia existente entre función declarativa y función ejecutiva, a la vez que justifica el que los órganos arbitrales puedan adoptar las medidas de que venimos hablando. Las opiniones contrarias resultan “de la confusión entre el poder de decidir y ordenar una medida provisoria o de instrucción y el poder de hacerlas ejecutar en caso de que la parte a la que le concierne rehúse conformarse voluntariamente. Concluir que la ausencia de poder coercitivo en cuanto a la ejecución de una de estas medidas impide al árbitro adoptarla, equivaldría a decir que el árbitro no tiene poder de pronunciar su sentencia desde el momento en que no puede asegurar su ejecución”²⁵.

En conclusión, la excepción contemplada en los artículos II. 3 del Convenio de Nueva York y VI. 1 del Convenio de Ginebra, no se corresponde con la de incompetencia de jurisdicción, pese a que así sea denominada por la doctrina y la jurisprudencia principalmente extranjera. La pertenencia de jueces y árbitros a órdenes distintos junto al hecho de que los tribunales estatales mantengan el poder de ejecución, impide utilizar con propiedad la excepción de incompetencia de jurisdicción, más apropiada en el ámbito de los procesos judiciales. El criterio de los efectos del convenio arbitral, tanto si se entiende que sustrae la competencia de los tribunales estatales como si se defiende que no afecta a la misma, tiene relevancia respecto de la excepción de litispendencia -como veremos más adelante- pero no respecto de la excepción de arbitraje.

Por todo ello, del mismo modo que el Derecho interno superó esta incorrecta calificación para regular en 1988 la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, hubiera sido más correcto que los convenios internacionales recogieran una calificación semejante porque, en definitiva, de lo que se trata es de la imposibilidad, para los tribunales judiciales, de entrar a conocer, salvo renuncia de las partes, de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, por la existencia de un óbice procesal que se lo impide: el convenio arbitral.

24. Cfr. BERNARDINI, P.: “L’arbitrage en Italie après la recente reforme”, op. cit., p. 493. DESSEMONTET, F.: *Le nouveau droit international privé suisse*, op. cit., p. 219.

25. BERNARDINI, P.: “L’arbitrage en Italie après la recente reforme”, op. cit., p. 493, n. 25.

1. TRAMITACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE DE LOS ARTÍCULOS II. 3 DEL CONVENIO DE NUEVA YORK Y VI. 1 DEL CONVENIO DE GINEBRA

La existencia del convenio arbitral como obstáculo al conocimiento de los jueces estáticos está configurada legalmente en ambos instrumentos internacionales como una excepción que ha de ejercerse por el demandado. Dicha configuración que realizan los Convenios -el Convenio de Nueva York contiene la expresión “a instancia de una de ellas” [de las partes], mientras que el de Ginebra alude expresamente a “toda excepción o declinatoria”-, pone de manifiesto que la intención de los legisladores fue, evidentemente, la de permitir a las partes renunciar al arbitraje pactado y acudir a la vía judicial²⁶. De ahí que la existencia del convenio no pueda ser estimada de oficio ni siquiera aunque así estuviere contemplado en el Derecho procesal interno, puesto que la regulación convencional prevalece sobre la nacional, siendo esta otra de las normas uniformes internacionales del Convenio en este sentido²⁷. Una actuación *ex officio* de los tribunales nacionales frustraría el derecho de las partes de renunciar al convenio y someterse a la jurisdicción ordinaria²⁸.

26. En opinión de SAMUEL, es una muestra de buen sentido el que las regulaciones contemplen esta posibilidad. Cfr. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Zürich, 1989, p. 197.

27. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York arbitration Convention...*, op. cit., p. 138. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 128-129. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 714-715.

La orden que el art. II. 3 del Convenio de Nueva York dirige a los tribunales estatales para que remitan a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, se contiene también en las Leyes internas -*domestic municipal laws*- de Europa Occidental y USA. La única ley estudiada por el autor que ordena al tribunal declinar de oficio su jurisdicción es la Ley federal de Derecho internacional privado Suiza (art. 7, que contempla tres excepciones a esta previsión). Cfr. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 197. Parece ser que el régimen chino sobre arbitraje internacional es idéntico al suizo en este sentido según se desprende de las palabras de J. SAGOT en su artículo “Le régime chinois d’arbitrage pour le commerce international”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1993), p. 77.

28. Si las partes quieren someter el asunto a la jurisdicción ordinaria, o no pueden hacer objeción oportunamente, no hay razón para que las autoridades (*municipal authorities*) ejerzan una disposición de auto-renuncia y declinen la jurisdicción sobre el caso. Cfr. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 197.

1. 1. Momento preclusivo para el planteamiento de la excepción

El Convenio de Ginebra reenvía al Derecho procesal interno del tribunal afectado para realizar, conforme a este Derecho, la calificación de la excepción como cuestión de Derecho procesal o sustantivo -el Convenio de Nueva York no contiene previsión alguna en este sentido, pero puede aplicarse por analogía lo dispuesto en el art. VI. 1 del Convenio de Ginebra, solución que a la que también se llegaría por aplicación del principio *lex fori regit procesum*, en este caso, en ausencia de regulación convencional al respecto²⁹, estableciendo un momento preclusivo para la denuncia del demandado -que tampoco se regula en la Convención de Nueva York, ni siquiera en el Convenio Europeo de Ley Uniforme de arbitraje, ocasión que hubiera constituido un buen precedente³⁰-, que tiene su origen en el deseo del legislador de evitar

29. En Italia, la falta de jurisdicción del juez ordinario se hace valer normalmente *in limine litis*, y no puede ser estimada de oficio por el juez. Cfr. BERNARDINI, P.: *L'arbitrato internazionale*, op. cit., p. 67. En Francia, según el art. 74 NCPC (*Nouveau Code de Procédure Civile*), las excepciones de procedimiento deben plantearse *in limine litis* bajo pena de inadmisión. En este sentido se pronuncia la *Cour de Cassation* (3 Ch. civ.), en Sentencia de 13 de mayo de 1981 (Groupement d'intérêt économique des commerçants indépendants de Lens c. Société Sodilence Conforama, Kupczych Société Bureau d'Etude et de Gestion Société Cora, Groupement d'intérêt économique des Commerçants indépendants lensois et Cora), *Rev. de l'arb.* (1983), pp. 110-111, con comentario de T. BERNARD, respecto de la excepción de arbitraje (a la que se alude como *excepción tirée de l'existence d'une clause compromissoire*), la cual constituye una excepción de procedimiento y debe plantearse antes que toda defensa de fondo, por tanto, *in limine litis*, bajo pena de inadmisión. En virtud del art. 1458 NCPC francés, la autoridad judicial que se encuentra frente a un convenio arbitral, debe declararse incompetente, tanto si el tribunal arbitral ya está conociendo, como si todavía no ha sido sometido el asunto a su conocimiento, con la única excepción de que la convención arbitral sea manifiestamente nula, sin que en ningún caso la jurisdicción pueda apreciar de oficio su incompetencia. Cfr. como ejemplo la Sentencia *Cour de Cassation* (1 Ch. civ.), de 7 de junio de 1989 (Société Anhydro c. Société Caso Pillet et autre), *Rev. de l'arb.* (1992), p. 63, con comentario de Y. DERAÏNS. En Derecho alemán, el convenio arbitral válido constituye una excepción que puede ser invocada ante el tribunal que conoce del litigio. El demandado debe plantearla *in limine litis* y no puede serlo por el juez de oficio. Cfr. KOHL, A.: "L'arbitrage en droit allemand", *Rev. dr. int. dr. comp.* (1990), p. 18. Del mismo modo, en Derecho belga, el demandado debe oponerse *in limine litis*, porque de lo contrario se considera que ha renunciado a la cláusula arbitral. Cfr. VAN HOUTTE, H.: "Le juge et l'arbitre. Le rôle du juge pendant la procédure arbitrale", op. cit., p. 29. También los Derechos colombiano, egipcio, libanés y tunecino establecen que la existencia del convenio arbitral debe ser hecha valer por el demandado a través de excepción que se planteará *in limine litis*. Cfr. para cada uno de estos Derechos, respectivamente, los siguientes autores: MANTILLA-SERRANO, F.: "La nouvelle législation colombienne sur l'arbitrage", op. cit., p. 45. LEBOULANGER/FILLION: "Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage", op. cit., p. 672. SFEIR-SLIM, M.: "Le nouveau droit libanais de l'arbitrage a dix ans", op. cit., pp. 554-555. MEZIOU/MEZGHANI: "Le Code tunisien de l'arbitrage", op. cit., p. 527.

30. Según el documento explicativo de la Convención europea sobre Ley uniforme en

posibles maniobras dilatorias de las que dicho demandado pudiera servirse en la medida en que lo permitiera cada Derecho nacional. Ante la diversidad de regulaciones de los distintos Derechos procesales estatales se imponía, por motivos de seguridad jurídica y de economía procesal, la necesidad de determinar un momento preclusivo común. Sin embargo, la unificación convencional ginebrina se quedó corta, puesto que sólo llega hasta la exigencia de que la excepción se plantee por el demandado “antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo”³¹. Como ha señalado algún sector de la doctrina³², hubiera sido deseable una norma material unificada que estableciera un régimen unitario sobre la preclusión, con independencia de que la excepción sea contemplada de distinto modo por el ordenamiento del foro. En una Convención tan innovadora hubiera sido preferible ver recogido el principio de incompetencia relativa, con la consecuencia inmediata de que la renuncia al convenio arbitral resultara del sólo hecho de que el demandado no haya planteado la excepción de incompetencia antes de la presentación de sus conclusiones en cuanto al fondo, es decir, *in limine litis*³³. En lo referente al Convenio de Nueva York, voces autorizadas han señalado la necesidad de una norma uniforme internacional sobre esta cuestión, proponiendo entre tanto la determinación de ese momento preclusivo por aplicación de la *lex fori*³⁴.

De este modo, si una de las partes del convenio arbitral acude a la jurisdicción ordinaria española para someter a la misma un cuestión que las par-

materia de arbitraje, el Comité de expertos no quiso resolver la cuestión relativa al momento en que la excepción de incompetencia debía ser planteada ante la autoridad judicial, tratándose de un tema que se dejó a la regulación de las reglas de los Derechos procesales internos. No obstante, constató que, según la mayoría de las legislaciones, esta excepción no puede ser planteada más que *in limine litis*. Cfr. *Rapp. explicatif sur la Convention européenne...*, op. cit., punto 37, p. 14.

31. El mérito de la Convención en este sentido es el de haber caído en la cuenta de este peligro y señalarlo, pero es necesaria una unificación más amplia de las reglas de procedimiento. Cfr. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 130. Respecto al momento preclusivo en que el demandado puede denunciar la existencia del convenio arbitral según distintos Reglamentos y Leyes de Arbitraje cfr. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., pp. 198-200.

32. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 716.

33. Cfr. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 130.

34. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York Arbitration Convention...*, op. cit., p. 139. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 128, alude a esta aplicación como “inevitable” debido a las divergencias entre legislaciones nacionales en lo que respecta a la naturaleza de la incompetencia judicial y sus consecuencias.

tes acordaron resolver mediante arbitraje, la otra parte puede, si lo desea, hacer valer la existencia de dicho convenio y el cauce procesal adecuado para ello estaba, antes de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento civil en función del tipo de proceso en que el demandado presentase la excepción porque el art. 533. 8 LEC configuraba la excepción de arbitraje como una excepción dilatoria de carácter procesal dentro del artículo 533³⁵. Por tanto, si la excepción de arbitraje se planteaba con carácter previo a la contestación de la demanda en el juicio declarativo de mayor cuantía, se tramitaba por el procedimiento incidental suspendiendo entre tanto el curso del proceso y, si era estimada, liberaba al demandado de la carga de contestar a la demanda. Por el contrario, en el caso de que la excepción de arbitraje se interpusiera en la contestación a la demanda en el juicio de mayor cuantía (potestativamente) o en cualquier otro tipo de proceso (preceptivamente), se resolvería en la sentencia, con carácter previo a la cuestión de fondo, con el gran inconveniente para la economía procesal de haberse seguido todo un proceso sin sentido en el caso de que la excepción llegase a ser estimada. Este problema, unido a otro todavía más importante, como es el que el planteamiento de la excepción de arbitraje en la contestación de la demanda -en el juicio de menor cuantía donde las excepciones necesariamente se habían de interponer en la contestación, y en el de mayor cuantía cuando el demandado optaba por plantear la excepción en la contestación- podía interpretarse por algunos tribunales como sumisión tácita a los mismos³⁶, lo que nos llevaba entonces a concluir, con un

35. Con la LAP de 1953, se entendía que la incompetencia de jurisdicción debía hacerse valer a través del art. 533. 1 LEC. En esta línea, y en aquella época, por tanto, antes de la Ley de Arbitraje de 1988, llamaba la atención CREMADES sobre el gran avance que el Convenio de Ginebra suponía respecto de la normativa anterior, y afirmaba el carácter de “verdadera excepción declinatoria en el juicio ordinario” de la excepción del art. VI. 1, que encuentra su cauce en el art. 533. 1 LEC, mientras que en el caso del juicio ejecutivo aparece como excepción prevista en el art. 1464. 11 que debe ser resuelta no con carácter previo, sino en la sentencia, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1473 LEC. Cfr. CREMADES, B. M.: *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1984, pp. 42-43.

36. Si tenemos en cuenta que en el juicio de menor cuantía de la anterior LEC se habían de interponer en la contestación a la demanda las posibles defensas de fondo y que no existía otro cauce para excepcionar, el resultado era la reunión en la demanda de todas las posibles defensas del demandado y, según la jurisprudencia que interpreta el art. 11. 2 LA, también se entiende que el demandado se somete tácitamente si, junto a la excepción, acumula *ad cautelam* otras defensas de fondo. “Con la interposición de la excepción de arbitraje en la contestación, si va acompañada de otra conducta de oposición a la demanda aduciendo motivos impositivos u obstativos, hay que entender que [el demandado o demandados] se someten tácitamente al Juez o tribunal ordinario por imperio de lo dispuesto en el artículo 58. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la doctrina jurisprudencial recaída en torno al mismo, por virtud de la cual no cabe suscitar ninguna otra cuestión so pena de implicar un acto de sumisión tácita” [Sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 10, de 25 de

amplio sector doctrinal, que, aunque legalmente ésa era la tramitación que correspondía a la excepción de arbitraje como dilatoria, no era la más apropiada. Para evitar todos los inconvenientes a que venimos aludiendo, proponíamos que la excepción de arbitraje se interpusiera y resolviera siempre -en todo tipo de procesos- con carácter previo por el procedimiento incidental³⁷, aunque ésta era antes de la reforma de la LEC una solución de *lege ferenda*. Por ello, señalábamos que acaso la solución al problema podría venir por la vía abierta por la jurisprudencia de algunas AAPP, que realiza un interpretación más flexible que otros sectores, de modo que admite la posibilidad de que el demandado interponga la excepción de arbitraje y pueda oponerse al fondo del asunto -*ad cautelam*, en previsión de que la excepción sea desestimada- contestando la demanda, sin que ello suponga renuncia tácita al arbitraje³⁸.

Afortunadamente, la nueva LEC regula la cuestión con este espíritu evitando que surjan problemas como los expuestos, de modo que la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje se hará valer con carácter previo mediante declinatoria al igual que la falta de competencia internacional (arts. 39 y 63 de la LEC).

febrero de 1992, *RGD*, n.º 574-575, julio-agosto (1992), pp. 7445-7447]. Cfr. también, entre otras, la Sentencia de la AP de Barcelona, Secc. 13, de 12 de mayo de 1992, *RGD*, n.º 579, diciembre (1992), pp. 12159-12160. Sentencia TS, Sala 1, de 1 de marzo de 1996 (R. 1988).

37. Esta es la solución que sugiere desde hace tiempo la mayoría de la doctrina, señalando la semejanza que existe en cuanto a la estructura entre la excepción de arbitraje y la declinatoria de jurisdicción. Ya en 1984, proponía ARMENTA DEU una tramitación de la excepción de arbitraje (entonces de compromiso del art. 19 LAP), que no supusiera para el demandado la renuncia al arbitraje y que tuviera una tramitación previa, y se decantaba por un incidente de previo pronunciamiento. Cfr. ARMENTA DEU, T.: "La cláusula compromisoria...", op. cit., pp. 353-355. Cfr. entre otros, VALENCIA MIRÓN, A. J.: "La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", op. cit., pp. 44-45. LORCA NAVARRETE, A. M.: "Comentario al art. 1 LA", op. cit., p. 25 y LORCA NAVARRETE/SILGUERO ESTAGNAN: *Derecho de arbitraje español*, op. cit., pp. 111-113. FONT SERRA, E.: "La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español", *Justicia*, n.º 2 (1989), p. 355 y "Comentario al art. 11 LA", op. cit., pp. 122-124. GONZÁLEZ MONTES, J. L.: "La excepción de arbitraje", op. cit., p. 1161. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil internacional*, op. cit., p. 269.

38. Sentencia AP de Madrid, Secc. 21, de 10 de mayo de 1993, *RGD*, n.º 588, septiembre (1993), pp. 8843-8844. Sentencia AP de Valencia, Secc. 6, de 18 de noviembre de 1992, *RGD*, n.º 582, marzo (1993), pp. 2244-2247, fto. jco. séptimo.

La Sentencia AP de Navarra, Secc. 2, de 21 de octubre de 1993, *RGD*, n.º 615, diciembre (1995), pp. 14156-14158, se pronuncia en los mismos términos que la de 16 de marzo de 1993 de la misma Audiencia, concluyendo que "la contestación a la demanda, tras la formulación de la excepción, y en un procedimiento en el que no está previsto un cauce que permita, si es rechazada la excepción, tal contestación a la demanda, no conlleva la renuncia al arbitraje pactado entre las partes" (p. 14158). La misma idea aparece en la Sentencia AP de Málaga, Secc. 6, de 25 de julio de 1994, *AC* (1995-1).

1. 2. *Efectos de la estimación de la excepción: la remisión de las partes al arbitraje*

Planteada la excepción y tramitada según lo establecido en cada Derecho nacional, los efectos de la estimación de la misma no se rigen por este Derecho, sino por la regulación convencional, que desplaza a lo que pudieran establecer los Derechos procesales internos en este sentido. Estimada la excepción, el tribunal estatal remitirá a las partes al arbitraje. El Convenio de Ginebra no contiene norma reguladora del efecto estimativo de la excepción, y cabe preguntarse si es aplicable *la lex fori*, en consonancia con la remisión al Derecho interno que el Convenio realiza en orden a la calificación y tramitación de la excepción, o la regulación neoyorquina por analogía. La primera opción, aunque lógica, no es en absoluto deseable, por la disparidad de soluciones que introduciría, además de ser contraria al espíritu de una regulación convencional que busca la uniformidad de soluciones por motivos de carácter práctico. La segunda, más pragmática y acorde con la finalidad convencional, encuentra su apoyo en la naturaleza complementaria que el Convenio de Ginebra presenta respecto al de Nueva York en aquéllos casos en que el acuerdo o el laudo arbitral entran en la definición del ámbito de aplicación de ambas Convenciones³⁹. En este sentido, el art. VI. 1 del Convenio de Ginebra puede considerarse como una elaboración del art II. 3 del Convenio de Nueva York, pero la remisión de las partes al arbitraje -la acción para la observancia del convenio arbitral- no está prevista en el Convenio de Ginebra, precisamente porque ya ha sido establecida así -regulado este efecto-, en el Convenio de Nueva York⁴⁰.

La remisión de las partes al arbitraje, supeditada a la previa comprobación, por el tribunal estatal de la validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, es obligatoria para los tribunales estatales, los cuales no poseen poder discrecional alguno en este sentido⁴¹. Lo que no aclara ninguno de ambos instrumentos convencionales es el alcance de la expresión “remitirá a las partes al arbitraje”. La coordinación entre el efecto remisión y el presupuesto de la misma, es decir, la previa comprobación de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral, lleva a concluir que el juez estático suspenderá el procedimiento hasta que haya comprobado estas cuestiones y

39. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York Arbitration Convention...*, op. cit., pp. 94-95.

40. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York Arbitration Convention...*, op. cit., pp. 94-95.

41. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York arbitration Convention...*, op. cit., p. 135. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 717.

remitirá a las partes al arbitraje, en su caso, con sobreseimiento del proceso judicial⁴². Para VAN DEN BERG, autorizado comentarista del Convenio de Nueva York, la obligación de remisión sólo comprende la suspensión del procedimiento que se está desarrollando ante el tribunal estatal, y éste no puede imponer el arbitraje porque son las partes quienes deciden si el arbitraje, efectivamente, tendrá lugar o proseguirá⁴³.

Por lo tanto, en el supuesto de que la excepción de convenio arbitral sea planteada ante un juez español y estimada, la autoridad judicial estática no sólo debe dictar sentencia absolutoria de la instancia y liberar al demandado de la carga de contestar la demanda, sino que, además, por aplicación de la regulación convencional internacional, debe remitir a las partes al arbitraje si así procede, previa comprobación de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio aunque este efecto no esté contemplado en Derecho procesal respecto de la excepción de arbitraje. Como VAN DEN BERG, entendemos que esta remisión debe consistir en una indicación, por el juez a las partes, del árbitro o institución arbitral competente -en el supuesto de que sea determinado, por ejemplo, porque las partes pactaron la sumisión a la Corte de arbitraje de una concreta Cámara de Comercio- o, en su defecto, en una indicación de la obli-

42. Según SAMUEL, cuando se solicita a un tribunal que decline el conocimiento del asunto, en un procedimiento planteado a pesar de la existencia de un acuerdo arbitral, es entendible que se pronuncie sobre las objeciones relativas al arbitraje que está teniendo lugar, sin esperar a que el tribunal arbitral emita su opinión al respecto. Sería inaceptable que los tribunales ordinarios tuvieran que declinar su jurisdicción cuando el demandado es incapaz de demostrar que existe un convenio arbitral mínimamente sostenible relativo a la materia que ha sido sometida al tribunal ordinario. En consecuencia, cuando el tribunal arbitral no se ha formado todavía, todos los países consultados permiten a sus tribunales retener la jurisdicción en estos casos. En esta línea, el art. II. 3 del Convenio de Nueva York, solamente exige al tribunal la remisión de las partes al arbitraje, si encuentra que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.

Las leyes de arbitraje de Holanda, Suecia, Suiza, Estados Unidos y Alemania Federal permiten a los tribunales estatales resolver sobre las objeciones planteadas por el demandante respecto de la cuestión que está siendo debatida mediante arbitraje, a la hora de determinar si finalizar o suspender sus procedimientos. En Francia, sin embargo, el tribunal debe declinar su jurisdicción incluso aunque tenga dudas sobre la validez del acuerdo arbitral. Una vez que el tribunal arbitral está constituido, el tribunal estatal debe, automáticamente, declinar el conocimiento sobre cualquier cuestión sometida al convenio arbitral (cfr. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 191).

43. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: *The New York arbitration Convention...*, op. cit., p. 129, quien señala como ejemplos que confirman esta opinión la *Implementing Acts of India y la Implementing Acts of the United Kingdom*. De la misma opinión es BERGER, P. K.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., p. 327.

gación de acudir al arbitraje. En ningún caso podrá el juez estático obligar a las partes a resolver la controversia por la vía arbitral, puesto que esta es una cuestión que entra dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y escapa al poder del órgano judicial. El inicio de la vía arbitral es una opción que deberá ejercer si lo desea el demandante.

Capítulo III
LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA ARBITRAL
INTERNACIONAL: EL ART. VI. 3
DEL CONVENIO DE GINEBRA

1. FINALIDAD DEL ART. VI. 3

Dispone este artículo que

“si una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”.

El art. VI. 3 del Convenio de Ginebra contempla la eficacia que la pendencia de un procedimiento arbitral produce sobre un proceso judicial incoado posteriormente por una de las partes del acuerdo arbitral, que somete a un tribunal estático bien la misma pretensión que está siendo discutida en el proceso arbitral, bien una cuestión relativa a la eficacia en general del convenio arbitral. Su finalidad es evitar la concurrencia entre árbitros y jueces en el conocimiento de un asunto, e impedir que una excepción relativa a la existencia de un convenio arbitral pueda ser planteada en cualquier momento del curso del procedimiento arbitral, entorpeciendo el mismo, sobre todo en el momento en que la parte que la plantea se da cuenta de que está perdiendo el asunto⁴⁴. El art. VI. 3 impide posibles maniobras dilatorias de parte interesada en paralizar el arbitraje y evitar el laudo acudiendo al tribunal estático. Con el art. VI. 3 pierde sentido toda actuación dilatoria, porque el conocimiento y resolución de la misma no es posible hasta que se dicte el laudo arbitral, que es precisamente lo que la parte que excepciona quiere evitar⁴⁵.

44. KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international du 21 avril 1961...”, op. cit., p. 342.

45. Cfr. FOUCHARD, PH.: *L’arbitrage commercial international*, op. cit., p. 134.

2. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA ARBITRAL

2. 1. El cauce jurídico para hacer valer la pendencia del procedimiento arbitral: ¿excepción de arbitraje o de litispendencia?

El procedimiento arbitral produce litispendencia -entendida en sentido amplio- sobre el proceso judicial, lo que obliga al juez a suspender el procedimiento ante él iniciado, salvo que tenga motivos suficientemente graves como para no cumplir esta obligación. “Disposición importante, esencial incluso: es la primera vez que una obligación de suspensión para el juez estático, en caso de procedimiento arbitral en curso, eleva al mismo nivel la instancia jurisdiccional y el arbitraje, creando una verdadera “litispendencia” en favor del arbitraje”⁴⁶.

La regulación convencional llama de inmediato la atención no sólo por la verdad de las citadas palabras de FOUCHARD, sino porque no existe en Derecho procesal español una disposición idéntica al art. VI. 3. Por ello cabe preguntarse qué cauce procesal deberá utilizar quien desee plantear ante un juez español la eficacia de un proceso arbitral pendiente: ¿la excepción de arbitraje o la de litispendencia?.

Podemos encontrar razones a favor y en contra de uno y otro cauce procesal, por lo que antes de llegar a una conclusión vamos a exponer dichos argumentos.

Si entendemos que el convenio arbitral sustrae competencia de los jueces estatales, la excepción procedente en todo momento es la de arbitraje (del antiguo art. 533. 8 LEC), puesto que falta el presupuesto de ejercicio de la excepción de litispendencia del anterior art. 533. 5: que el pleito esté pendiente ante un juzgado o tribunal con “competencia total” y que pertenezca al mismo orden jurisdiccional, por lo *que la excepción del art. II. 3 cubre todo supuesto de litispendencia arbitral*⁴⁷.

46. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 132. CREMADES, B. M.: “La cláusula arbitral”, *Panorámica española...*, op. cit., p. 42, afirma rotundamente que “es lógico que el Convenio de 1961... reconozca la litispendencia derivada de la iniciación de un procedimiento arbitral. Este no es sino la ejecución de la cláusula arbitral”. El autor no se plantea cuestiones relativas al presupuesto de la competencia.

47. El subrayado es nuestro. En opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil internacional*, op. cit., p. 272, “lo lógico es que el juez declare su incompetencia jurisdiccional, porque con independencia de que el proceso arbitral esté en marcha, le afecta en igual medida la excepción de compromiso” (Nótese que la respuesta está en función de la antigua LAP 1953). Así lo entienden también CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 873, quienes afirman “que quien tiene lo más tiene lo menos y que el efecto procesal de la incompetencia de los tribunales judiciales que establece el

En caso contrario, esto es, si entendemos que el convenio arbitral no afecta a la competencia de los jueces ordinarios, sólomente en atención a la naturaleza declarativa de la función jurisdiccional que ejercen los árbitros puede hablarse de litispendencia ante juez competente cuya decisión futura produce efectos frente a terceros y puede ser contradictoria con la sentencia judicial y, en este sentido, defender el planteamiento de la excepción de litispendencia en sentido amplio. Por otra parte, el principio de especialidad aconseja su ejercicio porque está pensado para la denuncia de la pendencia de un proceso. Para CORDÓN MORENO, la situación contemplada por el art. VI. 3 del Convenio de Ginebra se acomoda más a una litispendencia que a la simple existencia de un convenio arbitral y, por ello, se puede defender la utilización del art. 533. 5 LEC para excepcionar la pendencia del procedimiento arbitral internacional y que es más apropiado que el art. 533. 8, concebido para denunciar la existencia de un convenio arbitral que todavía no ha dado lugar a un procedimiento⁴⁸.

Vistas las posibilidades de una y otra excepción en lo relativo a los presupuestos de aplicación, vamos a examinar si la tramitación de la denuncia del procedimiento arbitral pendiente ofrece alguna ventaja según se utilice uno u otro cauce.

La excepción del art. 533. 8 presentaba, en juicios distintos del de mayor cuantía, el problema de la sumisión tácita a los tribunales estatales, por el hecho de realizar el demandado, al contestar la demanda después de comparecido en juicio, una actuación distinta de la de proponer en forma la oportuna excepción (art. 11. 2 LA)⁴⁹. Por ello proponíamos, siguiendo a un sector

artículo II. 3 de la Convención de Nueva York alcanza tanto si el tribunal arbitral está constituido y en funcionamiento o no, por lo que en principio cualquier situación de litispendencia podría ser amparada por la regla general del instrumento neoyorquino”.

48. Es evidente que la situación contemplada por el art. VI. 3 se asemeja a la de litispendencia regulada en el art. 533. 5 LEC: como apunta CORDÓN MORENO, el art. VI. 3 “exig[e]n los mismos presupuestos que la litispendencia en el Derecho interno: existencia de dos pleitos pendientes (aunque uno de ellos sea un procedimiento arbitral) y la identidad subjetiva y objetiva de ambos, aunque respecto de ésta última no se exija el rigor que nuestra jurisprudencia aplica a la hora de enjuiciar los requisitos de la litispendencia interna. En segundo lugar, es la misma la finalidad perseguida, evitar resoluciones contradictorias, si bien con un propósito distinto: en el Derecho interno como medida preventiva de la cosa juzgada; en el Derecho internacional, como medio para que el laudo o sentencia arbitral pueda ser ejecutada en su día en España”.

49. Según el texto del artículo “las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción” (art. 11. LA).

doctrinal, que su planteamiento y resolución tuviera siempre carácter previo a la contestación de la demanda y, en su defecto, que su proposición en la contestación -junto a otras defensas de fondo *ad cautelam* en un procedimiento en que no esté previsto un cauce que permita, si la excepción es rechazada, tal contestación a la demanda- no se entendiera como renuncia al arbitraje tal y como defiende la doctrina de algunas AAPP⁵⁰.

En cuanto a la excepción de litispendencia en sentido amplio entendíamos que también debía estar comprendida en la letra del art. 11 LA y ser admitida como oportuna excepción para la denuncia de un proceso arbitral pendiente, siendo deseable también su proposición y resolución con carácter previo. En otro caso, se aplicaría igualmente la doctrina jurisprudencial más flexible, de modo que su proposición en la contestación a la demanda no se entendiera como renuncia al arbitraje pendiente y consiguiente sumisión tácita.

Hoy, con la Ley 1/2000 de 7 de enero es evidente que el cauce procesal más adecuado para poner de manifiesto la existencia de un convenio o de un procedimiento arbitral es la declinatoria del art. 63 LEC, con las variantes que pueda introducir la regulación convencional ginebrina. No obstante, y si una vez comenzado un procedimiento en lugar de la declinatoria se planteara ante un órgano jurisdiccional una excepción denominada de litispendencia arbitral se puede defender y es deseable la admisión de la misma por el juzgador atendiendo a los razonamientos expuestos más arriba, sin que su interposición en la contestación a la demanda se interprete como sumisión tácita, aplicando la jurisprudencia que las Audiencias Provinciales venían desarrollando. ¿Por qué inadmitir una excepción de litispendencia arbitral si el demandado consideró este cauce más apropiado y, lo que es más importante, si con su defensa deja clara su voluntad de no renunciar al arbitraje?.

2. 2 Efectos de la litispendencia arbitral: la obligación judicial de suspensión del procedimiento

Según establece el art. VI. 3, una vez planteada ante el tribunal estatal una cuestión idéntica a la sometida al tribunal arbitral, o bien relativa en definitiva a la competencia arbitral, el tribunal estatal “deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”. Aquí tenemos un nuevo ejemplo de la prevalencia de la regulación convencional sobre la nacional: el

50. Cfr. la jurisprudencia citada en la nota 38, en el epígrafe en que se trata el momento preclusivo para el planteamiento de la excepción de arbitraje en los distintos ordenamientos jurídicos.

efecto de la proposición de la excepción no es la absolución en la instancia del demandado y la exclusión del segundo pleito -iniciado ante la autoridad estática- sino la suspensión de este último “hasta el momento en que éste [el árbitro] dicte su laudo sobre el fondo del asunto”⁵¹. “Si para conseguir esta finalidad [evitar resoluciones contradictorias] los Tratados no se limitan a ordenar al tribunal español que dicte una sentencia absolutoria en la instancia -como en el proceso interno-, sino que, según los casos, le facultan para suspender el proceso hasta que el Tribunal arbitral haya dictado una resolución sobre el fondo o a declarar la inadmisibilidad de la demanda, ello se debe a que, con mayor perfección técnica, están previendo la posibilidad de que el laudo no resuelva sobre el fondo -por declarar la falta de competencia del Tribunal arbitral, por ejemplo- o que se niegue su reconocimiento en España por prosperar alguna de las excepciones al reconocimiento y ejecución reguladas en los mismos Tratados. En estos casos, razones de economía procesal obligan a no tener que comenzar un nuevo proceso”⁵².

Antes de pasar a ver la salvedad que el art. VI. 3 introduce en favor del tribunal estatal, examinaremos cuál debe ser la actuación de dicho tribunal en el marco de este artículo del Convenio de Ginebra.

La generalidad de la doctrina consultada sobre el tema, se refiere a la obligación que el juez estatal tiene de suspender el procedimiento iniciado ante él. No obstante este acuerdo doctrinal, surge la duda de si esta obligación rige para los dos supuestos regulados en el art. VI. 3. Es decir, no sólo cuando se plantea ante el juez estático alguna de las concretas cuestiones relativas al convenio arbitral, sino también para el supuesto en que se plantee ante dicho juez una pretensión idéntica a la que está siendo discutida en el proceso arbitral pendiente. Esta pregunta surge a la vista del texto del art. VI. 3, que en ningún momento utiliza la expresión “suspensión del procedimiento” u otra similar, sino que ordena al tribunal estatal “diferir toda resolución” relativa, además, a la competencia del tribunal arbitral, lo que nos lleva a plantear una serie de cuestiones:

1. Cuál es el significado del verbo diferir, y si dicha obligación afecta a los dos supuestos del artículo citado.
2. Si en caso afirmativo, y planteándose idéntica pretensión, el juez estático debe examinar la competencia del órgano arbitral en el caso de que no suspenda el procedimiento por entender que existen motivos que permiten esta actuación excepcional,

51. Art. VI. 3 del Convenio de Ginebra

52. CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, op. cit., p. 172.

3. Si el juez estático debe actuar de oficio o a instancia de parte interesada,
4. Cuánto tiempo ha de durar la suspensión del procedimiento ante el juez estatal.

El término “diferir” significa “dilatar, retardar o suspender la ejecución de una cosa”⁵³, lo que, aplicado a nuestro caso, quiere decir que el juez estático ante el que se haga valer la litispendencia arbitral deberá suspender el procedimiento ante él iniciado sin poder examinar cuestión alguna relativa a la eficacia del convenio⁵⁴ -en definitiva, sin poder decidir sobre la competencia arbitral-, salvo que tenga motivos suficientemente graves como para desobedecer el mandato legal. A falta de previsión convencional, la regulación procesal de la situación la realiza el Derecho interno, lo que significa que la actuación del tribunal estatal se produce, en principio, a instancia de parte interesada. No cabe aquí, a diferencia de lo que sucede en la litispendencia interna, la apreciación de oficio de la litispendencia por el tribunal estatal, puesto que privaría a las partes de la posibilidad de renunciar al arbitraje y acudir a la vía judicial⁵⁵.

El procedimiento judicial permanecerá en suspenso hasta que el laudo arbitral haya sido pronunciado. El principio de tutela judicial efectiva exige que se haya agotado la vía arbitral y los recursos contra el laudo antes de que el tribunal estatal se pronuncie sobre las cuestiones planteadas ante el mismo.

53. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, t. I, Madrid, 1992, p. 749.

54. CREMADES, B. M.: “La cláusula arbitral”, *Panorámica española...*, op. cit., p. 44. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 873.

55. La jurisprudencia española de estos últimos años permite la estimación de oficio de la excepción de litispendencia, entendiendo que prevalece sobre los intereses particulares el interés público en evitar cuanto antes la duplicidad de procesos en beneficio de la seguridad jurídica y la economía procesal. Cfr., entre otras, la STS, Sala 1, de 25 de febrero de 1992 (R. 1552) que permite al juez apreciar de oficio la excepción de litispendencia no sólo en el acto de la comparecencia previa del juicio de menor cuantía sino hasta el momento de dictar sentencia. En esta línea también la STS, Sala 1, de 27 de diciembre de 1993 (R. 10153), justifica la actuación de oficio por razones de interés público y de respeto a los derechos de las partes contendientes. Más recientemente, las SSTS, Sala 1, de 16 de enero de 1997 (R. 14) con los mismos argumentos, y de 15 y 17 de marzo de 1997, *La Ley* (1997), 3861 y 3129.

A) *Excepción a la obligación judicial de suspensión del procedimiento: motivos suficientemente graves*

El Convenio de Ginebra no explica lo que entiende por “motivos suficientemente graves”. La imprecisión y vago carácter de esta expresión pareció muy criticable a un gran número de redactores de la Convención⁵⁶, por el peligro que entrañaba la libertad de acción dejada a los tribunales estatales⁵⁷, los cuales podían realizar una interpretación amplia del concepto de “motivo grave” y conseguir de este modo anular su obligación de suspender el proceso judicial⁵⁸. En cuanto que esta disposición constituye una excepción al principio de suspensión, ha podido justificarse por cuanto parece poco verosímil que se plantee corrientemente en la práctica⁵⁹ y, precisamente por su carácter excepcional, debe ser objeto de una interpretación restrictiva⁶⁰ y no ser utilizada más que en hipótesis muy raras, “de este género y de esta gravedad”⁶¹.

Su significado, en términos amplios, hace referencia bien a “la ausencia evidente de toda convención de arbitraje en la cuestión sometida al juez, bien a la hipótesis de una convención obtenida por fraude”⁶² y, en general, a los motivos “susceptible[s] de generar la convicción judicial de que el laudo eventualmente resultante del procedimiento arbitral carecería de posibilidades de ser reconocido y ejecutado en el foro por incurrir ya en una de las causas de denegación. A falta de laudo, esas causas sólo pueden proceder de circunstancias graves que tienen que ver con la inexistencia o invalidez del convenio arbitral”⁶³.

56. Cfr. KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international du 21 avril 1961...”, op. cit., p. 343.

57. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya precisión de contenido queda en manos de los jueces. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 873.

58. Cfr. FOUCHARD, PH.: *L’arbitrage commercial international*, op. cit., p. 133.

59. Cfr. KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international du 21 avril 1961...”, op. cit., p. 343.

60. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 718 y 873.

61. Cfr. KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international du 21 avril 1961...”, op. cit., p. 343. FOUCHARD, PH.: *L’arbitrage commercial international*, op. cit., p. 134.

62. KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international du 21 avril 1961...”, op. cit., p. 343.

63. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 874, n. 73. En este sentido, FRANCHI, G.: “La convenzione arbitrale...”, op. cit., p. 339, se refiere al convenio que no puede producir efectos o debe ser anulado.

Capítulo IV
LAS IDENTIDADES PROCESALES

La litispendencia requiere que entre ambos litigios exista total identidad de personas, cosas y causas, requisitos exigidos por el art. 1252 Cc para la procedencia de la presunción de cosa juzgada, puesto que la excepción de litispendencia se funda en la necesidad de evitar no sólo la duplicidad de pleitos, sino también la posibilidad de que puedan dictarse sentencias contradictorias y oponerse en el otro pleito como alegación de cosa juzgada⁶⁴.

Sabido es que el laudo arbitral tiene fuerza de cosa juzgada y que puede llegar a producirse el supuesto que la excepción trata de evitar, esto es, la contradicción entre lo decidido por sentencia y lo declarado en el laudo. Por ello, trataremos de determinar si, en el ámbito del arbitraje internacional, se requieren las mismas identidades que en el arbitraje de Derecho interno para la producción de aquél efecto o, lo que es lo mismo, si las identidades necesarias para la estimación de la excepción de litispendencia arbitral internacional y, en un estadio anterior, de la excepción de arbitraje, son las mismas que en el Derecho interno.

1. LA IDENTIDAD OBJETIVA Y DE CAUSA PETENDI

Nuestro examen se centrará, brevemente, en el análisis de los requisitos exigidos en los Convenios de Nueva York y Ginebra para la estimación de la excepción de arbitraje, y en los requisitos que el segundo de estos Convenios exige para la suspensión del proceso judicial ante la incoación previa de un proceso arbitral (excepción de litispendencia arbitral).

Por lo que respecta a la excepción de arbitraje, ni el art. II. 3 del Convenio de Nueva York ni el VI. 1 del Convenio de Ginebra concretan los requisitos necesarios para la estimación de la excepción, sino que se refieren genéricamente al asunto sobre el que versa el convenio arbitral y que es sometido al tribunal estatal. Tampoco proporcionan más pistas los respectivos artículos de estos Convenios que versan sobre denegación del reconocimiento y la ejecu-

64. Cfr. Sentencia TS, Sala 1, de 18 de junio de 1990 (R. 4764).

ción y sobre la nulidad del laudo arbitral. En este sentido, el art. V. 1. c) del Convenio de Nueva York contempla como motivo de denegación del reconocimiento el que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula. Es decir, no aparece indicación alguna más concreta sobre las identidades procesales que conforman el objeto del proceso arbitral. Tampoco en el Convenio de Ginebra, cuyo art. IX c) contempla la posibilidad de anular el laudo arbitral si se refiere a una controversia no prevista en el compromiso o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula.

La supletoriedad del Derecho interno en estas ocasiones nos lleva a concluir que es necesario aplicar la doctrina tradicional respecto de las tres identidades, de modo que un juez español remitirá a las partes al arbitraje cuando compruebe que el objeto del proceso incoado ante él coincide con el objeto del proceso arbitral (todavía en fase de convenio, por lo que deberá analizar cuales son las partes del mismo, el objeto o controversia, si está especificado, y la *causa petendi*), lo que supone otorgar al árbitro un amplio margen de decisión.

En lo que respecta a la excepción de litispendencia arbitral, el art. VI. 3 del Convenio de Ginebra es más concreto, puesto que se refiere al hecho de que una de las partes del compromiso arbitral se dirija ante un tribunal ordinario y plantee una “demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes”. Esta regulación sugiere la idea de que no es necesaria la identidad de causa de pedir entre los procesos para aplicar el tratamiento procesal previsto, pese a no existir triple identidad necesaria para estimar la excepción. No obstante, entendemos más adecuado con nuestro Derecho procesal, que la expresión “mismo objeto o diferencia” comprende tanto el *petitum* como la *causa petendi*, para impedir que los casos de acumulación de autos sean tratados como de litispendencia con la consiguiente injusticia que supone la exclusión de un proceso cuya pretensión se funda en una causa distinta.

En este caso, el juez debe suspender el proceso. La diferencia con la regulación establecida en el Derecho interno “se debe a que, con mayor perfección técnica, (los tratados) están previendo la posibilidad de que el laudo no resuelva sobre el fondo..., o que se niegue el reconocimiento y ejecución regulados en los mismos tratados. En estos casos, razones de economía procesal obligan a no tener que comenzar un nuevo proceso”⁶⁵.

65. CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, op. cit., p. 172.

2. EN ESPECIAL, LA IDENTIDAD SUBJETIVA

2. 1. *La transmisión de la cláusula compromisoria*

En este apartado pretendemos estudiar el problema que se conoce como transmisión de la cláusula compromisoria al cesionario de un contrato o de un crédito y al subrogado. Adelantamos, no obstante, dos cuestiones: la primera, que no creemos correcta esta terminología, sino que, a la vista de la opinión que defendemos y vamos a explicar, es más adecuado hablar de vinculación para el nuevo titular del contrato o del crédito, que de transmisión de cláusula arbitral. En lo que respecta a los nombres de cesionario y subrogado, puede utilizarse genéricamente el término de subrogación para todos los nuevos titulares, puesto que la subrogación es un efecto que obedece a múltiples causas y que consiste en que el nuevo titular se coloca en el lugar del antiguo. Sin embargo, mantendremos la denominación de cesionario para el adquirente del contrato o del crédito, y la de subrogado para referirnos a quien se coloca por pago en el lugar del antiguo deudor.

En definitiva, se trata de determinar si el cesionario o subrogado están vinculados por el convenio arbitral concluido con anterioridad a sus respectivas cesión y subrogación.

La respuesta es muy importante puesto que la producción de efectos del convenio estará en función, jurídicamente, de la posibilidad de transmisión y, en su caso, de la nueva posición adquirida por aquéllos. Y es en este punto donde interesa determinar, en relación a las excepciones de arbitraje y litispendencia arbitral, si la nueva posición jurídica supone identidad subjetiva, respectivamente, entre el cedente y el cesionario y entre el subrogante y el subrogado. Cuestión distinta son los criterios de conveniencia a los que también nos referiremos a la hora de justificar nuestra posición.

La segunda de las cuestiones que queremos aclarar antes de seguir adelante es nuestro punto de partida, constituido por nuestra concepción acerca del convenio arbitral. Dicho de otro modo, suscribimos la teoría del convenio arbitral como contrato independiente, dotado de autonomía propia, que lo diferencia del contrato principal, identidad propia del convenio arbitral al que FOUCHARD se refirió como “contrato dentro de un contrato”⁶⁶.

Esta característica se conoce en el ámbito del Derecho comercial internacional como “autonomía de la cláusula compromisoria”, lo que significa que, en virtud de dicha autonomía, la cláusula puede estar sometida a un ordenamiento jurídico distinto del que rige el contrato principal (autonomía conflic-

66. Cfr. FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 67.

tual) y que la nulidad o resolución del contrato base no acarrea necesariamente la de la cláusula compromisoria (autonomía material)⁶⁷.

A) La cesión del contrato que contiene una cláusula compromisoria

A. 1. Alcance de la cesión del contrato: convenio arbitral como cláusula o como accesorio del contrato principal: la jurisprudencia francesa y de la Corte de arbitraje de la CCI

La cesión del contrato “representa la forma más completa de sucesión a título particular en una relación de obligación. Ella no afecta al negocio sino a la relación jurídica contractual, y tiene por efecto el subingresso, por un solo acto, de un nuevo sujeto en la posición jurídica activa y pasiva de uno de los originales contratantes, sin necesidad de acudir a dos actos separados de cesión en la parte activa y de asunción en la posición pasiva. Como opera una sucesión total en la relación jurídica, la cesión de contrato es un medio técnico de circulación más progresiva que la cesión de crédito y la asunción de deuda”⁶⁸. Quien sustituye a una de las partes del contrato adquiere, por tanto, la titularidad de la relación contractual -entendida como conjunto de efectos jurídicos constitutivos de la posición de parte contratante y nacidos del acuerdo de voluntades- que permanece en su dimensión objetiva⁶⁹.

De lo expuesto podemos concluir que existe identidad subjetiva entre cedente y cesionario porque la cesión del contrato, mejor, de la relación contractual⁷⁰, es una sucesión por acto intervivos que coloca al cesionario en la posición jurídica del cedente, del mismo modo que el causahabiente sucede

67. Cfr. CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “El arbitraje comercial internacional”, *Derecho...*, op. cit., pp. 752-753, quienes puntualizan que la calificación “autonomía conflictual” y “autonomía material” es de F. E. KLEIN. El segundo de los aspectos, la autonomía material, está recogido en el art. 8 de la Ley española de Arbitraje de 1988 y según estos autores (p. 754), la autonomía conflictual del convenio arbitral en nuestro Derecho, pese al silencio del legislador, es defendible no sólo “por la falta de prohibición expresa, sino que puede inferirse indirectamente de la diferencia de conexiones utilizadas por el art. 61 de la Ley de arbitraje”. “En los ordenamientos que la admiten, se estima que la autonomía de la cláusula compromisoria viene impuesta no por una norma de conflicto, sino por una norma material especial de Derecho internacional privado -de formulación jurisprudencial o legal-, de manera que el órgano judicial ante el que se invoca debe apreciarla siempre, aunque no sea contemplada por el Derecho extranjero aplicable al fondo del contrato principal”.

68. BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1970, pp. 224-225. En el mismo sentido, CRISTÓBAL MONTES, A.: “La cesión del contrato”, *Estudios de Derecho de obligaciones*, Zaragoza, 1985, p. 157.

69. Cfr. GARCÍA-AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, p. 77. RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, Barcelona, 1974, p. 164.

por acto *mortis causa* al causante en su posición jurídica, y a efectos procesales interesa destacar que también “en los procesos en que el cedente era parte”⁷¹. Este razonamiento basta para justificar, en una primera conclusión, que el cesionario esté vinculado por la cláusula compromisoria inserta en el contrato cedido.

Dicha conclusión se funda en la consideración del convenio arbitral como una cláusula o estipulación más del contrato cedido. Si esto es así, ¿por qué no admitir que el cesionario queda vinculado frente al cedido por la cláusula compromisoria que concertaron cedente y cedido? “En efecto, la cláusula compromisoria no constituye propiamente hablando un accesorio del crédito transmitido por Z, sino más bien una cláusula del contrato que ha sido cedido en su totalidad”⁷² y vincula al cesionario.

Esta posición tiene su origen en la consideración de la cláusula arbitral como parte integrante de lo que se llama “economía del contrato”, de modo que la transmisión de los derechos contractuales entraña la transmisión al cesionario del beneficio de la cláusula compromisoria, indisociable de aquélla economía⁷³. Por su parte, la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el particular de este modo:

70. “Lo que recibe y va a ejercer el futuro adquirente es una entera posición contractual: la condición de parte, tal como la ostentaba el cedente, con sus titularidades y deberes. Cedente y cesionario pretenden, no comunicar aquél y recibir éste individualmente cada uno de los créditos y deudas que componen la posición cedida, mediante singulares contratos de cesión y asunción, sino el conjunto, de un golpe” (LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, tercera edición, Barcelona, 1994, p. 555).

71. RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, op. cit., p. 165.

72. Laudo de la Corte de Arbitraje de la CCI recaído en el asunto n.º 7154 (1993), *JDI*, n.º 4 (1994), p. 1062. El tribunal entendió que los actos jurídicos que habían tenido lugar entre las empresas afectadas podían ser calificados de cesión de contratos y que el cesionario, al aceptar la competencia de los árbitros fundada en las cláusulas compromisorias contenidas en los contratos -y al no ser la cláusula compromisoria un accesorio del crédito sino una cláusula del contrato que ha sido cedido en su totalidad-, había reconocido haber retomado las obligaciones contractuales que van más allá de la simple cesión del crédito.

73. “La cesión de la integridad de los derechos subsistentes en beneficio del cedente que derivan de un contrato que contiene una cláusula compromisoria, implica necesariamente la transmisión al cesionario del beneficio de esta cláusula indisociable de la economía del contrato”. Se trata de un pronunciamiento de la Corte de París tomado de DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire (*à propos de l’arrêt de Cassation civile, première chambre, 6 novembre 1990*)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1991), p. 25. Cfr. también las referencias a la jurisprudencia que aparecen en las notas a pie de página n.º 27 y n.º 28 de la citada p. 25. Cfr. el comentario de Y. DERAIS al laudo de la Corte de

“según la doctrina jurídica dominante, una convención de arbitraje no sólo es válida entre las partes, sino que también se impone a sus sucesores universales y a sus causahabientes, a título particular, cesionarios y todos los adquirentes de obligaciones. Sólo hacen excepción a este principio aquellos casos en los que la convención de arbitraje está redactada de tal modo que descarta a los sucesores o cesionarios”⁷⁴.

Según DELEBECQUE, la cláusula compromisoria “es simplemente una pieza del contrato que la contiene” y la respuesta a la cuestión de si el cesionario está vinculado por la cláusula compromisoria concluida por el cedente no debería dudarse apenas, desde el momento en que hay transmisión de las obligaciones⁷⁵.

Otro sector de la jurisprudencia gala ha considerado que la extensión de la cláusula arbitral no se funda ya en si forma parte o no del contenido del contrato, sino en su propia fuerza. La Corte de apelación francesa ha declarado que “la cláusula compromisoria inserta en un contrato tiene una validez y una eficacia propia, que ordena extender su aplicación a la parte cesionaria, a los derechos de uno de los contratantes, incluso parcialmente, a condición de que el litigio entre dentro de las previsiones de la convención de arbitraje”⁷⁶. Como puede observarse, es patente el cambio de concepción respecto de la línea de pensamiento anterior. YVES DERAIS, en su comentario a un pronunciamiento de la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio, pone de relieve el cambio de orientación, señalando que con la misma “la cláusula de arbitraje vincularía igualmente al cesionario aunque no se hablara de cesión del contrato, porque el acuerdo arbitral es oponible a la parte que, en calidad de cesionario, se prevale del crédito nacido de la ejecución de los contratos”⁷⁷.

arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, asunto 7154 (1993), *JDI*, n.º 4 (1994), p. 1064, en el cual el autor explica esta línea de pensamiento también seguida por la Corte de apelación francesa y que será sustituida por la que defiende la extensión de la cláusula fundada en su propia fuerza. Las referencias a esta antigua jurisprudencia pueden verse en el comentario de DERAIS citado, p. 1064.

74. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2626 (1977), con comentario de Y. DERAIS: *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, Madrid, 1985, pp. 201-205. Opina el autor que el convenio arbitral es una estipulación habitual en los contratos comerciales, sobre todo en materia internacional, y que se transmite o se cede con el contrato siguiendo las mismas formas. Cfr. el comentario citado, p. 204.

75. Cfr. DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire”, op. cit., pp. 21-25.

76. Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1. Ch.), de 20 de abril de 1988, *Rev. de l'arb.* (1988), p. 570. (Tomamos esta referencia de Y. DERAIS: “Comentario al Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 7154 (1993)”, *JDI*, n.º 4 (1994), p. 1064.

77. Cfr. DERAIS, Y.: “Comentario al Laudo de la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, asunto 7154 (1993)”, op. cit., p. 1064.

El convenio arbitral aparece como una suerte de derecho del contrato principal que sigue la suerte del crédito que nace del contrato. En cualquier caso, no se respeta el principio de autonomía del convenio que impide -pensamos- que pueda hablarse de cesión de contrato que conlleve la de la cláusula⁷⁸, y fundamenta una autónoma cesión del convenio arbitral. Esta es la posición que aparece mantenida en el laudo arbitral recaído en el caso 109/1980, de 9 de julio de 1984 en Rusia, en el que los árbitros declararon que:

“un acuerdo arbitral... no puede ser objeto de cesión. Siendo un autónomo contrato de procedimiento requiere el acuerdo independiente del cesionario para que este pueda ser sometido a la jurisdicción que fue elegida por las partes”⁷⁹.

Pese a lo acertado de la decisión, la línea que defiende no es mayoritaria, y la tendencia en el ámbito del arbitraje internacional es que el convenio arbitral puede ser cedido con el contrato principal, si a ello no se opone la ley rectora del convenio⁸⁰. El cesionario queda vinculado por la cláusula compromisoria a menos que el acuerdo sea inseparable del cedente -único límite que se admite- y la cuestión debe resolverse según lo que disponga la ley aplicable⁸¹. No obstante, dejamos constancia de la necesidad de contar siempre con la voluntad del cesionario, sin la cual, y con independencia de lo que establezca la ley aplicable, creemos que no es posible considerar a éste como parte de un convenio arbitral.

78. En opinión de CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, op. cit., p. 59, el pacto arbitral y el contrato principal emanan de declaraciones de voluntad dirigidas a fines diversos. “Por eso, la cesión del contrato principal no lleva consigo la del pacto arbitral, salvo que el cesionario la acepte expresamente”.

79. Laudo de la Comisión de arbitraje del comercio internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la URSS, caso 109/1980, de 9 de julio de 1984, *YB* (1993), p. 100.

80. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., p. 696. Como dijimos, el convenio arbitral puede estar regido por una ley distinta de la aplicable al contrato principal, lo que se conoce como “autonomía conflictual” de la cláusula compromisoria.

81. Cfr. CRAIG/PARK/PAULSSON: “The validity of the arbitration agreement”, *JCCA*, n.º 3, capítulo 5 (1990), p. 100. En el mismo sentido se pronunció la Corte de arbitraje de la CCI, en el laudo final del caso 6363 en 1991, *YB* (1992), p. 195: “una cesión completa de contrato también cede, si la ley rectora lo permite, la cláusula compromisoria. Y... la cesión del derecho singular del conjunto de una obligación liquidada que deriva de otro acuerdo de ejecución que contiene una cláusula compromisoria, conlleva una implícita opción por el arbitraje para la solución de las disputas que surjan sobre el conjunto”.

B) La cesión del crédito derivado de un contrato que contiene cláusula compromisoria

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA la cesión de créditos es el efecto del acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor por el cual el mismo crédito pasa de uno a otro con todas sus garantías y ventajas, sin que pierda identidad la relación jurídica⁸². Por virtud del acuerdo de voluntades, la titularidad del derecho de crédito se transmite del primer acreedor al segundo, quien se subroga o subentra en la posición jurídica del primitivo acreedor⁸³. Con el crédito se ceden todos los derechos accesorios del mismo como fianza, hipoteca, prenda o privilegio⁸⁴.

La posición jurídica del nuevo acreedor es idéntica a la del antiguo, porque la cesión del crédito provoca una sucesión en la parte activa de la obligación⁸⁵. Pero, ¿es suficiente dicha identidad para considerar que el cesionario está vinculado por la cláusula arbitral concluida por el cedente?⁸⁶.

82. Cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., pp. 217 y ss. Cfr. también CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones (decimosexta edición)*, Madrid, 1992, pp. 286-287 y 376-377.

83. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1526 Cc", *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1020-1025. BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, op. cit., pp. 233 y 236.

84. Art. 1528 Cc. Cfr. el comentario a este artículo de PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1528 Cc", *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1030-1031.

85. El cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido y viene a ocupar la misma posición que el cedente, por lo que mediante el negocio jurídico de cesión puede realizarse la hipótesis que da lugar a la sucesión procesal. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, op. cit., p. 161. La sustitución de una de las partes puede conseguirse mediante cesión, según lo prescrito en la ley aplicable al caso *-the relevant municipal law-* (cfr. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 102).

Doctrina sobre el estado de la cuestión en distintos países puede consultarse en las notas 141 a 144 de la p. 102 de la citada obra de A. SAMUEL. En esta línea señala FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 121, n. 14, que, con razón, el cesionario del crédito de un contrato internacional que contenga cláusula compromisoria no ha sido considerado por la jurisprudencia como tercero.

86. En Derecho alemán "es generalmente admitido que el causahabiente universal está vinculado por la cláusula de arbitraje concluida por el *de cuius*. En la duda, debe ser lo mismo incluso en lo que concierne a los sucesores a título particular del acreedor (cesionario del crédito)" (KOHL, "L'arbitrage en droit allemand", op. cit., p. 19). Cfr. también ROBERT, J.: *L'arbitrage: droit interne et droit international privé*, París, 1993, p. 99, siguiendo a GOUTAL.

Enlazando con el tema de la jurisprudencia relativa a la cesión del crédito de la que hablábamos existen pronunciamientos de tribunales franceses en sentido afirmativo. AYNÈS, por ejemplo, en su comentario a la Sentencia de la Corte de apelación de París (Sociedad Guayapeche c. Abba Import Aktiebolag)⁸⁷, opina que el argumento ofrecido por la Corte de que “la cláusula estaba mencionada en el acto de cesión, así como el carácter litigioso de los derechos cedidos” no es convincente. Para el autor, es la fuerza obligatoria de la cláusula la que impone su transmisión, la cual no depende de la voluntad de las partes que no habrían podido excluirla mediante la convención de cesión en la que el cedido no es parte⁸⁸. “Permitir al cesionario que ignore la cláusula compromisoria significaría que, al ceder su crédito, una de las partes puede imponer a la otra la resolución de esta convención. Es siempre la fuerza obligatoria de ésta la que está en causa, fuerza ilusoria si una de las partes puede, unilateralmente, poner en término. Hay que decidir que el cesionario del crédito, haya o no querido, haya o no conocido -lo que puede, llegado el caso, abrir un contencioso con el cedente- está vinculado por la cláusula compromisoria⁸⁹.”

87. La Corte decidió que “la cesión por una empresa a otra de los derechos que la primera tiene del contrato concluido con una tercera parte, con estipulación de subrogación en todas las acciones nacidas de los derechos cedidos, *por consiguiente del contrato*, y el compromiso/obligación del cesionario de proseguir a su riesgo todos los procedimientos juzgados útiles, comporta necesariamente la transferencia del beneficio de la cláusula compromisoria, expresamente mencionada en el acto de cesión a la vez que se precisaba el carácter litigioso de los derechos cedidos. Es con fundamento que un tribunal arbitral ha deducido que el cesionario puede invocar la convención de arbitraje” [Sentencia *Cour d’appel* de París (1 *Ch. suppl.*), de 26 de mayo de 1992 (Sociedad Guayapeche c. Abba Import Aktiebolag), *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), p. 624].

88. Coincide su opinión con la manifestada por Y. DERAÏNS en su comentario al Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, dictado en el asunto 7154 (1993), al que ya hemos hecho referencia en la pregunta anterior, como un ejemplo de los casos en que la Corte de arbitraje ha considerado al convenio arbitral una cláusula más del contrato que se transmite con el crédito.

89. AYNÈS, L.: “Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de París (1 *Ch. suppl.*) de 26 de mayo de 1992 (Société Guyapeche c. Abba Import Aktiebolag)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), pp. 630-631. En dicho comentario el autor cita jurisprudencia francesa que permite que la cláusula compromisoria sea invocada contra el cesionario, tanto en caso de cesión como de subrogación. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., p. 99, siguiendo a GOUTAL, entiende que la cesión del crédito comporta la de la cláusula cuando el crédito resulta de un contrato que la contiene. Según AYNÈS (p. 631), el cesionario deviene parte del contrato originario y por ello el deudor puede oponerle todas las excepciones, en sentido amplio, vinculadas a sus relaciones contractuales con el cedente. Sin embargo, el beneficiario de una estipulación contractual en favor de tercero es un tercero respecto al contrato porque adquiere un derecho directo y distinto del que pertenece al estipulante y, por ello, no puede invocar la cláusula.

AYNÈS sigue la jurisprudencia favorable a la extensión de la cláusula basada en su propia fuerza. Lo que no queda claro es el fundamento de la misma. ¿Qué significa y de dónde viene?. No vemos inconveniente en que la cesión del crédito deje inoperante la cláusula. Es más. Siendo un contrato del que las partes lo son voluntariamente, debería ser objeto de negociación entre el cedido y el cesionario, en su caso, pero nunca ser impuesto a éste. Para AYNÈS, el origen de la transmisión es el contrato, que da fuerza al crédito cedido tanto como a la cláusula arbitral.

En esta línea, la Corte de apelación de Aix ha vuelto a declarar -sin argumentos- la vinculación del deudor cedido y el cesionario por el convenio arbitral incluido en un contrato, origen del crédito que ha sido cedido de modo que “el deudor cedido puede oponer al cesionario la cláusula compromisoria inserta en el contrato del que nace el crédito que alega el cesionario, e igualmente puede valerse de todas las excepciones que nacen de sus relaciones contractuales con el cedente”⁹⁰.

Claúsula contractual o accesorio del crédito del contrato: la objeción es la misma que planteamos ante la cesión del contrato: la incompatibilidad de esta teoría con la que ve en el acuerdo arbitral un contrato independiente dentro de otro contrato y que, en buena lógica, para poder ser transmitido, debería ser objeto de un acuerdo propio y específico de cesión. Una posible justificación para la opinión de quienes defienden la vinculación para el cesionario de la cláusula pactada entre cedente y cedido es entender que el convenio arbitral es un accesorio del crédito y que, por tanto, se transmite con él⁹¹. Esta parece ser la premisa de que parte PANTALEÓN PRIETO⁹² cuando admite que el cesionario del crédito pueda hacer valer un convenio arbitral o *pactum de foro prorogando* relativos al crédito cedido, pactados entre el cedente y el deudor. En la misma línea considera GARCÍA CANTERO⁹³ entre los accesorios del crédito “los derechos y acciones que correspondían al cedente para reclamar el crédito”. DíEZ-PICAZO entiende que la idea de “accesorios” se refiere “como es lógico, a pretensiones diferentes de las dirigidas a obtener o reclamar la pres-

90. Sentencia *Cour d'appel d'Aix-en-Provence* de 9 de enero de 1997 (SNTM Hiproc c. Banque générale du commerce), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1997), p. 77.

91. Cfr. MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, Paris, 1979. p. 457. En el mismo sentido DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire...”, op. cit., p. 26.

92. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al art. 1528 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, op. cit., p. 1031.

93. Cfr. GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1528 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIX, Madrid, 1991, p. 710.

tación principal, que es el primario objetivo de la cesión⁹⁴. Y para DELEBECQUE, que entiende la cláusula arbitral como un accesorio del crédito, la cesión de dicho crédito transmite no sólo los derechos resultantes del mismo, sino también sus accesorios, por lo que no hay duda de que se transmite la cláusula compromisoria⁹⁵. Y CASTÁN afirma que “el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido”⁹⁶. Ni siquiera se refiere el citado autor a derechos accesorios ni emplea términos similares. Habla de “contratos” y el convenio arbitral lo es. ¿Puede afirmarse que el convenio influya en el contenido del derecho transmitido?. Siguiendo a Díez-PICAZO y GULLÓN⁹⁷, se denomina contenido del derecho subjetivo a “el ámbito y a las posibilidades de actuación que, en virtud de la titularidad de tal derecho, se confiere o reconoce al sujeto a quien corresponde respecto del objeto, interés o bien jurídico sobre el que recae” y, en abstracto, está compuesto por tres niveles: un conjunto de facultades jurídicas, una serie de deberes y una especial protección jurídica que el derecho recibe, y que debe entenderse como “posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que estos intervengan en defensa del interés”. Si tenemos en cuenta que el arbitraje es una alternativa equivalente a la vía judicial para administrar Justicia, podemos concluir que el cesionario del crédito queda vinculado por el convenio arbitral porque es un contrato que influye en el contenido del derecho transmitido, en cuanto que ofrece la posibilidad de obtener la especial protección jurídica -que es contenido del derecho- a través del arbitraje.

B. 2. Conclusiones

Para terminar este apartado, y a modo de conclusión, diremos, del mismo modo que en el caso de la cesión del contrato que, si se entiende el convenio arbitral como un accesorio del crédito, entonces, por aplicación del art. 1528 Cc, la cesión del crédito transmite la cláusula arbitral, que vinculará al cesionario. Sin embargo, no debe perderse de vista que el convenio arbitral, precisamente en virtud de su autonomía, es independiente tanto de un contrato como del crédito, a diferencia de las garantías. Es accesorio, sí, siempre

94. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, p. 814.

95. DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire...”, op. cit., p. 26.

96. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 746.

97. Díez-PICAZO/GULLÓN: A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, Madrid, 1995, pp. 427-429.

que por accesorio entendamos instrumental, al servicio de las partes, para la resolución de las posibles controversias entre ellas. Ahora bien, no puede defenderse la accesoriedad como dependencia en cuanto a existencia, validez, eficacia..., etc. La cláusula arbitral, por su autonomía, está sometida a sus propias vicisitudes. Por ello, lo mismo que en el caso de la cesión del contrato, creemos que es más respetuoso con aquélla autonomía y con el carácter voluntario del arbitraje el que la vinculación al convenio para el cesionario se realice, si éste lo aprueba, mediante un acuerdo específico de cesión. Distinta cuestión es que sea más práctico y favorable al tráfico mercantil que dicha vinculación se entienda producida y eficaz por el hecho de la cesión del contrato o del crédito. Pero éste es un criterio no jurídico.

C) Pago con subrogación

C. 1. El pago del asegurador

Si un tercero se subroga por pago⁹⁸ en los derechos de una de las partes del contrato, ¿está vinculado por la cláusula compromisoria concluída por el subrogante?

En palabras de CASTÁN, “se llama pago con subrogación a aquella forma de pago que, en vez de extinguir la deuda, como el pago ordinario, no hace más que cambiar la persona del acreedor, convirtiendo a quien paga una deuda ajena en acreedor del verdadero deudor... permaneciendo idéntica la obligación”⁹⁹. Como efecto de la subrogación se transmite el crédito desde el patrimonio del acreedor *accipiens* al del tercero *solvens*, manteniéndose el

98. No podemos dejar de preguntarnos cómo es posible que el pago del nuevo acreedor no extinga la obligación del antiguo, teniendo en cuenta además que el Código civil regula la subrogación en sede de novación de las obligaciones. Según la doctrina civilista más autorizada, “el deudor no responde ante el cesionario de una obligación distinta, sino de la misma obligación en su total integridad e identidad” (SANCHO REBULLIDA, F. A.: “Comentario al art. 1212 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, p. 316). Así lo demuestra el que subsistan las obligaciones accesorias y el que no se requiera consentimiento del deudor. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. A.: “Comentario al art. 1209 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, p. 311. En opinión de BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, op. cit., pp. 258-260, el pago extingue el crédito en virtud de la función de satisfacción que produce en la economía de la relación. El crédito no puede pasar al tercero porque deja de existir. Lo que sobrevive en la subrogación es la relación de obligación de la que el acreedor que ha recibido el pago queda excluído y el tercero que paga se sustituye en la posición de acreedor. La supervivencia de la relación obligacional se justifica por la finalidad de asegurar la recuperación de lo pagado con un medio más enérgico que una común y ordinaria acción de regreso.

99. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 450.

mismo crédito, sin novación por tanto¹⁰⁰. El pago no es extintivo de la obligación¹⁰¹, por lo que tampoco se extinguen los derechos accesorios que se transfieren al subrogado junto con el crédito¹⁰², ya sea contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de hipotecas (art. 1212 Cc). Por ello la naturaleza de la subrogación se aproxima más a la de la sucesión que a la de la propia novación¹⁰³.

Esta descripción plantea la cuestión de si existe alguna diferencia entre la institución de la cesión de créditos y la subrogación¹⁰⁴, puesto que en ambos casos se produce una transmisión del crédito¹⁰⁵. “Es entonces la distinta *causa* la que determina las diferentes condiciones en que se produce la transmisión,

100. Cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 227. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 452.

101. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 450. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 227.

102. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 450. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., pp. 227 y ss. CAPILLA RONCERO, F.: Voz “*Subrogación*”, *EJB*, t. IV, Madrid, 1995, p. 6383.

103. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 453. Para entender la comparación hay que tener en cuenta que el Código civil regula la subrogación en sede de novación. “En todo caso, habrá que reputarla como una novación modificativa o impropia, pues la novación propia supone una obligación que se extingue, en virtud de otra que viene a sustituirla; mientras que la subrogación resultante del pago implica un mero cambio de acreedor, permaneciendo idéntica la obligación” (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 450). “El subrogado adquiere los derechos del subrogante en su montante, pero también en su exacta composición, con su naturaleza civil o comercial, sus modalidades en cuanto a las condiciones del pago, las presunciones a las que va unido” (MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, op. cit., p. 453).

104. Existen dos especies de subrogación: legal, en los casos expresamente mencionados en el Código, y convencional o voluntaria, que ha de ser establecida por las partes con claridad para que produzca efecto. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, op. cit., p. 451. La subrogación convencional consiste en un acuerdo entre el primitivo acreedor y el que le paga la deuda, para subrogar a este último en los derechos del primero. En los supuestos de subrogación legal, es la ley la que determina la subrogación del nuevo acreedor en los derechos del antiguo, sin tener que contar con éste ni con el deudor. Son los casos previstos en el art. 1210 Cc. Cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., pp. 228-230.

105. Cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 228. El TS ha entendido que existe entre ambas figuras “sustancial identidad”. Así lo declara la Sentencia de 29 de mayo de 1984 (R. 2804): “la subrogación o pago con subrogación es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los artículos 1526 y ss del Código civil”. Como puso de relieve BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, op. cit., p. 254, la diferencia se encuentra en la función que cumplen: en la cesión existe un interés en la circulación del crédito, mientras que en la

diferencia que no afecta al hecho mismo del paso del crédito con todos sus *adminicula*. Debido a esa diversidad de causas la responsabilidad del antiguo acreedor frente al subrogado puede no ser idéntica a la del vendedor del crédito, como tampoco es igual la del donante frente al donatario, siendo todo ello una cuestión que depende del título por el que el cambio se produzca. Es el título lo que disciplina los efectos interpartes del cambio, pero no el cambio mismo, cuyo objeto y mecánica son iguales en todos los casos”¹⁰⁶.

En definitiva, “la subrogación es un efecto que obedece a múltiples causas, desde la venta de un crédito hasta el pago al acreedor preferente”¹⁰⁷, y que consiste en la transmisión de la titularidad del crédito al nuevo acreedor¹⁰⁸, quien lo adquiere con todos los derechos anexos (art. 1212 Cc), subentrando en la posición jurídica del acreedor subrogante¹⁰⁹. En palabras del TS:

“Con ella hay un cambio en los elementos personales de la relación jurídica..., pero bien entendido que es lo único que cambia, pues en lo demás, la obligación queda inalterable o invariable en su total contenido y características, como si a la misma no le afectase tal limitación, y es que la obligación se mantiene desligada de sus sujetos sin estar aferrada a la individualidad de los mismos. Si de crédito se trata, el deudor no responde hacia el cesionario de una obligación distinta, sino de la misma obligación en su total integridad e identidad, en cuyo sentido ya cuida nuestro Código de hablar de novación modificativa”¹¹⁰.

Así las cosas es posible afirmar que existe identidad subjetiva entre el subrogante y el subrogado pues, aunque no se trate de la misma persona física, sí que existe identidad jurídica, porque ocupan la misma posición jurídica por virtud de la sucesión y, en consecuencia, actúan en la misma calidad, lo que explica también que al tercero que pasa a ocupar la posición de acreedor

subrogación el problema práctico es garantizar la recuperación de la suma adelantada al tercero que tenía interés en satisfacer al acreedor preferente. Aquí se protege el interés en el regreso y no en la circulación del crédito. Recogen las palabras del autor citado Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., p. 827 y CAPILLA RONCERO, F.: Voz “Subrogación”, op. cit., p. 6383.

106. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 235.

107. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., pp. 234-235.

108. Cfr. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., p. 832. RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, op. cit., p. 167.

109. Cfr. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., p. 826. BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, op. cit., p. 253.

110. Sentencia TS, Sala 1, de 13 de febrero de 1988, R. 1985.

se le puedan oponer las excepciones eficaces contra éste¹¹¹. Por virtud del efecto traslativo del crédito, el subrogante recibe los procedimientos excepcionales de los que el subrogado pudiera disponer para recuperar el crédito y puede continuar los ya comenzados por aquél¹¹². Queda vinculado por la cláusula compromisoria que pudiera contener el contrato, y puede acudir a la misma jurisdicción que hubiera podido acudir el subrogante¹¹³. Así lo entiende la escasa jurisprudencia que hemos encontrado sobre el tema, en la que aparece como idea de fondo el convenio arbitral como “modalidad de derecho” que se transmite con el crédito:

“por el efecto traslativo de la subrogación de una compañía de seguros en los derechos y acciones de su asegurado, la cláusula compromisoria se transmite al asegurador con el crédito y los derechos del asegurado, *del cual constituye una modalidad*”¹¹⁴:

111. Cfr. Sentencia de 29 de mayo de 1984 (R. 2804): “tratándose de subrogación, el tercero que actúa como *solvens* pasa a ocupar la posición del acreedor originario, con la posibilidad de que se le puedan oponer las excepciones eficaces contra éste”.

112. Cfr. MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 532-536. Para MESTRE, el que se subroga recibe todos los derechos del subrogante en su montante y exacta composición, con su naturaleza, modalidades y condiciones de pago, destacando dos particularidades: la oponibilidad de excepciones inherentes a la deuda y, la que más nos interesa, la permanencia de la competencia jurisdiccional. La opinión de RAMOS es que “subsiste la obligación anterior modificada por la subrogación de un nuevo acreedor, siendo este cambio en la titularidad relevante a los efectos de una posible sucesión procesal” (RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, op. cit., p. 164).

113. La subrogación no cambia la jurisdicción competente para conocer de la acción del subrogante. Adquiriendo sus derechos del subrogante, el subrogado debe acudir a la jurisdicción competente para conocer de la acción del subrogante (cfr. MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, op. cit., p. 453).

114. Así lo ha declarado expresamente la Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Ch. suppl*) de 13 de noviembre de 1992 (Sociedad Casco Nobel France c. Sico Inc. y Kansa), *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 632-644, con comentario de J. L. GOUTAL. Incluimos un resumen de los hechos por parecernos un caso muy ilustrativo del tema que tratamos: por contrato de licencia técnica, la sociedad Ripolin (transformada en sociedad Casco Nobel France) concedió a título exclusivo a la sociedad de Derecho canadiense Sico Inc. una licencia para la utilización de su *savoir faire* en la fabricación y la venta de productos -definidos en el contrato de transferencia de tecnología- en Canadá y los Estados Unidos. El contrato se regía por la ley francesa y contenía una cláusula compromisoria. Sobrevino un litigio relativo a los productos vendidos por Sico Inc. a la sociedad de Derecho canadiense Bombardier. La sociedad Sico Inc. y su asegurador Kansa indemnizaron a Bombardier y se subrogaron en los derechos de ésta, e iniciaron un procedimiento contra la sociedad Casco Nobel France ante la jurisdicción canadiense que se declaró incompetente a causa de la cláusula de arbitraje.

Según puntualizó la Corte de Arbitraje, las acciones ejercidas fueron de dos tipos: por un lado, la acción de Sico sometida a arbitraje era una acción personal en pago de daños y

En la misma línea, la Corte de Arbitraje de la CCI declaró que:

“el subrogante sustituye al subrogado en los mismos créditos que éste, sin que haya novación, con todas sus características especialmente las relativas a la competencia y el procedimiento... como consecuencia de que el subrogado ejerza en el lugar y sitio de éste la acción de su acreedor, está vinculado por la cláusula compromisoria que regula esta acción y de la cual puede prevalecerse”¹¹⁵.

Por ello,

“el asegurador de mercancías averiadas, subrogado en los derechos del cargador contra el armador y sin otro vínculo jurídico con este último, únicamente puede ejercer contra dicho armador -a consecuencia de la subrogación y en las mismas condiciones que lo hubiera podido hacer el asegurado-, la acción directa en virtud del contrato de transporte que contiene la cláusula compromisoria que suscribió su asegurado y no puede por su parte llamar en garantía a aquél (demandado) ante el tribunal en el cual él mismo (el asegurador) es demandado, cuando el contrato de transporte que vincula a su asegurado contiene una cláusula compromisoria”¹¹⁶.

perjuicios fundada en el contrato de licencia técnica e intentada en calidad de contratante directo y no como subrogado en los derechos y acciones de Bombardier; por otra parte, la acción que interpuso la compañía de seguros generales Kansa lo fue en calidad de subrogada en los derechos y acciones de la sociedad Sico Inc. por haber indemnizado en calidad de asegurador. La Corte aclaró, como hemos transcrito más arriba, que el asegurador quedaba vinculado por la cláusula compromisoria, a consecuencia de la subrogación. Señala J. L. GOUTAL, en su comentario a la decisión, que esta misma solución ha sido aplicada al asegurador de cosas y al asegurador de responsabilidad civil. (Cfr. el comentario del autor en *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 643-644, con citas de jurisprudencia de la Corte de casación francesa).

115. Laudo dictado por la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el asunto 1704 (1977), con comentario de DERAIS, Y.: *Jurisprudencia arbitral...*, op. cit., pp. 197-200, en esp. pp. 197-198, en cuya opinión si el subrogado puede ejercer la acción de su acreedor, no se ve por qué no podrá invocar la cláusula de arbitraje incluida en el contrato celebrado por este último con el deudor, sin que la autonomía jurídica de las cláusulas de arbitraje puede justificar un tratamiento distinto.

116. Sentencia *Cour de cassation (Cb. civ., 2 Sect.)* de 13 de mayo de 1966, *Rev. crit.* (1967), pp. 356-357 y comentario en p. 362. En nuestro país, la opinión contraria -para nosotros la única aceptable- es defendida por 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)*, Madrid, 1991, p. 133, quien se pregunta si, en el caso de que en la póliza de seguro se incluya un convenio arbitral, el perjudicado (o sus herederos) está vinculado por el mismo o es libre de acudir a la vía arbitral. Y concluye con una respuesta negativa, porque “el convenio arbitral inserto en la póliza de seguro tan sólo vincula a las partes que lo suscribieron (tomador y

En esta ocasión, la Sociedad (SAT), que había encargado, a la Sociedad “Fraissinet” el transporte de unas mercancías desde Montreal a Marsella, demandó, debido a las averías sufridas por las mercancías, a su aseguradora “La Capitale” y a otras compañías de seguros y al armador. A su vez, las compañías aseguradoras llamaron en garantía a dicho transportista marítimo, “Fraissinet”, que invocó la cláusula compromisoria del “conocimiento” para declinar la competencia del tribunal ante el que se había planteado la demanda, en tanto que tribunal de la sede de uno de los codemandados, asegurador del demandante. La Corte permitió el ejercicio de la acción contra el armador que, a consecuencia de la subrogación, pasó al asegurador. Según su razonamiento, SAT sólo podía proceder contra el armador por la vía de la acción directa que le pertenece en virtud del contrato de transporte que contiene la cláusula de arbitraje y que vincula a SAT. Y esta acción es la única que puede ejercer la aseguradora “La Capitale” en virtud de la subrogación -y sin otro vínculo jurídico con el armador-.

Como destaca MEZGER, “la subrogación comporta sucesión no sólomente en el crédito sino también en las cargas que gravan el crédito del asegurado, entre ellas, la carga resultante de la cláusula compromisoria. La oponibilidad de la cláusula al subrogado (y al cesionario) debería ser una evidencia primera”¹¹⁷. Esta es también la opinión de algún sector doctrinal¹¹⁸. Y un último dato: en lo que respecta a la llamada en garantía, la Corte concluyó que la cláusula compromisoria prevalecía sobre la facultad concedida al demandante, en caso de pluralidad de demandados, de plantear la demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos. Aceptó, por tanto, la excepción que interpuso Fraissinet a la demanda que planteó la aseguradora “La Capitale”.

asegurado) y no a terceros que puedan beneficiarse de la existencia de dicho seguro. De esta forma, el perjudicado sólo podrá ser obligado a someter la cuestión a arbitraje si es él mismo quien otorga un convenio arbitral con el dañante o la entidad aseguradora”.

117. MEZGER, E.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation (Ch. civ., 2 Sect.)* de 13 de mayo de 1962”, *Rev. crit.* (1967), p. 362.

118. “Resulta por la subrogación que el subrogado está igualmente vinculado por la cláusulas de jurisdicción o compromisorias que el subrogante había suscrito” (MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, op. cit., p. 457). DELEBECQUE, Ph.: “La transmission de la clause compromissoire”, op. cit., p. 27, entiende que si el subrogado ejerce la acción del subrogante, está vinculado por las cláusulas concluidas por éste último. En opinión de GOUTAL, J. L.: “L’arbitrage et les tiers”, *Rev. de l’arb.* (1988), 446-447, el crédito se transmite al subrogado con todos sus accesorios y las acciones de las que está provisto. La cláusula se transmite con el crédito, porque constituye una *modalidad del derecho transmitido*. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., p. 99, se adhiere a la línea jurisprudencial francesa.

C. 2. Conclusiones

La respuesta a la cuestión planteada al principio será distinta según se considere el convenio arbitral como un accesorio del crédito o no. Si se entiende como tal, la aplicación del art. 1212 lleva a la conclusión de que, efectivamente, el acreedor subrogado queda vinculado por el convenio arbitral que concluyó el antiguo acreedor a quien sucede. El nuevo acreedor puede, por tanto, continuar con el procedimiento judicial iniciado por el acreedor subrogante¹¹⁹ y es lógico pensar que también el arbitral. Por ello, existía litispendencia si se acudiera a la vía civil para demandar lo mismo que está siendo discutido en la vía arbitral, porque “la pretensión del subrogado frente al deudor *es la misma* que tenía el acreedor pagado. Así se deduce con toda claridad del art. 1212 e incluso de su tenor literal”¹²⁰.

En la hipótesis contraria, esto es, que se atienda al principio del efecto relativo del contrato y de autonomía de la cláusula compromisoria, difícilmente podrá defenderse que el nuevo acreedor quede obligado por dicho acuerdo arbitral. Y acaso deba ser esta la solución más respetuosa con el deudor cedido -cuyo consentimiento, no se olvide, no es necesario para que se produzca el efecto transmisivo del crédito-, que puede no querer un arbitraje en consideración a la persona del nuevo acreedor. De lo que no cabe duda es de que la vinculación del nuevo acreedor es la solución que más se acomoda a las necesidades del tráfico mercantil, marco principal en el que tienen lugar las transmisiones crediticias y los pactos arbitrales.

C. 3. El pago del fiador

Según el artículo 1839 Cc, “el fiador se subroga por pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor”. Entre estos derechos ¿puede entenderse incluido el convenio arbitral concertado entre el deudor y el acreedor?. Si así lo fuera, el fiador que ha pagado quedaría vinculado por el pacto arbitral e interesa determinar si existe identidad subjetiva entre el primitivo y el nuevo acreedor, es decir, entre el antiguo acreedor y el fiador.

119. Como señala RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, op. cit., p. 168, “es realmente improbable que un acreedor pague a otro acreedor preferente que esté litigando frente al deudor en reclamación del crédito. Pero, en el caso infrecuente de que ocurra, el acreedor que ha pagado se subroga en los derechos del acreedor preferente contra el deudor. Y, en consecuencia, *puede también suceder en el proceso pendiente que se seguía frente al mismo*”.

120. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 231. El subrayado es de los autores.

GUILARTE entiende que la subrogación tiene el máximo alcance objetivo porque el precepto alude a “todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor”¹²¹. “En síntesis, el fiador se subroga en los derechos, en las garantías y en los privilegios propios de la obligación principal que correspondían al acreedor... siempre que, mediata o inmediatamente, habida cuenta del carácter instrumental de la subrogación, permitan obtener al fiador la prestación que el principal obligado adeudaba”¹²². Para Díez-PICAZO, “la subrogación atribuye al subrogado el mismo derecho que tenía el acreedor pagado, con el derecho a los intereses y las prestaciones accesorias, con las específicas garantías de que el crédito dispusiera, con sus privilegios y preferencias y con todas las demás facultades que puedan considerarse como accesorios del crédito”¹²³.

El problema, como en los casos anteriores, se centra en la transmisibilidad de la cláusula compromisoria y, en lo que respecta a sus efectos, en la posición jurídica en la que queda el fiador. Según la sentencia de 13 de febrero de 1988¹²⁴, “por el pago surge la subrogación, que no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, el que en razón al crédito en el que se subroga es su sucesor; según dicho artículo (1212 Cc) forzoso es entender que el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra, no puede ser de otra forma, la más mínima alteración, salvo en la exclusiva del cambio de personas, la del cedente por la del cesionario subrogado como nuevo acreedor, *el cual podrá exigir su cumplimiento en los propios términos en los que los hubiere podido ejercer su anterior acreedor* del que es sucesor, manteniendo el título todo su valor y eficacia, sin alteración alguna, pues en nada le ha de afectar aquél cambio en la persona de su titular”¹²⁵.

En conclusión, el fiador subrogado es, por tanto, un sucesor del antiguo acreedor y ocupa su posición jurídica. “La subrogación opera de forma que el

121. Pero deben quedar excluidos los derechos que por naturaleza sean intransmisibles, dado el carácter traslativo de la subrogación, y probablemente aquéllos derechos para cuyo ejercicio se requiere como presupuesto una particular forma de legitimación. Se refiere GUILARTE al ejemplo que se cita habitualmente de la acción cambiaria que corresponde al acreedor y que, sin embargo, no puede ser ejercida por el fiador extracambiarario. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1839 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Madrid, 1983, p. 268.

122. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1839 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 268.

123. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., p. 441.

124. Sentencia TS, Sala 1, de 13 de febrero de 1988 (R. 1985).

125. El subrayado es nuestro.

solvens sucede en la relación obligatoria en el mismo lugar por el que paga¹²⁶. A partir de aquí, las conclusiones son distintas:

En principio podemos considerar que el convenio arbitral es una de las facultades del crédito pagado, por lo que el fiador está vinculado por el mismo y puede resolver los potenciales problemas que surgan relativos al crédito con el deudor a través del arbitraje. Según la doctrina civilista autorizada, el fiador puede, por el carácter instrumental de la subrogación, servirse de todos los medios disponibles para obtener la prestación que el principal obligado adeudaba¹²⁷. El fiador se subroga “en las acciones del acreedor principal contra el deudor principal”¹²⁸ y en este sentido es evidente la utilidad del convenio arbitral¹²⁹.

La jurisprudencia citada más arriba (Sentencia del TS de 13 de febrero de 1988), aclara que el cesionario puede exigir el cumplimiento en los propios términos en que los hubiera podido exigir el anterior acreedor. Por ello el fiador puede utilizar también el convenio arbitral. En esta línea, pero respecto de la venta o cesión de un crédito, vimos la opinión de PANTALEÓN PRIETO a favor de que el cesionario pueda hacer valer un convenio arbitral -relativo al crédito cedido- pactado entre acreedor y deudor¹³⁰ en el supuesto del art. 1528 Cc. El autor parece entender el convenio arbitral entre los derechos accesorios del art. 1528. Y no se olvide que el art. 1528 viene a coincidir con el art. 1212 Cc¹³¹ relativo a la subrogación por lo que, en buena lógica, la opinión del autor citado puede aplicarse también al caso que nos ocupa, es decir, la vinculación del

126. REYES LÓPEZ, M. J.: “Consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Cc”, *ADC* (1988), p. 201. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 235, con cita de las sentencias de 29 de mayo de 1984 y de 15 de noviembre de 1990.

127. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1839 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 269.

128. VICENT CHULIA, F.: “Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, p. 380.

129. Según VALENZUELA GARACH, F.: “El contrato de fianza mercantil”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, p. 454, el fiador, una vez se ha situado en la posición jurídica del antiguo acreedor, “ejercerá los derechos que hagan posible la vuelta de su situación patrimonial al mismo estado en que se encontraba antes del pago”.

130. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario al art. 1528 Cc”, *Comentario del Código civil...*, op. cit., p. 1031.

131. Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. A.: “Comentario al art. 1212 Cc”, *Comentario del Código civil...*, op. cit., p. 316. Según GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1528 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 709, ambos preceptos no son idénticos pero pueden integrarse recíprocamente.

fiador al convenio arbitral. El fiador ejercerá la *misma* pretensión que tenía el acreedor pagado¹³². Al contrario, si se considera que el convenio no es un accesorio de los que cabe incluir en la letra de los artículos 1212 y 1528 Cc, y se atiende al principio del efecto relativo del contrato y de autonomía de la cláusula entonces, una vez más, hemos de denegar la vinculación para el fiador respecto del convenio arbitral.

2. 2. *La extensión de la cláusula compromisoria*

Con este título nos referimos a “una persona o una sociedad que no es formalmente parte de un convenio arbitral, que no lo ha firmado o que no haya sido mencionada en calidad de parte”¹³³. Queremos determinar si el convenio arbitral vincula a aquél que, sin ser parte en el mismo -y por tanto, un tercero según el principio del efecto relativo del contrato-, se encuentra respecto de alguna de las partes del acuerdo en una relación de garantía o, en general, de una cierta conexidad (por ejemplo, unidos por vínculos de solidaridad, indivisibilidad..., etc). En definitiva, personas físicas o jurídicas que, a diferencia de los supuestos de los epígrafes anteriores, no se subrogan sino que mantienen su posición jurídica, pero a la vez un nexo especial con una de las partes del convenio arbitral.

A) *Extensión al fiador simple*

Nos preguntamos ahora si se extienden al fiador los efectos del convenio arbitral concluído entre acreedor y deudor. Si el acreedor se dirige a la vía judicial, ¿puede el fiador excepcionar el arbitraje?

Según FOUCHARD, el efecto relativo del contrato impide oponerlo a terceros, es decir, exigir su presencia en la causa. La única posibilidad de que intervengan en el curso del procedimiento es que presten su consentimiento¹³⁴. En

132. Según LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 1, op. cit., p. 231, “el pago con subrogación determina la transferencia de algo anteriormente existente: la pretensión del subrogado frente al deudor es la *misma* que tenía el acreedor pagado”. La cursiva es del autor.

133. POUURET, J. F.: “L’extension de la clause d’arbitrage: approches française et suisse”, *JDI*, n.º 4 (1995), p. 893.

134. Cfr. FOUCHARD, PH.: *L’arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 120-121. Cita, en la p. 121, el ejemplo de la Secretaría de la Comisión de Arbitraje para la Cámara de Comercio rumana que interpretando un artículo de su Reglamento aclaró que “no se puede citar en arbitraje al garante ni introducir terceros en la causa”. Como señala muy acertada-

sentido negativo se ha pronunciado también la Corte de casación francesa respecto del garante, que “no puede personalmente invocar las cláusulas compromisorias en las que no ha sido parte”¹³⁵.

La solución contraria tuvo lugar en el caso *Universal Pictures c. Inex Film and Inter-Export*, en el cual una entidad gubernamental yugoslava, *Inter-Export*, había garantizado las obligaciones de otra entidad estatal, *Inex Film*. La garantía tenía la forma de una breve frase y firma añadida al final de la página de firmas del acuerdo entre *Inex* y *Universal*, el cual contenía una cláusula arbitral. La frase, inmediatamente bajo las firmas de *Inex Film* y *Universal*, estaba escrita a mano y rezaba así: “El abajo firmante garantiza la ejecución por *Inex Film* del contrato arriba suscrito”. Sobre la base de esta frase, *Inter-Export* quedó sujeta al convenio arbitral¹³⁶.

Parece que la única justificación de la solución a este caso reside en el hecho de que el convenio extiende su eficacia a *Inter-Export*, garante de *Inex Film*, por haber estampado su firma en el contrato principal. Es decir, el convenio arbitral se considera una cláusula más del contrato.

Esta es también la posición adoptada por *CHILLÓN MEDINA* y *MERINO MERCHÁN* al tratar el tema de la extensión a terceros de la eficacia del contrato principal de base. Según los autores, “si el pacto de garantía se incluye dentro del contrato principal, la cláusula de arbitraje prevista ejercerá sus efectos respecto de las partes intervinientes, y tanto los obligados principales como los subsidiarios tendrán acceso al proceso arbitral. Cuando, por el contrario, el contrato de garantía es independiente del contrato principal, a menos que se reproduzca en términos idénticos la cláusula arbitral, el fiador quedará fuera de la relación establecida y los árbitros carecerán de competencia para conocer las consecuencias del pacto accesorio que vincula a una de las partes con un tercero”¹³⁷.

mente *BERGER, K. P.*: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 311-312, el tercero no puede forzar su intervención en la causa, del mismo modo que tampoco las partes pueden obligar al tercero a intervenir. Su participación en un arbitraje pendiente es posible vía acumulación (*joinder*), intervención o, más frecuentemente en la práctica, acumulación (*joinder*) para demanda de indemnización sólo si todas las partes y el tribunal concienten”.

135. Sentencia *Cour de cassation (Cb. comm.)* de 22 de noviembre de 1977 (*Bui Van Tuyen c. Société Merrill Lynch Pierce Fenner y Smith Inc*), *Rev. de l'arb.* (1978), p. 461.

136. Cfr. *CRAIG/PARK/PAULSSON*: “The validity of the arbitration agreement”, op. cit., p. 101. Cfr. también las notas citadas en páginas anteriores.

137. *CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN*: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 697-698.

La opinión de estos autores nos lleva a plantear la siguiente cuestión: contrato de garantía y contrato principal son distintos, con partes distintas. ¿Cómo es posible que la cláusula arbitral extienda su eficacia al pacto de garantía?. ¿Dónde queda el principio de relatividad contractual?.

A. 1. Excepciones oponibles por el fiador

Una de las cuestiones que hay que tener en cuenta para encontrar la respuesta al interrogante de si el fiador que no es parte en el convenio arbitral puede oponer la excepción de arbitraje al acreedor que le demanda en vía judicial es la oponibilidad de excepciones por parte del fiador, cuestión que a su vez está ligada a la naturaleza jurídica de la fianza y, en concreto, a una de sus notas características: la accesoriedad. En palabras de GUILARTE, la accesoriedad significa que la obligación del fiador cumple una función auxiliar en beneficio de otro negocio, “desempeña un cometido instrumental reforzando el derecho principal y da lugar al correspondiente nexo funcional entre obligación de garantía y obligación garantizada. La subordinación propia de cualquier situación jurídica accesorial se justifica y explica, por tanto, en la fianza, por su servicio al mismo fin perseguido por la obligación principal. Hay, como se ha señalado, una dependencia funcional al vínculo fiado, con el que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos de accesoriedad, el subordinado no llega nunca a fundirse, siendo posible en todo momento identificar dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo, pero sometidas a un régimen propio y distinto”¹³⁸; porque “el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia; cuando paga, cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el

138. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Madrid, 1986, pp. 19-20. A la accesoriedad se refieren las siguientes reglas: “la obligación fideiusoria no puede existir sin un obligación principal válida (art. 1824), aunque sea futura (art. 1825); no puede excederla en cuantía ni sujetarse a condiciones más duras (art. 1826); el fiador puede oponer las excepciones inherentes a la deuda principal (art. 1853); la obligación fideiusoria se extingue al hacerlo la principal (art. 1847), sufriendo además el reflejo de todas sus vicisitudes; se entiende cedida con ella (art. 1528); en la accesorial se subroga -como acreedor- quien lo haga en la principal (art. 1212) y sólo de este modo -es decir, junto con la principal- pueden producirse la cesión o la subrogación en el lugar del acreedor” (LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2, Barcelona, 1995, p. 341). Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., p. 415. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pp. 88-90, en esp. p. 90. CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 131. VICENT CHULIA, F.: “Introducción al estudio de las garantías personales...”, *Tratado de garantías...*, op. cit., p. 380. VALENZUELA GARACH, F.: “El contrato de fianza”, *Tratado de garantías...*, op. cit., pp. 436-441.

interés del acreedor, titular de aquélla...; es un verdadero obligado, no un mero responsable por deuda ajena, lo que, además, elimina la posibilidad de considerar la existencia de una sola relación obligatoria con dos deudores, como si el garante asumiera la misma deuda que el principal deudor”¹³⁹. “Dicha función de asegurar el cumplimiento de una obligación ajena, se desenvuelve mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio con contenido propio y específica causa de garantía”¹⁴⁰.

En virtud del carácter accesorio de la obligación fideiusoria¹⁴¹, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y que sean inherentes a la deuda (art. 1853). En opinión de GUILARTE, esta posibilidad “es un efecto propiamente jurídico del complejo contenido representado por la fianza: si en virtud de la misma se coloca al fiador en una posi-

139. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pp. 1782.

140. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentario del Código civil*, op. cit., p. 1782. Como señala Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., pp. 414-415, “aunque la idea de fondo que aparece en el art. 1822 es la de una obligación con dos sujetos, de los cuales uno es deudor principal y otro deudor subsidiario, como lo prueba la reiterada idea del deudor principal, que en el Código aparece (cfr. art. 1826), la articulación de la situación creada por la fianza es suficientemente compleja y en ella pueden reconocerse dos relaciones jurídicas diversas: la relación jurídica entre acreedor y deudor y la relación jurídica de fianza”. Esta idea de la existencia de dos obligaciones, la principal garantizada y la de garantía o fideiusoria distinta de la primera, es la que sigue actualmente la doctrina moderna. En este sentido, además de GUILARTE ZAPATERO, ya citado, cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 2, op. cit., p. 340. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., p. 95. CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad...*, op. cit., pp. 66-67, además de señalar que el fiador asume su propia obligación, añade que lo más importante es que el título por el que el fiador se obliga sea distinto del título por el que se obliga el deudor principal. Cfr. también MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: “El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, n.º 3 (1992), pp. 817-818. La doctrina anterior sostenía la existencia de una sola obligación, de la cual uno de los deudores lo era principal y el otro subsidiario, es decir, la figura del fiador se entendía como la de un deudor subsidiario de la misma obligación existente entre acreedor y deudor. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 11-12, con referencia a SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO Y CASTÁN. En la misma línea, CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente*, Granada, 1991, p. 67. En contra de esta antigua doctrina precisa CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad...*, op. cit., p. 67, como hemos apuntado más arriba, que el fiador asume una obligación propia: “no sólo responde, como ocurriría si hubiera prestado una garantía real por deuda ajena”.

141. Cfr. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 2, op. cit., pp. 340 y ss. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., p. 282. CORDÓN MORENO, F.: “Aspectos procesales de la fianza”, *Constitución, Derecho y proceso: Estudios en memoria de los profesores V. Herce Quemada y A. Duque Barragués*, Zaragoza, 1983, p. 363.

ción semejante a la del deudor principal para que con su obligación auxiliar satisfaga el interés del acreedor, resulta de perfecta coherencia que pueda disponer de los recursos de aquél... tratándose de hacer frente... a un interés sustancialmente igual¹⁴².

Entre estos recursos, ¿es posible entender que se encuentra comprendida la excepción de arbitraje?. La cuestión puede plantearse también de la siguiente forma: ¿puede el acreedor reclamar sólo al fiador por el cauce del proceso arbitral, cuando el segundo no es parte en el convenio entre el acreedor y el deudor principal?¹⁴³.

Si nos remitimos al caso *Inex Film*, expuesto más arriba, es lógico que el fiador pueda oponer la excepción de arbitraje al acreedor que le reclame en vía judicial puesto que se extiende también al garante la eficacia del convenio arbitral como si hubiera sido parte en el mismo desde el principio.

Sin embargo, la respuesta debe ser negativa por dos motivos. En primer lugar, la solución del caso *Inex Film* choca frontalmente con el carácter convencional del arbitraje y con el principio de relatividad contractual. Por otro

142. GUILARTE ZAPATERO, V.: "Comentario al art. 1853 Cc", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, Madrid, 1986, pp. 424-425. Opina CASANOVAS MUSSONS, A.: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, p. 46, que se trata de excepciones que competen al deudor no por sí, sino en cuanto que pertenecen objetivamente a su obligación. Son excepciones inherentes a la deuda, no al deudor: "en virtud de la remisión efectuada a la obligación principal, cualquier circunstancia jurídica perteneciente a ésta se reproduce exactamente en la obligación subsidiaria del fiador". "Al afectar a la eficacia de la obligación en razón de la obligación misma (que constituye el presupuesto de la obligación del fiador), se legitima a éste, como obligado subsidiario, para su oposición (art. 1853)".

143. Como señala CORDÓN MORENO en su artículo "Aspectos procesales de la fianza", op. cit., pp. 370-372, la hipótesis de que el acreedor demande sólo al fiador se planteará únicamente "respecto a la fianza simple o con beneficio de excusión, ya que, en la fianza solidaria, en virtud de la remisión del artículo 1822, II, el acreedor puede dirigir su demanda indistintamente frente al deudor o frente al fiador (artículo 1144 del Cc)". Según el autor, "esta posibilidad no está prevista en el Código civil y su admisión está en función del significado que demos a la nota de la subsidiariedad con que, generalmente, se caracteriza a la fianza" y que "no quiere decir condicionalidad, en el sentido de que la obligación del fiador está condicionada en cuanto a su existencia al incumplimiento de la obligación principal" ni que "la reclamación infructuosa frente al deudor sea condición necesaria para reclamar el cumplimiento de su obligación al fiador". El beneficio de excusión, manifestación de la subsidiariedad, no puede ser obstáculo a que el acreedor pueda dirigir su demanda en primer lugar frente al fiador, porque la obligación de éste es exigible desde el momento en que el deudor principal incumple y existe desde que se perfecciona el contrato de fianza. "El hecho de que, en la fianza simple el fiador pueda oponer el beneficio de excusión no quiere decir otra cosa que tiene la posibilidad de ver aplazado su pago a la previa excusión de los bienes del deudor principal, no que la demanda frente a él esté condicionada a la reclamación infructuosa frente a ese mismo deudor".

lado, la excepción de convenio arbitral no es una excepción inherente a la deuda de las que pueda servirse el fiador. Por tales excepciones se entienden aquéllas que “afecten a la existencia, legitimidad y validez de la obligación principal, así como las que se refieren a su posible extinción, por la posible concurrencia de cualquiera de los modos de producir tal efecto...”¹⁴⁴ y no parece que el convenio arbitral tenga que ver con ninguna de estas circunstancias, por lo que podemos descartar el criterio que atiende a la oponibilidad de las excepciones. No obstante, añade GUILARTE, “corresponderá también al fiador cualquier otro remedio defensivo que, amparado en circunstancias objetivas,

LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 2, op. cit., p. 341, opinan que “la subsidiariedad es nota esencial de la fianza, presente también cuando se excluye el beneficio de excusión o se pacta la solidaridad, pues siempre resultará que la obligación de pagar del fiador es para el caso de no hacerlo el deudor, por lo que su ejecución supone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de la obligación principal”. Para GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 23-24, la subsidiariedad se manifiesta especialmente “en el momento de realizarse la garantía que esencialmente supone responsabilidad subsidiaria y de segundo grado”. “La obligación del fiador es de grado distinto y posterior a la del deudor principal, porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación”. “La subsidiariedad es acción o responsabilidad que suple a otra principal, lo que implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada, que supone la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al fiador, pues el incumplimiento señalado es presupuesto constitutivo de esta reclamación”. También CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad...*, op. cit., p. 77, entiende que el término “subsidiariedad” del art. 1822. 2 Cc quiere decir necesidad de previo incumplimiento del deudor para que el fiador pueda ser requerido de pago, debiendo el acreedor reclamar judicial o extrajudicialmente al deudor tras lo cual podrá dirigirse contra el fiador quien puede entonces oponer el beneficio de excusión. No es obstáculo el art. 1834 Cc (“el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se de sentencia contra los dos”), que en opinión del autor “es una acumulación procesal basada en criterios de economía. Dicho de otra forma, el fiador subsidiario tiene el derecho de que no se le requiera de pago mientras el deudor no incumpla; y si dispone del beneficio de excusión tiene además el privilegio de no responder si, aun habiendo “incumplido”, el deudor tiene bienes con los que el deudor pueda satisfacerse”.

144. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1853 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 425. Tal y como prevé el art. 1853, las circunstancias que determinan, bien la ineficacia de la obligación principal (por realización, por ejemplo, de la condición resolutoria a que estaba sometida), bien su invalidez (por vicios del consentimiento del principal obligado, por ejemplo), o bien la extinción de la obligación principal (a causa, por ejemplo, del pago hecho por el deudor), afectan a la relación obligacional” (PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., p. 282). CASANOVAS MUSSONS, A.: *La relación obligatoria de fianza*, op. cit., pp. 45-46, siguiendo a POTHIER, señala que estas excepciones *in rem* deben su denominación “a su fundamento *sur la chose meme, c’est-à-dire, sur la dette elle meme*, como el dolo, la violencia, la cosa juzgada, el juramento decisorio o la transacción”.

hubiera permitido el incumplimiento del deudor principal¹⁴⁵. ¿Es el convenio arbitral uno de esos remedios defensivos?. Es claro que si el acreedor intentara demandar al deudor en vía judicial, éste podría oponer la excepción de arbitraje. En este sentido, podría ser también utilizada por el fiador.

Esta interpretación puede salvar una respuesta favorable a la defensa mediante excepción de arbitraje por el fiador. Aun así, nos parece una solución demasiado forzada. Nuestra opinión al respecto sigue siendo negativa, principalmente por el respeto al principio de relatividad contractual y al carácter voluntario del arbitraje.

B) Extensión de la cláusula compromisoria al fiador solidario

Nos planteamos ahora la siguiente cuestión: si el fiador se hubiere obligado solidariamente con el deudor principal¹⁴⁶, ¿puede dicho fiador oponer la excepción de arbitraje al acreedor que le demande en vía judicial, fundando la defensa en la existencia de previo convenio entre el acreedor y el deudor principal, pero en el cual no es parte el fiador demandado?

La literalidad del art. 1822 parece sugerir que la fianza solidaria se regulará por las normas relativas a la solidaridad de deudores y el problema radica en cómo hacer compatible esta disposición con las reglas reguladoras de la fianza¹⁴⁷. En definitiva, como señala CORDÓN MORENO, la remisión que el art. 1822. 2 Cc realiza a las normas que regulan las obligaciones solidarias no priva a la fianza de su naturaleza propia de tal. “La solidaridad en la fianza no tiene otro efecto que el de privar al fiador del beneficio de excusión, aplicándose en lo demás las reglas propias de la fianza”¹⁴⁸. “Lo que el legislador ha querido señalar es simplemente que, en la hipótesis legal contemplada, el fiador pierde el beneficio de excusión y el acreedor puede dirigirse contra él en vía directa, aunque, en todo caso, exigiéndole su propia obligación. Tal es la inter-

145. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1853 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 425.

146. Esta posibilidad se encuentra contemplada en el párrafo segundo del art. 1822 Cc, según el cual “si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en el Sección cuarta, capítulo 3.º, título 1.º de este libro”. Se trata de las normas contenidas en los artículos 1137 a 1148 Cc que regulan la obligación solidaria.

147. *Solidaridad en la fianza*, op. cit., pp. 99-113, en las que expone las opiniones de distintos autores y de la jurisprudencia respecto al régimen jurídico de la fianza solidaria. Nosotros seguimos la tesis propuesta por los autores citados en las notas siguientes: CORDÓN MORENO, DELGADO ECHEVERRÍA, GUILARTE ZAPATERO y el propio PÉREZ ALVAREZ.

148. CORDÓN MORENO, F.: “Aspectos procesales de la fianza”, op. cit., p. 364. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 2, op. cit., p. 366.

pretación concorde de la doctrina y jurisprudencia, que afirman la aplicabilidad de las restantes normas de la fianza a la contraída solidariamente¹⁴⁹. A la misma conclusión llega PÉREZ ALVAREZ, el cual propone una interpretación correctora del art. 1822 Cc que vaya más allá del tenor literal del precepto, es decir, que no desconozca la aplicación de las reglas de la fianza. Para desentrañar el significado del citado artículo del Cc, acude el autor a los elementos lógico, histórico y sistemático y entiende que “el legislador no impone la reconducción de todos los supuestos de solidaridad a los preceptos que regulan la solidaridad de obligados a título principal porque el art. 1140 reconoce la existencia de solidaridad aun cuando los sujetos pasivos estén obligados de distinto modo. Ello no contradice la idea de solidaridad del art. 1137 que supone la atribución al acreedor de la facultad de reclamación indistinta y no, al menos necesariamente, la sujeción a un régimen jurídico determinado”¹⁵⁰.

Con estos presupuestos, PÉREZ ALVAREZ concluye que, al ser la condición del fiador solidario la de un garante, han de aplicarse, con fundamento en el art. 1140, las normas reguladoras de la fianza del título XIV del libro IV, haciéndolas compatibles con los artículos 1137 y 1144 Cc, que reconocen al acreedor la facultad de reclamar la deuda de cualquier obligado. “Consiguientemente, en cuanto enervan la facultad *ex arts.* 1137 y 1144, no son aplicables a la fianza solidaria aquéllas normas que atribuyen al fiador el beneficio de excusión y, en consecuencia, las que regulan el ejercicio de dicho beneficio (artículos 1830 a 1834 Cc)”¹⁵¹.

149. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 34. En virtud de la remisión efectuada por el art. 1822. 2 Cc, se aplica a la fianza solidaria el art. 1144 Cc, que “dejando inaplicable el art. 1830, permite al acreedor, en vez de dirigirse conjunta o sucesivamente contra deudor y fiador, como señala la Sentencia citada de 7 de febrero de 1963, ejercer autónomamente su acción contra el garante y sin necesidad de actuar previamente contra el patrimonio del deudor principal” (GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 38). En definitiva, el fiador sigue siendo un garante al que se le aplican determinadas normas relativas a la solidaridad de deudores, en lugar de otras propias del régimen de la obligación de garantía. Sin embargo, no son aplicables todas las reglas que rigen la solidaridad, porque resultaría contrario a la naturaleza de las cosas, es decir, a la voluntad de las partes, ya que si el fiador se obliga como tal no lo quiere hacer en calidad de deudor principal, en cuyo caso no existiría fianza, sino obligación principal solidaria. Cfr. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 35-36. En opinión de CASANOVAS MUSSONS, A.: *La relación obligatoria de fianza*, op. cit., p. 16, “la solidaridad juega respecto del acreedor, cuya única prerrogativa es poder exigir el cumplimiento directamente al fiador (art. 1831. 2; 1144)”.

150. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., p. 121.

151. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, op. cit., p. 121. En la línea de PÉREZ ALVAREZ se pronuncia CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriadad...*, op. cit., 77, según el cual,

En conclusión, la fianza solidaria conserva su naturaleza de obligación de garantía. El régimen de oponibilidad de excepciones del fiador solidario es el del art. 1853 Cc, ya analizado más arriba en el apartado dedicado a la extensión al fiador de la eficacia de la cláusula arbitral. Entonces llegamos a la conclusión de que la excepción de arbitraje no es una excepción inherente a la deuda de la que pueda servirse el fiador, en virtud del carácter accesorio de su obligación respecto a la principal garantizada. La misma solución se impone en el caso de la fianza solidaria, cuya naturaleza no se altera porque se le apliquen algunas normas relativas a la solidaridad de las obligaciones. “La fianza solidaria se asienta en la causa típica de garantía de toda fianza, por lo que es regulada conforme a ella”¹⁵². El fiador solidariamente obligado con el deudor no podrá hacer uso de la excepción de arbitraje en el supuesto de que el acreedor le demande en vía judicial.

B. 1. *Un apunte de Derecho francés*

La opinión contraria encuentra su defensor en FOUCHARD, en un comentario a un pronunciamiento de la Corte de Casación francesa en la que ésta declaró que el garante no puede invocar la cláusula compromisoria en la que no ha sido parte¹⁵³. El autor se plantea si esta afirmación puede mantenerse cuando es el garante quien invoca el beneficio de la convención de arbitraje frente al acreedor que le persigue en vía judicial: ¿realmente el garante es un tercero?

Entiende FOUCHARD que la cláusula arbitral no es una excepción puramente personal del deudor principal, sino que, al contrario, constituye un ejemplo de excepción que el deudor principal puede oponer -con fundamen-

en la fianza solidaria, el sentido más profundo del art. 1822. 2 Cc es el de permitir al acreedor dirigirse contra ambos deudores en el modo previsto en el art. 1144 Cc. “Llegado el vencimiento de la deuda, el acreedor puede dirigirse directamente contra el fiador. La pérdida del beneficio de excusión es una consecuencia “suplementaria” del pacto de solidaridad en la fianza, que no se confunde con la pérdida de la condición de subsidiariedad. Es como consecuencia de que el fiador puede ser demandado sin necesidad de requerir al deudor por lo que, además, este fiador no dispone del beneficio de excusión. En estos casos ni se requiere que el deudor sea insolvente (beneficio de excusión) ni se requiere que el deudor incumpla el requerimiento de pago (subsidiariedad)”.

152. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 2, op. cit., p. 366.

153. Cfr. Sentencia *Cour de cassation (Cb. comm.)* de 22 de noviembre de 1977 (Bui Van Tuyen c. Sociedad Merrill Lynch Pierce Fenner y Smith), *Rev. de l'arb.* (1978), p. 461. Las referencias a FOUCHARD que realizamos en las líneas siguientes se encuentran comprendidas en el citado comentario en las páginas 463 a 465.

to en el contrato mismo- al acreedor que le demande ante un tribunal judicial. Además, señala el carácter mercantil de la fianza, y por tanto, solidario (en Derecho francés), lo que viene a significar, según la jurisprudencia francesa, “que el deudor principal y el garante se encuentran, frente al acreedor, en la situación de codeudores solidarios y que se representan mutuamente”¹⁵⁴. Con fundamento en esta idea de mutua representación, opina el autor que podría defenderse que el garante solidario no es extraño al contrato principal y que se beneficia -o soporta- las cláusulas del contrato que han sido aceptadas por su “representante”, el deudor principal. Como ejemplo de falta de coherencia de soluciones, utiliza FOUCHARD un caso de un ámbito cercano: el de las cláusulas atributivas de jurisdicción, y se refiere a un juicio emitido por la Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa según el cual el garante solidario - en aquél caso una sociedad madre extranjera- podía ser demandado ante la jurisdicción francesa a la cual había atribuído jurisdicción un contrato realizado por su filial francesa con su gerente asalariado.

Es lógico que el autor defienda la utilización del beneficio de la cláusula arbitral por el garante solidario, puesto que la identidad jurídica entre deudores solidarios a la que lleva la teoría del mandato tácito de representación es utilizada en Francia para justificar la extensión de la eficacia “objetiva” de la cosa juzgada frente a sujetos solidarios no litigantes. Según la jurisprudencia francesa, la sentencia recaída sobre el deudor es oponible al fiador y, como apunta FOUCHARD, “esta oponibilidad de la sentencia al garante es difícilmente compatible con la solución de la sentencia aquí comentada, que prohíbe a este mismo garante beneficiarse de una cláusula compromisoria”¹⁵⁵. Sin embargo,

154. Una explicación sobre esta teoría de la representación la proporciona CARRERAS DEL RINCÓN, J.: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990, pp. 51-52. Según CARRERAS, la teoría de la representación recíproca, derivada de un mandato tácito, constituye el fundamento de la opinión de MERLIN cuando sostiene que el sujeto solidario no litigante es, a los efectos de la cosa juzgada, el mismo que el que efectivamente litigó. Según CARRERAS, para la doctrina y jurisprudencia francesa del siglo pasado, “la identidad jurídica” era un punto de controversia dentro del problema de la eficacia *ultra partes* de la sentencia, puesto que la sentencia sólo desplegará eficacia frente a quien no litigó físicamente en un proceso en la medida en que pueda ser identificado con el que fue parte... Así se explica que los principales defensores de la extensión “objetiva” de la cosa juzgada a los sujetos solidarios no litigantes fueran también los que propugnaron la identidad jurídica entre los mismos”.

155. FOUCHARD, PH.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation (Cb. comm.)* de 22 de noviembre de 1977 (Bui Van Tuyen c. Sociedad Merrill Lynch Pierce Fenner y Smith)”, op. cit., p. 464, con cita de jurisprudencia de la Corte de apelación de París. Esta misma idea y jurisprudencia la recoge ROBERT, J.: *L'arbitrage...*, op. cit., p. 100.

esta cuestión no ha sido tan pacífica en el Derecho procesal español¹⁵⁶. La remisión del art. 1822. 2 Cc no comprende el art. 1252. 3 Cc¹⁵⁷ -identidad jurídica entre litigantes unidos por vínculos de solidaridad-. Por otro lado, deudor principal y acreedor no son cotitulares de una misma obligación, sino titulares de obligaciones distintas, por lo cual la sentencia no puede afectar a ambos *de iure*. Cuando el acreedor demanda solamente al deudor, la *causa petendi* es distinta que cuando demanda al fiador, puesto que en el primer caso se trata de la obligación principal garantizada y en el segundo de la obligación de garantía¹⁵⁸.

La solución por la que aboga FOUCHARD no es aplicable en Derecho español, puesto que, siguiendo a los autores citados, no se extiende al fiador la efi-

156. La cuestión puede estar ahora más clara desde que el art. 1.252.3 ha sido derogado por el art. 222 de la nueva LEC. Sobre el tema, especialmente complicado, cfr. CORDÓN MORENO, F.: "Aspectos procesales de la fianza", op. cit., pp. 378-383. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: *Elementos...*, II, vol. 2, op. cit., p. 366. Sobre la cosa juzgada en el ámbito más amplio de las obligaciones solidarias, cfr. la citada monografía de CARRERAS DEL RINCÓN, J.: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*. Cfr. también Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. II, op. cit., pp. 231-232.

157. Cfr. CORDÓN MORENO, F.: "Aspectos procesales de la fianza", op. cit., pp. 382-383. Apunta el autor que el art. 1252. 3 no se encuentra comprendido en el capítulo al cual remite el art. 1822 y, sobre todo, lo más importante, debe respetarse en todo caso el carácter accesorio de la fianza, y "difícilmente congenia con esta nota la norma del art. 1252. 3 Cc". GUILARTE ZAPATERO, V.: "Comentario al art. 1822 Cc", *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 37.

158. Cfr. CORDÓN MORENO, F.: "Aspectos procesales de la fianza", op. cit., p. 382. "Cuando el acreedor demanda al deudor aisladamente, pide la declaración de la relación jurídica que con él le une a los efectos y dentro de los límites de la demanda propuesta, sin que sea necesario que la pida también a los efectos de otra *causa petendi* (relación jurídica) que pueda hacer valer frente al fiador" (CORDÓN MORENO, op. cit., p. 382, citando a REDENTI). También GUILARTE ZAPATERO entiende que no concurren las circunstancias exigidas por el art. 1252, puesto que, aunque se considerara que los vínculos de solidaridad a los que se refiere el precepto fueran equivalentes a los que surgen de la fianza asumida solidariamente, la *causa petendi* será distinta en uno y otro procedimiento (cfr. GUILARTE ZAPATERO, V.: "Comentario al art. 1853 Cc", *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 426). El título por el que se obliga el fiador es distinto de aquél por el cual queda obligado el deudor principal. El fiador asume su propia obligación -aun cuando afiance solidariamente-, no asume la misma cualidad de deudor. "Por esta razón, el deudor y el fiador solidario pueden ser codeudores pero no cotitulares de la deuda" (CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad...*, op. cit., p. 66).

cacia de cosa juzgada de la sentencia dictada entre acreedor y deudor principal¹⁵⁹.

B. 2. *La llamada al proceso dirigida al deudor principal*

En relación al convenio arbitral planteamos otra cuestión más: ¿sería posible que el fiador llamara al proceso al deudor principal?¹⁶⁰.

159. CORDÓN MORENO admite la vinculación del fiador “en el caso, poco probable, de que su obligación se constituya con posterioridad a dicha sentencia firme”. “En los casos en que la fianza se constituya coetáneamente (supuesto normal) o con posterioridad a la obligación principal garantizada, siempre que, en este último caso, lo sea con anterioridad a la sentencia firme que sobre ella se pronuncie, entiendo que esa sentencia no afecta al fiador directamente; no puede modificar, haciéndola más gravosa, una obligación constituida con anterioridad, operando retroactivamente sobre ella” (CORDÓN MORENO, F.: “Aspectos procesales de la fianza”, op. cit., p. 382).

160. Mediante la llamada, una parte, que suele ser el demandado, provoca la intervención en el proceso de un tercero que debe garantizar al llamante de los resultados del mismo. La doctrina distingue entre llamada en garantía formal y simple. La llamada en garantía formal tiene su origen en una transmisión onerosa de derechos efectuada con anterioridad, y la obligación en la llamada en garantía simple procede de un vínculo de coobligación que da lugar, entre los coobligados, a pretensiones de regreso total o parcial, después de satisfacer al acreedor común. El hecho de que la LEC no regule esta institución obliga a buscar las normas, incluso las procesales, en el Cc, aplicándose por analogía lo dispuesto en el supuesto de llamada en garantía en la compraventa -ejemplo paradigmático de llamada en garantía formal y así admitido por toda la doctrina consultada- para los demás casos en los que el Cc establece el supuesto material pero no se refiere a la llamada. También son casos de llamada formal los de los siguientes artículos: 638 (evicción en la donación onerosa), 1529 (cesión de créditos), 1540 (permuta), 1557 (arrendamiento) y 1681 (evicción por lo aportado a la sociedad). Como ejemplos de llamada en garantía simple tenemos la llamada dirigida a los codeudores solidarios por el único deudor demandado ex art. 1145 Cc y la llamada del deudor principal por el fiador ex art. 1840 Cc. Cfr. MONTERO AROCA/ORTELLS RAMOS/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO: *Derecho jurisdiccional*, t. II, *proceso civil*, Barcelona, 1995, pp. 64-65. También se entiende como un supuesto de llamada en garantía simple la dirigida a los coherederos por el único heredero demandado. Cfr. por todos MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple (contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil)*, Barcelona, 1972, en esp. pp. 44-50. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA: *Derecho procesal civil*, vol. 1, Madrid, 1979, pp. 167-168. LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Madrid, 1990, p. 179. SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “Llamada en garantía”, *NEJ*, t. XV, Barcelona, 1974, pp. 734-735, considera inútil a efectos procesales la distinción entre llamada formal y simple: “además debe ser considerada como demasiado amplia, al comprender un buen número de supuestos que carecen de regulación en el Derecho positivo español y que, por otra parte, no la necesitan”. Para SERRA, “los únicos supuestos de llamada en garantía previstos en nuestro Derecho positivo, con influencia, por tanto, en el desarrollo de un proceso son”: la llamada al coheredero, la llamada al vendedor y la dirigida al asegurador. Sobre el tema cfr. también PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, t. I, Pamplona, 1985, pp. 397-408.

Al margen del convenio arbitral, CORDÓN MORENO admite dicha llamada con fundamento en el interés¹⁶¹ que el fiador puede tener en envolver al deudor en el proceso (art. 1843 i.f.)¹⁶². También LÓPEZ-FRAGOSO admite la llamada al deudor, entendida como simple litisdenuciación para que éste pueda intervenir voluntariamente, con el fin de asegurar la efectividad de la ulterior acción de regreso impidiendo al deudor principal la posibilidad de oponer en el proceso de regreso la mala gestión procesal del fiador, y funda su opinión no tanto en la existencia en nuestro sistema de la litisdenuciación, como en el art. 1840 Cc, en el que expresamente se establece la carga de denunciar el litigio que grava al fiador, en relación con el art. 1853 Cc¹⁶³. Sin embargo, en opinión del autor, no es posible con fundamento en el art. 1843 (i. f.) que el fiador llame en garantía al deudor, porque dicho artículo está pensado para asegurar al fiador, una vez cumplida por su parte la obligación afianzada, la acción de reembolso que se ejercerá en un segundo proceso, el de regreso. La garantía del art. 1843 posee una configuración material, común al instituto genérico de la garantía en el sentido de aseguramiento (podría consistir por ejemplo en un embargo preventivo) pero no consiste en una prestación de defensa, característica de la llamada en garantía formal¹⁶⁴, ni puede tampoco

161. Dicho interés puede consistir bien en obtener una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor o bien en que el deudor sea vinculado por la sentencia con vistas al proceso posterior en el que el fiador ejerza la acción de regreso. Cfr. CORDÓN MORENO, F.: "Aspectos procesales de la fianza", op. cit., p. 378.

162. El deudor es titular de una relación jurídica distinta de la deducida en el proceso entre el acreedor y el fiador, pero dependiente de aquélla de modo que puede alcanzarle la eficacia refleja de la sentencia que recaiga en dicho proceso, porque la decisión que se adopte es hecho constitutivo, modificativo o extintivo de su relación. El tercero está legitimado para intervenir en el proceso cuando afirme ser titular de una relación jurídica condicionada por la deducida en el proceso. Cfr. por todos MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, op. cit., p. 188 y ss. MONTERO AROCA/ORTIELLS RAMOS/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO: *Derecho jurisdiccional*, t. II, op. cit., pp. 62-63. En palabras de FERNÁNDEZ, que recoge la jurisprudencia del TS, "el interés que alegue el tercero ha de ser un interés jurídico directo y legítimo, o como dice el TS: que el tercero "se encuentre relacionado con el objeto del proceso de tal manera que la sentencia que en él recaiga haya de afectarle". O de otro modo: el tercero está legitimado para intervenir, cuando la sentencia que se dicte entre las partes litigantes pueda afectarle de modo reflejo, de manera que la sentencia, como hecho jurídico, pueda integrar (sola o junto con otros hechos) un supuesto de hecho del que se deriven consecuencias perjudiciales para el tercero" (FERNÁNDEZ/DE LA OLIVA: *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1995, p. 584).

163. Cfr. LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte...*, op. cit., pp. 192-193.

164. La explicación relativa a la llamada en garantía formal la realiza la doctrina utilizando el ejemplo del saneamiento por evicción. Según expone LÓPEZ FRAGOSO, T.: *La inter-*

vencción de terceros a instancia de parte...”, op. cit., pp. 170-179, la obligación de garantía que pesa sobre el vendedor ha sido interpretada por la doctrina de distintos modos: algunos autores entienden que la llamada al proceso sólo puede interpretarse como una simple denuncia que de su pendencia realiza el comprador, de modo que el vendedor, si participa, lo hace en calidad de interviniente adhesivo y queda vinculado, intervenga o no, a los efectos de la sentencia que resuelve el proceso. Si el comprador resulta vencido, podrá dirigirse en un segundo proceso de regreso frente al vendedor, pretendiendo su condena para que le deje indemne por los daños sufridos por la evicción. Otra opinión, en la que destaca SERRA, defiende que la obligación de garantía puede ejercerse anticipada y condicionalmente dentro del procedimiento de evicción, acumulando la pretensión de garantía sucesivamente al objeto del proceso pendiente (causa de evicción) para el caso de producirse ésta (en LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte...*, op. cit., pp. 170-172). Por último, LÓPEZ FRAGOSO expone su propia opinión, realizando previamente un crítica de la jurisprudencia del TS que, a su juicio, es contradictoria (cfr. sobre este particular las pp. 173 y ss de la citada monografía de LÓPEZ FRAGOSO). Según el autor, “la verdadera función práctica que puede extraerse de la doctrina del TS -que entiende la defensa como contenido esencial de la obligación de garantía y otorga al vendedor citado y personado en el proceso de evicción la condición de demandado-, obliga a sostener la posibilidad de llamar en garantía al vendedor mediante el ejercicio de una acción meramente declarativa que se dirige a declarar su condición de garante, cuando el vendedor no admita tal condición, bien expresamente, discutiendo en el procedimiento pendiente su condición de tal, bien implícitamente, no personándose en el proceso al que es llamado para la prestación de defensa”. Por todo esto, y aunque el autor admite que “del contenido de estos preceptos no se desprende de modo terminante esta interpretación, puede, sin embargo, mediante una interpretación finalista, y con base en determinados argumentos que nos brinda la jurisprudencia del TS, sostenerse que “el comprador tiene dos opciones para hacer efectiva la obligación de garantía: la simple litisdenunciación del proceso de evicción al vendedor, que intervenga o no como interviniente adhesivo quedará vinculado por la sentencia que declare la evicción con vistas a un proceso de regreso, o bien ejercer en el mismo proceso de evicción una pretensión meramente declarativa de la obligación de garantía en favor del comprador y frente al vendedor, dejando expedito el camino para, caso de producirse la evicción, poder incoar el proceso de regreso contra el vendedor, que estará vinculado por la sentencia que declaró la evicción y por la declaración jurisdiccional que lo designa garante, quedando limitado dicho proceso de regreso a discutir la cuantía de la pretensión de indemnización. Incluso propone el autor una solución interpretativa, intermedia entre la tesis de la doctrina mayoritaria y la de SERRA: a saber, “cabría, con base en el principio de economía procesal, entender que el comprador pudiera solicitar en el mismo procedimiento del proceso de evicción, no sólo la declaración de la obligación de garantía frente al vendedor, y así de su carga de la defensa y, eventualmente, de su obligación de indemnizar, sino, más allá, su condena a cumplir tal deber de resarcimiento de daños, solicitando y, en su caso, estimando el órgano jurisdiccional esta pretensión de condena, a reserva de liquidación en ejecución de sentencia, ex art. 360 LEC. En este caso, el eventual segundo proceso de regreso, podría sustituirse por el procedimiento señalado en los arts. 928 y ss LEC para la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios a indemnizar por el vendedor como incidente previo a su ejecución. Cfr. LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte...*, op. cit., pp. 170-179. Sobre llamada en garantía cfr. por todos SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “Llamada en garantía”, op. cit., pp. 734 y ss. MONTERO AROCA es contrario a la opinión de SERRA, puesto que entiende que “la acumulación entre la denuncia del litigio y la acción de

interpretarse “como ejercicio acumulado, anticipado y condicional de una acción de reembolso o resarcimiento, característico de una llamada en garantía simple”¹⁶⁵.

Por nuestra parte, entendemos que el deudor puede intervenir en el proceso pendiente mientras no se discuta en él la controversia que ha sido sometida a arbitraje, lo que será muy difícil de delimitar teniendo en cuenta que la relación de que es titular el llamado es conexa o común con la relación de que es titular el apelante. En este caso, no cabe oponer la excepción de arbitraje a la llamada que le dirija el fiador. Sí que es procedente en el supuesto de que se defienda que es posible el ejercicio acumulado y condicional de la acción de regreso frente al deudor, porque esta cuestión está fuera de la competencia del órgano jurisdiccional ya que las controversias que se susciten respecto a las mismas constituyen, sin duda, objeto del convenio arbitral.

C) Extensión del convenio arbitral al garante a primera demanda

En este apartado vamos a estudiar el tema de la extensión de la cláusula arbitral en el ámbito de las garantías internacionales independientes¹⁶⁶ -a partir de ahora garantía independiente- modalidad de garantía que presenta afinidad con la fianza, pero que en modo alguno se confunde con ella, como veremos a continuación. La exposición que en el epígrafe anterior hemos dedicado a la fianza tenía como finalidad principal delimitar los contornos de esta institución, así como esclarecer el problema de la extensión del convenio en la misma, para comparar lo estudiado con el mismo problema planteado ahora en el marco de una institución cercana: la garantía independiente.

garantía no es posible hasta que haya recaído sentencia firme” (MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple...*, op. cit., p. 49).

La jurisprudencia del TS ha señalado como contenido primario de la garantía por evicción la prestación de defensa, aunque como una facultad del vendedor, posición de la que discrepa LÓPEZ-FRAGOSO que ve dicha prestación como una carga, siguiendo a SERRA, M.: “Llamada en garantía”, op. cit., pp. 734 y ss, y en el mismo sentido TORRALBA SORIANO, V.: “Comentario al art. 1481 Cc”, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1993, p. 948.

165. LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte...*, op. cit., p. 192.

166. La denominación que recibe esta modalidad de garantía es muy variada: garantía a primera demanda, por simple requerimiento, garantía bancaria... etc. Una aclaración sobre los matices que presentan cada una de estas expresiones, con opción personal por la denominación “garantía independiente” que también nosotros seguimos puede verse en CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente*, op. cit., pp. 21-23. Cfr. también SÁNCHEZ CALERO, F. y otros: *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, Madrid, 1996.

C. 1. La garantía independiente: concepto

La garantía independiente consiste en la asunción, por parte del garante, de una obligación personal de garantía, por la que se compromete, siguiendo las directrices del ordenante de dicha garantía, a pagar una determinada cantidad de dinero a un beneficiario a la reclamación de éste último. Más concretamente, y en el supuesto de que el garante sea un banco, se entiende por garantía a primera demanda “el compromiso contraído a la demanda de un exportador (ordenante) por un banquero de entregar a un importador (beneficiario) a simple demanda de este último una cantidad de dinero a la condición de que esta demanda sea hecha antes de la expiración del plazo fijado”.

DÍAZ MORENO, A.: “Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Estudios de Derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdura Tuells*, t. I, Madrid, 1994, pp. 627-650. CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: “Interpretación de las cláusulas <<a primera demanda>> en los contratos mercantiles”, *RDBB* (1994), pp. 393-424. STOUFFLET, J.: “La garantie bancaire à première demande”, *JDI*, n.º 2 (1987), pp. 265-287. BONELLI, F.: *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milán, 1991. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J.: “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud”, *RDBB*, n.º 50 (1993), pp. 543-561 y del mismo autor *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995 y “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, *RDBB* (1985), pp. 871-896. ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Garantías bancarias a primera demanda”, *Derecho del mercado financiero*, t. II, vol. 2, Madrid, 1994, pp. 237-288 y CARRASCO PERERA, A.: “Garantías a primer requerimiento”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *parte general y garantías personales*, Madrid, 1996, pp. 687-763. “Aval bancario y garantía bancaria” es la denominación utilizada respectivamente por INFANTE PÉREZ, V.: “La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos”, *D. Neg.* (1990-1991), pp. 250-256, por CHAMBREUIL, B.: “Arbitrage international et garanties bancaires”, *Rev. de l'arb.* (1991), pp. 33-67, por ECHENIQUE GORDILLO, R.: “Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones”, *RDBB* (1982), pp. 147-163 y por BARRES BENLLOCH, M. P.: “El aval bancario como garantía autónoma”, *La Ley*, n.º 3322 (1993-3), pp. 314-319. CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad...*, op. cit., habla de contrato de garantía no accesorio o contrato autónomo. En esa línea, HERVÁS CUARTERO, E.: “Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior”, *RDBB* (1983), pp. 579-617. La terminología “garantía a demanda” es la consagrada en el ámbito de las normas convencionales internacionales. La Cámara de Comercio Internacional ha elaborado en este sentido las “Reglas Uniformes de las Garantías a Demanda” (RUGD). La denominación inglesa más utilizada es la de *Uniform Rules for Demand Guarantees*. Cfr. DÍAZ MORENO, A.: “Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías <<a demanda>>”, *D. Neg.* n.º 36 (1993), pp. 1-14. “Conviene advertir... que las RUGD no conforman un cuerpo de normas legales o reglamentarias. Se trata de reglas derivadas de la práctica internacional, cuya aplicación a las relaciones entre los operadores del tráfico se encuentra condicionada a que las partes se remitan expresamente a ellas. Las RUGD sólo vincularán a las partes cuándo y en la medida en que éstas lo hayan querido. Su fuerza de obligar radica, por tanto, en el consentimiento de los particulares y, en este sentido, constituyen Derecho convencional” (DÍAZ MORENO, A.: “Las Reglas Uniformes...”, op. cit., pp. 1-2).

La entrega está destinada a cubrir una obligación a la cual está sujeto el ordenante frente al beneficiario de la garantía, con ocasión de un contrato comercial de venta, empresa u otro¹⁶⁷.

El origen de estas garantías se encuentra en la insuficiencia de las instituciones jurídicas existentes para satisfacer las necesidades actuales del comercio internacional¹⁶⁸. Es necesaria una nueva figura jurídica en la que la obligación del garante sea independiente de la relación de base y en la que el beneficiario pueda reclamar con gran libertad¹⁶⁹. Lo que las partes buscan es evitar la normativa reguladora de la fianza, mediante “la quiebra del principio de accesoriadad propio de la fianza (sancionado por el art. 1824 Cc), y la consti-

167. STOUFFLET, J.: “La garantie bancaire ...”, op. cit., p. 265. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 142, se refiere al contrato del mismo nombre como “aquél por el que el banco garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero”.

168. La garantía a primera demanda constituye en el tráfico internacional un “instrumento jurídico utilizado como contundente respuesta a los rigurosos medios de pago que los vendedores imponían en dicho tráfico, en especial el crédito documentario irrevocable o la aceptación de letras de cambio. Se trata, pues, de una medida de protección de los compradores o consumidores que impone dicha rigurosa forma de garantía a los vendedores o proveedores, movidos del deseo de ponerse a cubierto de los riesgos y vicisitudes que puedan afectar a la prestación debida, obteniendo así una seguridad que sería imposible de obtener mediante la utilización de la garantía personal de tipo tradicional, o sea, de la fianza”. La generalización de las garantías independientes se ha impuesto en el tráfico internacional, principalmente en las operaciones de exportación de bienes y servicios de los países industrializados a los del Tercer Mundo. La operación subyacente, enmarcada en ocasiones en una política de intercambios entre Estados, consecuencia de planes de desarrollo o de planificación privada o estatal, está sometida a grandes riesgos de todo tipo: comerciales, financieros, técnicos..., de los que quiere cubrirse el importador beneficiario, mediante una garantía de mecanismo sencillo que es la condición indispensable de su eficacia, caracterizada por la facilidad extrema de reclamación por parte del beneficiario y por la independencia o autonomía de la relación de garantía, desconectada de las vicisitudes de la relación subyacente. Como señala la generalidad de la doctrina, el beneficiario posee una facultad para exigir el cumplimiento que puede ejercer discrecionalmente cuando lo desee, lo que puede dar lugar a problemas de abusos por parte de éste. De ahí la importancia de los requisitos formales que en ocasiones se exige que acompañen a la reclamación. Cfr. por todos, CERDÁ OLMERDO, M.: *Garantía independiente*, op. cit., pp. 18-29 y, más resumidamente, el artículo de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud” ya citado.

169. Es necesario eliminar riesgos e incrementar la confianza de las empresas en la contratación internacional, pero obviando los inconvenientes de los medios de garantía tradicionales. Cfr. sobre el origen de las garantías ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Garantías bancarias a primera demanda”, *Derecho...*, op. cit., pp. 237-242.

tución de una obligación de garantía independiente de la garantizada, de tal suerte que el banco garante queda al márgen de las circunstancias que pudieran rodear el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal¹⁷⁰. Y así aparece la garantía independiente en la cual el garante asume su propia deuda en consideración a una obligación ajena y por un título distinto de aquél por el que se obligó el deudor principal, y en la que, a la vez, se ha pactado que el garante habrá de pagar “a la primera solicitud” del acreedor¹⁷¹.

He aquí la gran diferencia entre las garantías independientes y la fianza clásica: lo más característico de esta obligación de garantía, que tiene su origen en un contrato entre garante y ordenante, es su carácter no accesorio respecto a la relación de base derivada del contrato subyacente¹⁷², -lo que se traduce en la imposibilidad, para el garante, de oponer excepciones derivadas de aquél contrato-¹⁷³ e independiente -lo que significa que la existencia de la obligación de garantía, su transmisión y extinción así como su contenido no dependen en modo alguno de la obligación garantizada-. De hecho el garante no sólo puede obligarse a una prestación distinta a la del ordenante, que es lo habitual, sino que puede obligarse a más (al contrario que lo prescrito para

170. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 880. En la práctica internacional, y precisamente con el fin de abolir cualquier duda que pudiera existir al respecto, es muy frecuente que, en el contrato de garantía, el banco renuncie de forma expresa a plantear frente a la reclamación de la garantía excepciones y objeciones que tengan su origen en el contrato principal. Es decir, se quiere que no queden dudas de que la verdadera voluntad de las partes es la de aislar, en materia de excepciones, la obligación principal de la que el banco asume como garante (cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. y otros: *La garantía a primer requerimiento...*, op. cit., pp. 58-59).

171. DÍAZ MORENO, A.: “Las garantía a primer requerimiento en la jurisprudencia...”, op. cit., p. 628. CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente*, op. cit., p. 39. ECHENIQUE GORDILLO, R.: “Las garantías bancarias internacionales...”, op. cit., p. 157.

172. Un comentario más amplio sobre el significado de la característica de autonomía de la obligación del garante puede verse en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., pp. 296-323.

173. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F. y otros: *La garantía a primer requerimiento...*, op. cit., pp. 58-59. ECHENIQUE GORDILLO, R.: “Las garantías bancarias internacionales...”, op. cit., p. 156. CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente*, op. cit., pp. 36-37. CERDÁ OLMEDO, M.: “El aval a primer requerimiento”, *D. Neg.* (1990-1991), p. 405. DÍAZ MORENO, A.: “Las garantía a primer requerimiento en la jurisprudencia...”, op. cit., pp. 646-647. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El reconocimiento jurisprudencial...”, op. cit., p. 556. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 100 y 104. CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: “Interpretación de las cláusulas <<a primera demanda>>...”, op. cit., p. 396. BARRES BENLLOCH, M. P.: “El aval bancario...”, op. cit., p. 317. ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Garantías bancarias a primera demanda”, *Derecho...*, op. cit., pp. 261-263.

la fianza en el art. 1826 Cc) y ha de cumplir su obligación cuando el beneficiario se lo reclame, sin que sea presupuesto del cumplimiento del garante el incumplimiento del obligado principal¹⁷⁴. Es decir, la obligación de garantía está sometida a sus propias vicisitudes y se ejecuta, a demanda del beneficiario, independientemente de lo que suceda en la relación de base, sin que aquél tenga que probar el incumplimiento del ordenante ni justificar la existencia, validez..., etc, de la obligación garantizada.

Visto a grandes rasgos en qué consiste una garantía independiente y su caracterización frente a la fianza tradicional, pasamos ahora a resolver la cuestión central de nuestro trabajo, esto es: determinar si la cláusula arbitral del contrato base extiende su eficacia al contrato de garantía, es decir, si vincularía al garante de modo que, por ejemplo, si el beneficiario le demanda en vía judicial, aquél pueda oponer la excepción de arbitraje.

C. 2. Extensión al garante independiente de la cláusula arbitral del contrato subyacente

La respuesta al interrogante que acabamos de plantear debe ser negativa sin duda. Por dos razones: la primera, porque el garante no puede oponer excepciones derivadas de la relación de valuta, que vincula al deudor con el beneficiario de la garantía. La autonomía de una obligación respecto de la otra lo justifica (es decir, es inaplicable el art. 1853 Cc). Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que, aunque la obligación del garante poseyera la nota de accesoriedad, es decir, estuviera configurada como una fianza clásica, tampoco podría el garante hacer uso de la excepción de arbitraje, no ya porque se trata de una excepción que no es inherente a la deuda, como ya dijimos, sino por otra razón más poderosa: el respeto al carácter voluntario del arbitraje y a la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato de base impiden que pueda extender su eficacia a terceros, salvo consentimiento -entendemos que expreso- de estos terceros y de las partes del convenio. En esta línea se manifiesta con acierto CHAMBREUIL cuando afirma que, si la inoponibilidad de la cláusula no atiende más que a la autonomía de la garantía, entonces, recíprocamente, en la garantía “accesoria” debiera poder oponerse al fiador la cláu-

174. Cfr. ECHENIQUE GORDILLO, R.: “Las garantías bancarias internacionales...”, op. cit., p. 156. CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente*, op. cit., pp. 36-40 y 47-49. CERDÁ OLMEDO, M.: “El aval...”, op. cit., p. 405. STOUFFLET, J.: “La garantie bancaire...”, op. cit., p. 266. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El reconocimiento jurisprudencial...”, op. cit., p. 554. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., pp. 99-100. HERVÁS CUARTERO, E.: “Las garantías contractuales...”, op. cit., p. 585. CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: Interpretación de las cláusulas <<a primera demanda>>...”, op. cit., p. 396. ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Garantías bancarias a primera demanda”, *Derecho...*, op. cit., pp. 249-256.

sula que vincula al deudor principal con el acreedor¹⁷⁵. “Si por tanto la cláusula de arbitraje no puede imponerse al garante ni al fiador en el ámbito de las garantías tanto autónomas como accesorias, es que la razón se encuentra más en la naturaleza misma de la cláusula compromisoria que en la independencia de la garantía”¹⁷⁶. Ni siquiera un proceso arbitral o judicial relativo al contrato de base puede suspender una demanda de pago de la garantía¹⁷⁷.

La Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el caso n.º 5721 del año 1990, se pronunció sobre la independencia de la cláusula arbitral respecto del contrato subyacente, afirmando que el convenio arbitral no concierne más que a la demandante y a la demandada, partes del contrato subyacente y de la cláusula arbitral¹⁷⁸.

C. 3. Conclusiones

En conclusión, el garante no puede interponer una excepción de arbitraje a la demanda que se presente contra él en vía judicial. Si dicha demanda tiene lugar pendiente un proceso arbitral frente al ordenante, es evidente que no cabe la excepción de litispendencia arbitral, ni siquiera puede hablarse de una “impropia litispendencia”¹⁷⁹, puesto que, aunque el garante se hubiera obligado a lo mismo que el ordenante y por tanto se le reclamara idéntico *peti-*

175. Cfr. CHAMBREUIL, B.: “Arbitrage international...”, op. cit., p. 39.

176. CHAMBREUIL, B.: “Arbitrage international...”, op. cit., p. 39.

177. Así lo afirma MATTOU: *Droit bancaire international*, 1987, p. 280. Tomamos la cita de CHAMBREUIL, B.: “Arbitrage international...”, op. cit., p. 41, nota al pie de página n.º 19, dado lo interesante de sus palabras y la imposibilidad de encontrar un ejemplar de esa obra. Cfr. también la cita de jurisprudencia que se encuentra en esa misma nota.

178. Cfr. Laudo arbitral recaído en el asunto 5721 (1990), *JDI*, n.º 4 (1990), pp. 1020-1029. La Corte entiende que, dada la independencia entre contrato base y contrato de garantía, carece de competencia para pronunciar decisiones oponibles a los bancos (garante y contragarante) que no son parte en el convenio arbitral del contrato base. Ahora bien, en cuanto que la garantía encuentra su razón de ser en dicho contrato, es decir, la garantía se constituye en favor de una de las partes del contrato base para garantizar la inexecución de aquél, el tribunal arbitral puede pronunciarse sobre el derecho del beneficiario de hacer valer la garantía y sobre la ilicitud de tal intento. Cfr. pp. 1025-1026 del laudo citado.

179. O “litispendencia en sentido amplio”. Recuérdese que utilizamos esta expresión para designar aquéllos supuestos en que se demanda a una parte en vía arbitral y posteriormente, pendiente dicho arbitraje, se interpone nueva demanda ante la jurisdicción estática cumpliéndose las identidades procesales. Con todo, falta el requisito competencial de ambos juzgados o tribunales que estén conociendo. Y falta porque, o bien se entiende que el proceso arbitral no es un proceso que pueda calificarse como perteneciente al orden jurisdiccional, porque el arbitraje está al margen de la organización judicial y los árbitros no pueden poseer por voluntad de las partes el poder de juzgar propio del Poder Judicial, o bien

tum, la identidad subjetiva no se cumple y es obvio que tampoco la causal. No se olvide que el título por el que respectivamente se obligan garante y ordenante es distinto.

D) La extensión del convenio arbitral a quien ha suscrito una carta de patrocinio

D. 1. Las Cartas de patrocinio: concepto

Nos planteamos ahora el tema de la extensión de la cláusula arbitral en el marco de las garantías asumidas mediante Cartas de patrocinio.

Aparecidas a mediados de este siglo en el ámbito del comercio internacional de los grupos de sociedades¹⁸⁰ -y ciñéndonos a este campo-, las Cartas

se entiende que el convenio arbitral ha “sustraído” la competencia de los tribunales ordinarios y serán incompetentes para conocer de cualquier demanda que se presente ante los mismos. En cualquiera de los dos casos, falta la competencia simultánea y no puede hablarse de pleitos pendientes ante juzgados o tribunales competentes y tampoco, en rigor, de pleitos pendientes ante juzgadores del mismo orden jurisdiccional. Ahora bien, puede defenderse una impropia excepción de litispendencia desde el momento en que ambos juzgadores realizan una actividad enjuiciadora o de conocimiento sobre lo mismo, entre las mismas partes y por idéntico fundamento, y cuyas decisiones tienen igualmente fuerza de cosa juzgada y pueden ser contradictorias.

180. Es principalmente en el mundo de las grandes corporaciones multinacionales donde aparecen y son más usuales las Cartas de patrocinio, con una función de garantía similar a la de los medios jurídicos tradicionales pero fuera de las tipificaciones legales. Prueba del poder económico de quien las ofrece, se amparan en la práctica bancaria y parecen quedar reservadas a sujetos empresariales poderosos, dado que su emisión no está al alcance de cualquier empresa. Su aceptación por el banco implica un reconocimiento tácito de la solvencia de la entidad emisora y su inobservancia un desprestigio en el mundo del crédito internacional. En general, puede decirse que todas ellas, pese a la posible gran variedad del contenido de las declaraciones que incorporan, buscan crear en el destinatario un efecto de tranquilidad o seguridad en lo que respecta a la recuperación del crédito y al éxito de la operación con la sociedad filial deudora. Los instrumentos jurídicos tradicionales de garantía comportan una serie de consecuencias desfavorables para el emitente de la garantía -en el ámbito fiscal, contable e incluso de control de cambios- que éste quiere evitar a través de la Carta, razones de su cada vez más habitual utilización. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 874. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>> y su problemática jurídica”, *RDBB* (1984), pp. 780-781. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 719-721. CARRASCO PERERA, A.: “Las Cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *parte general y garantías personales*, Madrid, 1996, pp. 629-630. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Las cartas de patrocinio”, *Derecho del mercado financiero* (dirigido por A. ALONSO UREBA y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS y SÁNCHEZ), t. II, vol. 2, Madrid, 1994, p. 220. SUAREZ GONZÁLEZ, C.: *Las declaraciones de patrocinio, Estudio sobre las denominadas “cartas de confort”*, Madrid, 1994, pp. 15-20.

de patrocinio consisten en declaraciones de diverso contenido realizadas por la sociedad dominante o matriz de un grupo de sociedades con el fin de aportar a quienes han concedido crédito a sus filiales una cierta tranquilidad sobre el reembolso de dichos créditos¹⁸¹. Dicho contenido comprende desde simples declaraciones de conocimiento por parte de la sociedad dominante hasta la asunción de compromisos jurídicos¹⁸². El abanico de posibilidades es amplísimo y será necesario una interpretación del contenido total de la Carta y su posterior calificación, para poder determinar en qué calidad se obligó el emittente de la misma¹⁸³.

La cuestión que nos interesa, como en epígrafes anteriores, es determinar si el patrocinador puede oponer a la reclamación del beneficiario (el banco o entidad que recibe la garantía) la excepción de arbitraje derivada de la conclusión de un convenio arbitral entre la sociedad filial y el concedente del crédito o, dicho de otro modo, si la cláusula de arbitraje extiende su eficacia al patrocinador que presta la garantía.

181. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 874. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., p. 779. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 120. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Las cartas de patrocinio”, *Derecho...*, op. cit., pp. 220-221. En palabras de DUQUE, “las cartas de patrocinio ofrecen al acreedor del deudor patrocinado la confianza de una garantía que ha de desarrollarse básicamente en la relación patrocinante-patrocinado: el mantenimiento de una determinada política de gestión, la afirmación de unas determinadas calidades en la persona del deudor patrocinado” (DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., p. 733). SUAREZ GONZÁLEZ, C.: *Las declaraciones de patrocinio, Estudio...*, op. cit., p. 37.

182. Como veremos más adelante, las Cartas que recogen declaraciones que no comportan compromisos jurídicos se denominan por la doctrina Cartas de patrocinio “débiles”, mientras que las Cartas que incorporan declaraciones que obligan se denominan Cartas “fuertes”.

183. Cfr. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, pp. 781 y 805. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., p. 721. OPINA CARRASCO PERERA, A.: “Las cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías...*, op. cit., pp. 630 y 645-648, que las cartas de patrocinio no son una institución jurídica con un régimen individualizado, “sino un fenómeno económico necesitado de ulteriores calificaciones jurídicas”. No estamos ante un tipo contractual distinto y oponible a otros de los que se distingue conceptualmente, sino que la carta constituye un soporte documental de una suma de declaraciones de voluntad que han de ser interpretadas y calificadas y que, de suyo, carecen de una disciplina unitaria: “no existe una carta de patrocinio como categoría jurídica que merezca una determinada disciplina unitaria”.

Para solucionar este interrogante hemos de exponer primero si el banco puede dirigirse contra el patrocinador y qué reclamación puede efectuar, lo que nos exige el estudio de la naturaleza y el régimen de las relaciones que integran esta modalidad de garantía, así como sus similitudes y diferencias con la fianza y las garantías a primera demanda.

D. 2. Tipos de Cartas de patrocinio

Siguiendo la clasificación efectuada por SÁNCHEZ GUILARTE¹⁸⁴, las Cartas de patrocinio se clasifican en fuertes y débiles, según que de las declaraciones que incorporan se derive o no eficacia obligacional, queriéndose significar con esta denominación “que, mientras que algunas, en principio, parecen ser constitutivas de obligaciones o compromisos morales, otras sí deben ser consideradas como obligaciones en sentido jurídico”. Las primeras no configuran una obligación exigible a la emisora en favor del banco acreedor. Entre ellas se encuentran las que contienen declaración de conocimiento de la concesión del crédito, su conformidad... etc. Carecen de importancia en el mundo jurídico, por lo que nuestro estudio se referirá a partir de ahora a la Cartas de compromiso fuertes, mediante las cuales la entidad emisora asume un deber jurídicamente exigible, a través de declaraciones de distinto contenido: intervención en la gestión de la filial, mantenimiento de su participación en la misma..., etc, que presentan como rasgo común una doble característica: la vinculación frente al banco por parte de quien las emite y la garantía del crédito del beneficiario contra la sociedad filial¹⁸⁵.

184. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., pp. 877-880; *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., pp. 119-120; “Las cartas de patrocinio”, *Derecho...*, op. cit., pp. 223-225 y 228-232. Cfr. también CARRASCO PERERA, A.: “Las cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías...*, op. cit., pp. 660-662.

185. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 120. Una exposición más detallada del contenido de las declaraciones de patrocinio puede consultarse en los autores siguientes: ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., pp. 784-787. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Las cartas de patrocinio”, *Derecho...*, op. cit., pp. 222-223. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., pp. 743-746. CARRASCO PERERA, A.: “Las cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías...*, op. cit., pp. 634-636. SUAREZ GONZÁLEZ, C.: *Las declaraciones de patrocinio, Estudio...*, op. cit., pp. 99-169.

a. La obligación de la sociedad patrocinante en las Cartas de garantía fuertes: ¿obligación de medios u obligación de resultado?

La obligación de garantía es accesoria, dependiente y vinculada a la principal¹⁸⁶ en el sentido de que ofrece garantía al interés del acreedor en la recuperación del crédito. Ahora bien, hay que precisar que la sociedad matriz no se compromete a un cumplimiento sustitutorio en lugar del cumplimiento de la filial, sino que indica que la filial cumplirá, comprometiéndose a llevar a cabo determinados comportamientos para que la filial pague. De ahí que la doctrina se haya planteado qué tipo de obligación asume la sociedad patrocinante, si se trata de una obligación de medios o de resultado; es decir, y en palabras de DUQUE, “¿la obligación de la sociedad matriz patrocinante se agota y cumple con la prestación diligente de su actividad de gestión complementaria en la filial, con independencia del éxito de esa actividad para la consecución del fin último que persigue el beneficiario -cobrar de la filial el reembolso del préstamo?- o, por el contrario, ¿se ha obligado la patrocinante a asegurar que, a través de su asistencia a la gestión de la filial, ésta se encuentre en condiciones económicas que la permitan atender el cumplimiento de sus compromisos de reembolso cuando llegue el momento del vencimiento frente al beneficiario de la carta de patrocinio?”¹⁸⁷.

Por obligación de medios entiende SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE la obligación de realizar una serie de actos, de modo de para quedar exonerada de responsabilidad bastaría a la sociedad matriz la prueba de que desplegó toda la actividad necesaria para que su filial pagara. En cambio, la obligación de resultado compromete a la sociedad matriz a la obtención del mismo y permite la reclamación contra ésta del cumplimiento¹⁸⁸. En opinión del autor citado, la obligación fuerte asumida por la filial es de resultado, atendiendo al interés del acreedor, que es de carácter económico y consiste en la recuperación del crédito. Pero puesto que la sociedad matriz no asume la obligación de cumplir en lugar de su filial, no es posible dirigirse contra aquélla reclamando el crédito sino, a lo sumo, la realización de las actividades a las que se compromete-

186. Cfr. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., p. 782. Al carácter accesorio de la obligación del patrocinante se refiere también SÁNCHEZ -CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 880, n. 15 y *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 122.

187. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., p. 761.

188. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 890.

tió, que de modo indirecto pueden dar lugar al pago de la deuda¹⁸⁹. No cabe una reclamación a la sociedad patrocinante para que pague directamente al banco, puesto que la sociedad matriz no asume un compromiso tal¹⁹⁰. Su obli-

189. Entiende el autor que en caso de incumplimiento podría aceptarse la obligación de la emisora de indemnizar al banco por la no obtención del resultado deseado. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 122; “Las cartas de patrocinio”, *Derecho...*, op. cit., p. 230. Obsérvese el cambio de opinión del autor, que en su artículo “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., pp. 890-891, defendía que el reembolso del crédito debía llevarlo a cabo la emisora “a pesar de no estar obligada directamente a ello, aplicándole la responsabilidad dimanante de la obligación de resultado”. Por ello el banco tiene acción directa contra la sociedad matriz previo incumplimiento de la filial, sin que la sociedad garante puede excepcionar el haber realizado todo lo posible, porque cualquier resultado que no sea el cobro del crédito concedido equivale al incumplimiento”. Como señala SÁNCHEZ-CALERO, admitir que se trata de una obligación de resultado conduce a que la obligación de la sociedad madre se asemeje a otras garantías en las que el garante debe cumplir como consecuencia del incumplimiento del garantizado. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía...”, op. cit., p. 891. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., pp. 762-763, siguiendo a BELLIS, entiende que el patrocinante se obliga a realizar unas determinadas condiciones descritas que no son en sí mismas el objeto directo y final de la obligación, sino en cuanto que “su existencia conduce a la realización de otro resultado posterior que es en verdad el contenido de la obligación” deseado por las partes. Y si éste -el reembolso- no se cumple, hay la presunción *iuris tantum* de que el obligado a poner los medios para que se produjera el reembolso no lo ha hecho o lo ha hecho con negligencia. Para exonerarse de responsabilidad, la entidad emisora debe probar que ha puesto todos los medios con la debida diligencia pero que una causa extraña a su voluntad ha impedido la consecución del resultado final, causa que no es sólo -como apunta BELLIS- fuerza mayor o caso fortuito sino cualquier hecho impeditivo. Ahora bien, según DUQUE, “cuando no pueda precisarse el hecho que produjo la falta de cumplimiento final del patrocinador, el riesgo del daño procedente de causa desconocida continuará corriendo para la entidad patrocinante”.

190. Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 882; *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 121. En opinión de CARRASCO PERERA, A.: “Las cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías...*, op. cit., pp. 660-661, frente al acreedor existen dos tipos de cumplimiento debidos por sujetos pasivos distintos: el de la obligación principal consistente en el reembolso del crédito, y el de la sociedad matriz obligada a realizar determinada conducta mediatizada a la satisfacción de la obligación principal. Sin embargo, el único interés empírico de cumplimiento del acreedor es el pago del crédito, al que se subordina la actividad de la patrocinante que de otro modo carecería de sentido para el acreedor, porque no satisfaría ningún interés económico. Por ello, porque el acreedor no tiene interés independiente en el cumplimiento de la patrocinante, “no puede proceder ejecutivamente ni por equivalente contra la sociedad matriz. No existe una cifra de dinero que pueda representar la indemnización correspondiente al incumplimiento de la obligación de influir en la filial, cuando ésta no ha incum-

gación es más de hacer que de dar, y se canaliza a través del deudor principal, dotándolo de medios necesarios para hacer frente a sus compromisos¹⁹¹. En el supuesto excepcional de que se obligue a pagar por su filial, no nos encontraremos ante una Carta de patrocinio sino ante otra forma de garantía cuya interpretación revelará en qué calidad se obligó el garante¹⁹².

Parece, por tanto, que no tiene sentido una reclamación del beneficiario dirigida contra la entidad patrocinante cuyo objeto sea exclusivamente una indemnización o el cumplimiento de la prestación debida por ésta¹⁹³. No nos encontramos ante una fianza o una garantía independiente¹⁹⁴ cuyo cumplimiento pueda satisfacer el interés del acreedor.

plido sus obligaciones frente al acreedor. El incumplimiento de la obligación de sostener financieramente a la filial, o de posponer los créditos propios a los del banco acreedor, no conlleva daño alguno si la filial reembolsa el crédito. Es cierto que el cumplimiento de las obligaciones propias de la declarante acrecienta y contribuye a las posibilidades de que la filial cumpla, pero se trata de una mera cuestión de hecho, porque el acreedor no puede tener interés en demandar independientemente su cumplimiento o resarcimiento”. En contra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 122, quien ya vimos que creía que podría admitirse la posibilidad de que la entidad patrocinante indemnizara al banco. En este sentido también ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., p. 795.

191. Cfr. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., p. 782. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., pp. 731 y 733.

192. Nos preguntamos que sucedería en el caso excepcional en que la entidad patrocinante asumiera el compromiso de reembolsar el crédito. En este caso está claro que no cumpliría con su obligación hasta que el acreedor cobrara su crédito, por lo cual la reclamación dirigida contra la entidad patrocinante podría ser la entrega de aquella cantidad, no la realización de actividades conducentes a la solvencia de la entidad filial. En este caso, el cumplimiento no se canalizaría a través de la filial, sino de la entidad patrocinante. Según CARRASCO PERERA, A.: “Las cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías...*, op. cit., p. 655, sólo en el caso de que la declaración del patrocinante pueda ser interpretada como compromiso de pago por su parte, podrá hablarse de garantía como causa *-causa intercedendi-*, puesto que en Derecho sólo hay garantía “cuando un sujeto acrecienta o refuerza en términos de exigibilidad jurídica el poder de agresión de que dispone frente al patrimonio del deudor o de un tercero”. Por ello, cuando exista causa en este sentido, comportará la remisión a un régimen determinado que será el aplicable a la obligación del patrocinante.

193. El interés del banco no es el resarcimiento por el incumplimiento de la patrocinante, sino el reembolso del crédito que concedió. “Lo que el banco pretenderá es que el crédito se pague, y no procederá sensatamente si se limita a demandar a la declarante para que ésta indemnice los daños y perjuicios -que tendrá que probar- derivados del incumplimiento de una obligación infungible de hacer” (CARRASCO PERERA, A.: “Las cartas de patrocinio”, *Tratado de garantías...*, op. cit., p. 661).

194. Como diferencias con la fianza podemos señalar las siguientes: el patrocinante puede obligarse a más y a cosa distinta -que es lo habitual- que el deudor principal, al con-

No obstante, en el supuesto de que ésta reclamación se produzca, ¿podrá la sociedad patrocinante oponer la excepción de arbitraje fundada en el convenio concluído entre el beneficiario y la filial de aquélla? Si se acepta el carácter accesorio de la garantía¹⁹⁵ respecto de la obligación garantizada y el que el convenio arbitral sea una de las excepciones a las que se refiere el art. 1853 Cc, es consecuente con esta posición la oponibilidad de la excepción de convenio arbitral; Sin embargo, no es ésta nuestra opinión. Al igual que sucedía con la cesión del contrato y del crédito, aunque se defediera la accesoriedad de la obligación de garantía, la excepción de arbitraje no puede oponerse, no sólo porque no es una excepción inherente a la deuda y, por tanto, no recogida en el art. 1853 Cc, sino principalmente por la autonomía del convenio arbitral, el carácter voluntario del mismo y sus efectos interpartes. Por lo tanto, el beneficiario no puede dirigirse contra el patrocinador con fundamento en el convenio arbitral que le vincula con la filial. Queda abierta la vía judicial para demandar a aquél, pero el *petitum* será distinto que el reclamado a la filial y también la causa y, obviamente, los sujetos. Faltando las identidades procesales oportunas, no es siquiera necesario hacer mención al tema de los restantes requisitos de la excepción de litispendencia.

trario de lo prescrito en el art. 1826 Cc para la fianza, que obliga a que el objeto de las respectivas prestaciones sea al menos cualitativamente idéntico. El patrocinante no se obliga a cumplir en lugar de su filial. Cfr. SÁNCHEZ GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., pp. 880-883. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., pp. 795-797. DUQUE DOMÍNGUEZ, F. J.: “Las cartas de patrocinio”, *Nuevas entidades...*, op. cit., pp. 731-732. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Las cartas de patrocinio”, *Derecho...*, op. cit., p. 230. Por lo que respecta a las diferencias con las garantías independientes, señalamos la posibilidad de que se requiera del garante el cumplimiento de su obligación propia directamente, sin necesidad de demandar en primer lugar al deudor, sin que éste pueda oponerse y con independencia de la validez de la obligación garantizada, y todo ello porque el banco asume su propia obligación de pago, vinculación que no se produce en el caso de las Cartas de patrocinio. Otra diferencia estriba en el carácter accesorio de la obligación del patrocinante, frente a la independencia de la obligación del garante independiente. Cfr. SÁNCHEZ GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las cartas de garantía o Cartas de patrocinio (comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, op. cit., p. 881; *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., pp. 121-122.

195. ARAMENDÍA GURREA, F. J.: “La llamada <<Carta de confort>>...”, op. cit., pp. 782 y 799 se refiere directamente a la posibilidad de que el patrocinante oponga -salvo renuncia expresa-, las excepciones derivadas de la relación obligatoria entre el concedente del préstamo y la filial. SÁNCHEZ GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las Cartas de garantía...”, op. cit., p. 880, n. 15 y *El contrato autónomo de garantía. Las garantías...*, op. cit., p. 122 entiende como manifestación de la accesoriedad el que la extinción o nulidad de la obligación de la filial conllevará la de la sociedad matriz.

E) La extensión de la eficacia del convenio arbitral en los grupos de sociedades

E. 1. Planteamiento del problema

Pasamos ahora a examinar una cuestión que ha cobrado mucha actualidad en los últimos años en el mundo de los grupos de sociedades. Se trata de determinar si cuando una sociedad miembro de un grupo de sociedades concluye un acuerdo que contiene un convenio arbitral, quedan vinculadas por dicho convenio las demás sociedades de ese grupo. El examen de la jurisprudencia y de la doctrina nos lleva a la conclusión de que los árbitros están resolviendo este tema al margen de las leyes nacionales, aplicando principios del Derecho de sociedades y los usos del comercio internacional. La importancia para nosotros radica en determinar si las sociedades no signatarias del contrato pueden oponer, con fundamento en el convenio contenido en el mismo, la excepción de arbitraje o de litispendencia arbitral en el supuesto de que sean demandadas en vía judicial. En definitiva, el punto clave es, por tanto, averiguar la eficacia del convenio arbitral respecto de terceros, en este caso, sociedades de un grupo.

E. 2. Grupos de sociedades: concepto

Para situar la cuestión, precisamos primero el sentido de la denominación “grupo de sociedades”, que viene a significar “conjunto de sociedades sometidas a una misma dirección económica”¹⁹⁶ mediante distintos instrumentos, de tipo contractual, financiero o personal¹⁹⁷. El Derecho reconoce personalidad

196. BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1994, p. 387. Cfr. también JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994, p. 151.

197. En el primer caso, forma contractual, es un acuerdo el que une las distintas sociedades, bien sea en sentido horizontal -uniendo sociedades que desarrollen empresas de idéntica o análoga naturaleza que actúen en régimen de concurrencia en la misma fase o momento del ciclo productivo- o vertical -agrupando sociedades económicamente interesadas de modo sucesivo y complementario en las distintas fases del proceso de elaboración de un determinado producto-. La unión de carácter financiero es un sistema de enlace capitalista que supone la participación de unas sociedades en el capital de otras, y que ofrece la ventaja de su gran flexibilidad, porque permite que se aumente o disminuya el número de las sociedades vinculadas, mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones. Por último, la unión personal se produce por medio de la elección o nombramiento de administradores comunes. Este sistema constituye un instrumento de dirección y dominio de sociedades, en apariencia autónomas, que reporta no pocas ventajas de orden económico, suprimiendo concurrencias comerciales, asegurando colaboraciones, coordinando planes de producción..., etc. Por lo general, este sistema de unión personal es una consecuencia del anterior, pero aunque no esté unido a ese sistema de enlace capitalista es

jurídica a las sociedades que se constituyan según lo exigido por la ley, pero el concepto de “grupo” no se ha formado teniendo en cuenta la formal independencia entre sociedades legalmente distintas, sino atendiendo a la unidad de orientación económica dependiente de una autoridad común al grupo. En este sentido, son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales -como veremos más adelante-, que se muestran favorables, en general, a la extensión de la cláusula arbitral al resto de las sociedades del grupo, con algunas condiciones que también analizaremos. Partiendo de esta jurisprudencia, el tema se plantea, por tanto, en los siguientes términos: si se demanda a una de las sociedades del grupo que no formaron parte del convenio arbitral, ésta, en principio, no podrá cuestionar la competencia arbitral porque, al extenderse a la misma la eficacia de la cláusula, se encuentra en la misma situación que si hubiera formado parte del acuerdo desde el principio. Y más aún en relación a nuestro tema: si se demanda a una de las sociedades del grupo ajena al convenio arbitral ante la jurisdicción ordinaria, ¿podría dicha sociedad hacer valer la excepción de arbitraje?. Con estos antecedentes la respuesta lógica es que sí. Veamos qué ha dicho la jurisprudencia, cuales son sus argumentos y a partir de ahí podremos dar una respuesta a las dudas planteadas.

a. Análisis de la jurisprudencia

a. 1. Contrato que contiene cláusula arbitral firmado solamente por alguna o algunas de las sociedades del grupo

Del estudio de la misma se observa una tendencia a extender la eficacia de la cláusula a las sociedades del grupo en cuanto unidad económica. Ahora bien, la sola pertenencia a dicho grupo no es suficiente motivo para justificar la extensión. La pertenencia constituye un principio de prueba de la sumisión a la cláusula arbitral, pero es necesario que concurren otras circunstancias. Es la efectiva participación en la operación el fundamento de tal extensión, de la cual la jurisprudencia deduce la voluntad implícita de la sociedad en este sentido. Parece excesivo admitir, con fundamento en el principio de que el grupo constituye una unidad económica sometida a un único poder de dirección, que la firma de una de las sociedades del grupo comprometa a las demás, porque sería desconocer la individualidad que, como personas jurídicas, poseen. Ahora bien, también es contrario a la realidad económica limitar, por razones puramente formales, los efectos de la convención arbitral cuando las socieda-

capaz, por sí solo, de dar vida a una verdadera unión de sociedades. Cfr. URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1996, pp. 616-617. Sobre formas para la creación de un grupo cfr. también BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil*, op. cit., pp. 390-391.

des del grupo han sido sujetos activos de la operación. En esta línea se pronuncia la mayoría de la jurisprudencia, que exige que la sociedad a que se quiere extender la vinculación haya participado *efectivamente* en las operaciones contractuales: *sólo las sociedades del grupo que han jugado un papel activo en la negociación, conclusión o realización del contrato se encuentran vinculadas por el convenio* que, desde la firma del contrato, comprometía virtualmente a la entidad económica que constituye el grupo. *Por encima del principio general de la unidad económica del grupo, hay que considerar caso por caso*, no sólo la voluntad de los miembros del grupo de obligar al conjunto, sino también, cuando se ha comprobado dicha voluntad, *sus efectos prácticos respecto a cada de las sociedades consideradas por separado*¹⁹⁸. Transcribimos algunos considerandos que nos parecen significativos:

“Un grupo de sociedades posee, a pesar de la personalidad jurídica distinta de cada una de éstas, una realidad económica única que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando decide sobre su propia competencia... En particular, la cláusula compromisoria, expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo, debe vincular a las sociedades que, por el papel que han jugado en la conclusión, ejecución o realización de los contratos que contienen las susodichas cláusulas, aparecen según la común voluntad de todas las partes del procedimiento como verdaderas partes de esos contratos, o como afectados, en primer término, por éstos y por los litigios que de ellos pudieran derivar. Al declararse competente para conocer de las demandas formadas no sólo por las filiales que han aceptado expresamente la cláusula compromisoria, sino también por la sociedad madre americana -sin cuyo consentimiento las relaciones contractuales litigiosas no habrían podido formarse-, así como por la filial francesa del mismo grupo -que ha jugado en éstas un papel preponderante-, el tribunal arbitral no desconoce ningún principio ni regla de orden público internacional, en particular, del sistema jurídico francés... Al tener en cuenta las necesidades del comercio internacional, a las que deben satisfacer las reglas del arbitraje internacional, el tribunal seguirá el ejemplo de la jurisprudencia francesa a la que se ha hecho expresamente referencia”.

En esta línea se manifestó el tribunal en uno de los casos modelo sobre este tema: el asunto Dow Chemical, en el cual, la sociedad demandante Dow Chemical (USA), y su filial francesa Dow Chemical fueron aceptadas como par-

198. Cfr. el comentario de Y. DERAIS al laudo provisional dictado en el asunto Dow Chemical, n.º 4131 (1982), *JDI* (1983), pp. 904-907, y del mismo autor *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, op. cit., pp. 363-365.

tes con fundamento en el convenio contenido en el contrato firmado por otra filial Dow Chemical (Suiza) con el demandado. Los árbitros razonaron que en el fondo, aunque no formalmente, el demandado tuvo la intención de contratar con Dow Chemical como un grupo y no simplemente con las sociedades nombradas en el contrato, como se desprende del análisis de la correspondencia entre la partes, ya que el demandado la había mantenido con Dow Chemical (US) y su filial francesa, específicamente relativa a la ejecución del contrato firmado con Dow Chemical suiza. Además, el análisis de los acuerdos de la negociación reveló que la sociedad madre había sido el eje de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas sociedades del grupo y el demandado. Sin embargo, no bastó la existencia de una estructura económica como grupo para fundar la competencia del tribunal arbitral, sino la participación efectiva de las entidades no firmantes en la negociación del contrato, la realización o terminación del proyecto, lo que puso de manifiesto la mutua voluntad implícita de ser partes de hecho en los acuerdos y en el convenio arbitral:

“Considerando en particular que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por ciertas sociedades del grupo, debe vincular a las otras sociedades que, por el papel que han jugado en la conclusión, ejecución o la realización de los contratos que contienen las cláusulas, aparecían según la voluntad común de todas las partes del procedimiento, como verdaderas partes de esos contratos, o como afectadas por éstos y por los litigios que de ellos pudieran derivar”¹⁹⁹.

El tribunal aludió también en los considerandos de su decisión a otros casos precentes resueltos en el marco de la CCI, decisiones que “constituyen progresivamente una jurisprudencia que hay que tener en cuenta, ya que deduce las consecuencias de una realidad económica y se ajusta a las necesidades del comercio internacional a las que deben responder las normas específicas del arbitraje internacional, a su vez progresivamente elaboradas”²⁰⁰.

La respuesta del tribunal fue también positiva en el caso n.º 1434 en 1975, que sirvió de precedente al asunto Dow Chemical. En el asunto n.º 1434, relativo a un proyecto de construcción de una fábrica y su dirección técnica en un país en vías de desarrollo, el tribunal debía pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de un funcionamiento, al parecer defectuoso, de dicha fábrica.

199. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, recaído en el asunto n.º 4131 (1982), *JDI* (1983), p. 904 con comentario de Y. DERAÏNS.

200. Cfr. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, recaído en el asunto n.º 4131 (1982), *JDI* (1983), p. 904 y comentario de Y. DERAÏNS en este mismo *JDI* y en *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, op. cit., pp. 365.

ca; en concreto debía resolver sobre las condiciones de ejecución de dos contratos celebrados por un sociedad estatal del país B, algunas sociedades del grupo A, y MA, dirigente principal, contratos relativos al proyecto de construcción mencionado. Algunas de las sociedades del grupo de demandados habían firmado un contrato y otras no. Por otra parte, no todos los contratos contenían cláusula arbitral. El tribunal resolvió teniendo en cuenta el concepto de grupo de sociedades que permitió establecer la representación del grupo por su presidente M. A. y fue aplicado para obligar a algunas de las sociedades por un convenio arbitral que no habían suscrito, puesto que la actitud de M. A. había permitido a la sociedad nacional del Estado B creer legítimamente que M. A. obligaba al conjunto de sociedades del grupo que presidía²⁰¹. Los acuerdos son la fuente de las obligaciones para el grupo A que garantiza su ejecución a través de una o varias filiales existentes o a crear *ad hoc*, cuestión de organización interna del grupo que reviste un carácter secundario²⁰², sin que la literalidad de los contratos pueda servir para escudar a alguna de las sociedades del grupo A:

“ni el grupo A, ni su presidente ni aquélla o aquélla otra de las sociedades miembros del grupo, pueden escudarse tras la redacción de tal cláusula particular, interpretada literalmente y aislada del contexto del conjunto de los acuerdos, para demandar el estar fuera de una causa que concierne directamente al grupo u organización A”²⁰³.

No dejar de sorprendernos el que, en otra ocasión, afirme la Corte que las cláusulas se han de interpretar restrictivamente²⁰⁴.

201. Cfr. el Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI recaído en el caso n.º 1434 (1975), *JDI* (1976), pp. 978-989 y el comentario de Y. DERAIS en este mismo *JDI* y en *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, op. cit., pp. 145-156. Según la decisión de éste asunto “sería contrario a todo principio de interpretación razonable, a la voluntad común de las partes y al espíritu de toda la operación el conceder una importancia preponderante a la letra [de las convenciones] y a las variaciones o fórmulas incoherentes utilizadas en los distintos contratos. Manifiestamente, la parte (del Estado B) ha querido tratar y, de hecho, ha tratado con el Grupo u Organización A, representado por su Presidente M. A. y éste se ha comportado a lo largo de la conclusión de los acuerdos... como si fuera el dirigente responsable y animador de este gran grupo industrial” (*JDI* (1976), p. 979).

202. Cfr. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI recaído en el caso n.º 1434 (1975), *JDI* (1976), pp. 979-980.

203. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI recaído en el asunto 1434 (1975), *JDI* (1976), p. 980.

204. Cfr. el Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2138 en 1974, *JDI* (1975), p. 934. Como veremos más adelante, en esta ocasión la Corte afirmó que las cláusulas arbitrales son de interpretación estricta y que un tribunal no puede, sin exceder sus competencias, retener a una sociedad como parte en un proceso.

La misma idea queda plasmada en el asunto 2375 del año 1975, en el que se produce también una extensión de la eficacia del convenio arbitral a sociedades del grupo que no habían suscrito el mismo y quedan vinculadas una empresa como demandante y otra como demandada, contra los deseos de los demandados²⁰⁵, porque la noción de grupo justifica la representación de las filiales por sus respectivas sociedades madres. Se trataba de una demandante francesa X que actuó contra una sociedad española Z (sociedad madre) y su filial Y. La sociedad francesa demandante X no había firmado el acuerdo, sino otra empresa francesa, W, de la que entonces era filial la sociedad demandante X. Tampoco la filial española Y había suscrito el acuerdo, sino que la firmante era la sociedad madre, Z. Las demandadas estimaron que el tribunal arbitral era incompetente respecto a las dos sociedades filiales: la demandada española y la demandante francesa. Los árbitros rechazaron la excepción de incompetencia con estos argumentos: que las dos sociedades matrices estipularon el protocolo litigioso tanto por ellas mismas como por sus filiales; que la empresa francesa matriz había reservado su participación en el proyecto a su filial; que la correspondencia revela que las partes se referían a las sociedades españolas “como grupo” y que es incontestable que la filial española forma parte del grupo de la sociedad matriz española y que el consejo de directores de la compañía promotora está formado por dos directores por cuenta de la sociedad madre española y dos por cuenta de su filial. Por último añadieron que “es incontestable que Y era parte del grupo Z y X del grupo W; el concepto de grupo se define, por encima de la independencia formal nacida de la creación de personas jurídicas distintas, mediante la unidad de orientación económica dependiente de un poder común”²⁰⁶. En este caso, como en los anteriores, los árbitros atendieron más al principio de unidad económica del grupo que a su individualidad jurídica, si bien ésta se respetó desde el momento en que para considerar vinculadas a las sociedades no bastó la pertenencia al grupo -sino que fue la participación efectiva en la operación económica la que produjo dicha vinculación- y por el hecho de que a la sociedad demandante que no formaba parte del grupo W en el momento de introducción de la demanda arbitral no se le reconoció interés para actuar²⁰⁷.

205. Cfr. el Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2375 (1975), *JDI* (1976), pp. 973-978. Cfr. el Comentario de Y. DERAIS en este *JDI* y en *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, op. cit., pp. 139-145.

206. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2375 (1975), *JDI* (1976), p. 974.

207. “Considerando... que W podría teóricamente encontrarse presente en el proceso, pero que no puede sin embargo, puesto que sin interés, no tiene acción” (Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2375 (1975), *JDI* (1976), p. 975).

Con argumentos contrarios los árbitros negaron, en el caso n.º 2138 del año 1974, la extensión de la cláusula arbitral a otras sociedades del grupo. Consideraron que no había quedado establecido que la Sociedad X hubiera aceptado la cláusula si hubiera firmado el contrato y que las cláusulas arbitrales son de interpretación estricta, por lo que el tribunal no puede, sin exceder sus competencias, retener a la Sociedad X como parte en el proceso²⁰⁸. De estas razones se deduce que la firma del contrato no es suficiente para vincular por convenio arbitral al firmante de aquél, lo que unido a la declaración que el tribunal realiza respecto a la imposibilidad de obligar a X a participar en el proceso demuestra el respeto hacia el carácter voluntario del arbitraje. Es sorprendente, por contraste con otros pronunciamientos, que ni siquiera la firma sea fundamento decisivo de la extensión. La decisión merece ser destacada, pero no es, a nuestro pesar, la línea jurisprudencial más abundante.

En sentido negativo se pronunció otro laudo de fecha mucho más reciente, con otro argumento: que no quedaba probada la identidad por sucesión entre dos sociedades, por lo que nos queda la duda de si los árbitros hubieran permitido la extensión de haber considerado positivamente la sucesión²⁰⁹. Nos inclinamos a pensar que sí, a la vista del razonamiento seguido por los árbitros: probablemente hubieran argumentado que la sociedad sucesora asumía todos los derechos y obligaciones de la sociedad anterior por virtud de la sucesión y, por tanto, quedaba vinculada por el convenio arbitral.

b. Contrato principal y contratos accesorios de éste

La eficacia de la cláusula arbitral se extiende también a los distintos contratos concluidos entre diferentes sociedades cuando éstas pertenecen a un grupo y los contratos son accesorios unos de otros en el marco de un con-

208. Cfr. Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2138 (1974), *JDI* (1975), p. 934.

209. Se trata del Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6673 (1992), *JDI*, n.º 4 (1992), p. 993. En este caso, la sociedad demandante 1 y su sociedad madre, demandante 2, habían planteado una única demanda de arbitraje, fundada en las cláusulas que respectivamente contenían un contrato de licencia exclusiva de explotación de tecnología y otro acuerdo, celebrados entre la demandante 1 y la demandada, pero en los cuales no era parte la demandante 2. Esta pretendía ser titular, en cuanto que sucesora de una sociedad Z, de una patente europea cuya comercialización había encomendado a su filial, pero no había podido probar los derechos que alegaba poseer de la sociedad Z. El tribunal afirmó que “ninguna prueba ha sido aportada en el sentido de que la sociedad demandante 2 sea la misma que la sociedad Z... los derechos de propiedad industrial invocados por la demandante 2 y el contrato de comercialización que invoca no le confieren la calidad de cotitular de los derechos y obligaciones contractuales resultantes de las dos convenciones en litigio”.

junto contractual único. El conjunto de estos acuerdos constituye precisamente “el” contrato, como operación única que las partes quieren realizar mediante distintos instrumentos, cada uno de los cuales encuentra su razón de ser en la existencia de los otros. Si el contrato que contiene la cláusula no es susceptible de originar conflictos, pero sí los acuerdos posteriores concluidos para concretar el principal, con el cual forman un conjunto, hay que presumir que la voluntad de las partes fue someter también a arbitraje la resolución de los litigios derivados de los nuevos contratos.

Esta es en resumen la argumentación del caso *Sofremines c. Samin* en el cual, planteado un litigio derivado de contratos posteriores -sin cláusula compromisoria- de ejecución del contrato base, el tribunal entendió que el litigio podía resolverse vía arbitral, con fundamento en la cláusula contenida en el contrato principal -o contrato base-, puesto que los acuerdos de ejecución son acuerdos posteriores nacidos en el marco de las relaciones contractuales derivadas del contrato base y sometidos, por tanto, a las reglas establecidas por el contrato principal, y en consecuencia, a la cláusula arbitral²¹⁰. En esta línea, el

210. Cfr. Sentencia *Tribunal de commerce* de Bobigny de 29 de marzo de 1990 (Sociedad *Sofremines c. Sociedad Samin*), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 68-73 y el comentario de L. AYNES. En esta línea se encuentra el asunto *Kis France*. Cfr. Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*) de 31 de octubre de 1989 (Sociedad *Kis France* y otros c. Sociedad *Générale* y otros), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 90-94. En este caso, las sociedades citadas habían concluido un contrato base de 6 de mayo de 1983, en que declaraban negociar tanto en su nombre como por cuenta de sus filiales. Estas últimas realizaron otros contratos, para la aplicación concreta del contrato base y especialmente para Estados Unidos un acuerdo de 18 de julio de 1983 seguido el 1 de julio de 1985 de otros dos documentos contractuales, de una parte, un contrato firmado por la matriz Sociedad *Générale* -obrando por su cuenta y por su filial- y por *Kis France* -actuando por su cuenta-, y de otra parte un contrato entre la Sociedad *Générale* -actuando de la misma forma- y la Sociedad *Kis Photo Industrie* -actuando por su cuenta y por cuenta de su filial *Kis US*-. Las Sociedad *Générale* y dos de sus filiales demandaron la condena solidaria de la Sociedad *Kis France* y de la Sociedad *Kis Photo Industrie*, demanda arbitral que estaba fundada en la cláusula contenida en el contrato base y a la cual se hacía referencia en los acuerdos de 18 de julio de 1983 y 1 de julio de 1985. El tribunal arbitral declaró admisible la demanda, argumentando la existencia de dos grupos de sociedades y la realización de una operación económica única dentro de un conjunto contractual que asociaba estrechamente las filiales de las dos contratantes. Las demandadas presentaron un recurso de anulación, que el tribunal rechazó, y fueron condenadas al pago. Los árbitros consideraron que el contrato base contenía una cláusula que les otorgaba el poder de resolver toda diferencia relativa a la interpretación o ejecución del contrato entre las sociedades matrices. Los acuerdos entre filiales contenían una referencia a aquella cláusula, cuya cercanía con las estipulaciones del contrato base hacen aparecer el poder dado a los árbitros para solucionar los litigios nacidos de la ejecución tanto del contrato base como de los contratos entre filiales. El tribunal tuvo en cuenta la estrecha imbricación de las recíprocas obligaciones de las partes, así como la situación de domina-

considerando primero del caso Orri se ha convertido en precedente de referencia obligada, por cuanto contiene un criterio de extensión en función de la situación y actividad de cada sociedad en el marco de las relaciones comerciales que le unen con otra u otras:

“según los usos del comercio internacional, la cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional tiene una validez y una eficacia propias que ordenan extender su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y los litigios que de ello pudieran derivarse, desde que queda establecido que su situación contractual, sus actividades y relaciones comerciales habituales entre las partes hacen presumir que éstas han aceptado dicha cláusula, de la cual conocían la existencia y alcance aunque no hayan sido signatarias del contrato que la estipulaba”²¹¹.

ción de las sociedades madres sobre las filiales, sometidas a sus decisiones comerciales y financieras. Del análisis de las relaciones contractuales, el tribunal dedujo la común voluntad de las partes de considerar a las demandadas como deudoras directas de las cantidades que pudieran ser debidas por ella misma o su filial Kis Corporation, y en consecuencia, declaró la admisibilidad de la demanda en función de este compromiso. Finalmente aludió a los usos del comercio internacional para justificar la aplicación de la noción de “grupo de sociedades”.

211. El caso Orri constituye un ejemplo de extensión de la cláusula compromisoria en un grupo personal al poseedor único del capital. Cfr. Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Cb. suppl.*) de 11 de enero de 1990 (Orri c. Sociedad de Lubrificantes Elf Aquitaine), *JDI*, n.º 1 (1991), pp. 141-148, con comentario de B. AUDIT, y *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 95-109, con comentario de D. COHEN, que gira en torno a la interposición de persona con fines fraudulentos. Los hechos fueron los siguientes: sobrevino una controversia, consecuencia de diversas facturas impagadas, en las relaciones comerciales entre la sociedad francesa Elf Lub, proveedora de carburante marítimo a diversas sociedades, y éstas sociedades, propiedad de M. Orri -hombre de negocios de nacionalidad saudita-, las cuales se conocían como grupo con las siglas SEL (Saudi Europe Lines). Celebrada una reunión entre ambas partes, se firmaron dos acuerdos de fecha de 2 de noviembre de 1983. El primero contenía el compromiso de “Saudi Europe Line SA” de respetar los plazos de pago, y fue firmado para esta sociedad por M. Archaniotakis y M. Orri. El segundo acuerdo -contrato de ejecución-, preveía el suministro de lubricantes a “Saudi Europe Lines” y contenía una cláusula arbitral. Fue firmado por M. Archaniotakis como representante de la citada sociedad, en lugar del nombre de M. Orri, que fue tachado. Los compromisos se incumplieron y Elf inició un arbitraje contra SEL, SEL SA y M. Orri.

Los árbitros afirmaron su competencia respecto de éste y de “Saudi Europe Line SA”, y declararon sin objeto el procedimiento dirigido contra “Saudi Europe Line”, por ser simplemente la razón social mediante la que M. Orri actuaba en el comercio, con obligación personal para todas las deudas y obligaciones establecidas, de modo que M. Orri fue el único condenado con el siguiente razonamiento: el tribunal declaró que el acuerdo de 2 de noviembre, firmado personalmente por M. Orri, contenía una referencia implícita al contra-

Al participar en la ejecución de un acuerdo que contiene una serie de obligaciones, se aceptan las modalidades técnicas, entre ellas, la cláusula compromisoria, y se deduce que quien participa en la ejecución con conocimiento de causa ha ratificado el acuerdo, en el cual se incluye la cláusula de arbitraje²¹².

Sorprende la consideración del convenio arbitral como una “modalidad técnica” y la evolución de la jurisprudencia, que no tiene en cuenta tanto las relaciones entre las partes implicadas o la pertenencia a un grupo, como la vinculación de las partes con el objeto del contrato, respecto del cual el arbitraje no es más que una modalidad de ejecución. *De una vinculación subjetiva se pasa ahora a una vinculación objetiva.*

La extensión de la cláusula arbitral al tercero que participa en la ejecución del contrato principal se produjo también, entre otros, en el caso resuelto por la Sentencia *Cour d'appel* de París (1 *Ch. suppl.*) de 29 de noviembre de 1991 (Sociedad Distribution Chardonnet c. Sociedad Fiat Auto France)²¹³. En este asunto, el tribunal declaró la extensión de la cláusula arbitral del contrato base y, por tanto, la sumisión a arbitraje, de los litigios derivados de la ejecución de

to de aprovisionamiento en el que se establecía la obligación de “Saudi Europe Line” de velar por la regularidad de los pagos futuros, referencia a las relaciones comerciales cuya prosecución debía asegurar el contrato de aprovisionamiento, de modo que ambos contratos constituían un “conjunto contractual indivisible”, en el cual M. Orri estaba personalmente obligado bajo la denominación “Saudi Europe Line” o “Saudi Europe Lines”, porque, como se demostró, era el nombre comercial a través del cual actuaba M. Orri, de modo que la intervención de M. Archaniotakis constituyó una maniobra con fin de fraude. Con un segundo argumento, la noción de grupo de sociedades -innecesario a nuestro juicio, pues basta la interposición de persona con carácter fraudulento-, el tribunal justificó la obligación de M. Orri, como presidente de un conjunto de sociedades con existencia única e independencia formal, pero vinculadas por la unidad económica sometida a un poder único ejercido por M. Orri. Y entendió que la cláusula era oponible a éste como parte directamente implicada en la convención en calidad de dirigente del grupo Orri, en el marco de las relaciones habituales con la Sociedad Elf, “lo que deja presumir un perfecto conocimiento de las condiciones que rigen sus relaciones comerciales comprendida entre ellas la cláusula de arbitraje usual en la práctica del comercio internacional”.

212. Cfr. Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 25 de junio de 1991 (Compañía tunecina de navegación Cotunav c. Comptoir commercial André), *Rev. de l'arb.*, n.º 3 (1991), pp. 453-455 y el comentario de P. MAYER. En esta ocasión la Corte de casación rechaza el recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte de apelación de París, en la que el tribunal admitió la extensión de la cláusula contenida en un contrato de ayuda alimenticia, concluido entre los Gobiernos francés y tunecino, a la Compañía tunecina de Navegación (Cotunav). Esta última, que no había firmado el contrato, había sido sin embargo designada para la ejecución de dicho contrato en calidad de transportista;

213. Cfr. *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 617-623.

los contratos de aplicación -acuerdos de gerencia- del contrato principal. El tribunal entendió que la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas las cuestiones relativas a la ejecución del contrato se refiere a todos los litigios, y sobre todo, a los relativos a las consecuencias de la realización de los contratos de gerencia en cuanto se pone en juego o afecta al conjunto de las relaciones contractuales entre las partes.

A la vista de estos pronunciamientos surge una duda: ¿significa ésto que el arbitraje se ha convertido en una modalidad de tal manera usual en los contratos internacionales, que el solo hecho de participar, con cualquier título, en su ejecución, implica la voluntad de someterse a la convención arbitral pactada por los contratantes iniciales?. Como siempre, dejamos constancia de nuestra opinión contraria a esta corriente jurisprudencial, en detrimento del carácter voluntario del arbitraje.

E. 3. Conclusiones

En consecuencia con la línea seguida por la jurisprudencia, cualquiera de las sociedades del grupo a las que se extiende la eficacia de la cláusula por haber participado en la “conclusión, ejecución o realización de los contratos que contienen las [referidas] cláusulas”, podrá oponer la excepción de arbitraje a la demanda que se presente en vía judicial y el tribunal estatal deberá remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas (art. II. 3 del Convenio de Nueva York). Lo mismo puede concluirse en cuanto a la excepción de litispendencia arbitral, en el supuesto de que se demande a una sociedad ante la jurisdicción estatal lo mismo que está siendo discutido en el proceso arbitral. En este caso, y por imperativo del art. VI. 3 del Convenio de Ginebra, el tribunal del Estado contratante ante el que se haya planteado la demanda deberá suspender el procedimiento. Si la cláusula arbitral vincula a las sociedades del grupo que realicen determinada actividad, puede defenderse que dichas sociedades se encuentran en una situación idéntica a si hubieran firmado el contrato inicial y su cláusula desde el principio, de modo que cabe imaginar que la cláusula única equivale o hace la función de todas las que sería necesario concluir en función de las distintas sociedades implicadas, con sus respectivas objetos litigiosos y causas. Es decir, una sólo cláusula vale para todos los potenciales litigios de todas las sociedades implicadas.

No obstante lo expuesto, no estamos de acuerdo con la posición jurisprudencial. Si bien es cierto que es una solución rápida y práctica para el tráfico mercantil, no es acorde con el carácter voluntario del arbitraje²¹⁴ ni con la

214. Para SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 104, es más apropiado considerar como potenciales participantes en el arbitraje a aquéllos llamados co-contratantes o

autonomía del convenio. Las identidades procesales necesarias para la estimación de las excepciones que tratamos no se cumplen en sentido estricto, puesto que no existe contrato previo con la sociedad implicada y sí solamente con una de las del grupo. Con acierto se ha dicho que allí donde no hay convenio arbitral, los tribunales estatales continúan siendo competentes²¹⁵. Suscribimos por todo ello las palabras de tres autores ya citados, quienes opinan que “hay que reconocer que la aseveración de jurisdicción arbitral sobre partes que no han firmado el acuerdo arbitral es una cuestión controvertida, y la ejecutabilidad ante tribunales nacionales de los laudos dictados contra la protesta de estos terceros no signatarios está abierta a la duda”²¹⁶.

Por eso, parece una buena solución al problema la que tuvo lugar en el caso *Dale Metals Corporation c. Kiwa*, en el cual un tribunal estatal, para evitar que alguno de los tres demandados no partes del convenio arbitral rechazara la extensión de la cosa juzgada resultante del proceso arbitral, condicionó la suspensión del procedimiento iniciado ante él, en favor del proceso arbitral, a que los cuatro demandados -de los cuales sólo uno de ellos, Japón 2, era parte del convenio- acordaran y accedieran en un plazo de 30 días, no sólo la aceptación y sumisión al procedimiento arbitral de Tokyo, sino permitir a los dos demandantes USA A y USA B participar en el mismo²¹⁷. El tribunal ame-

identificados claramente como tal en el convenio, en atención al hecho de que las partes de un convenio arbitral pueden insistir en que una particular compañía sea parte del convenio.

215. Cfr. SANTOS BELANDRO, R.: *Arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 96.

216. CRAIG/PARK/PAULSSON: “The validity of the arbitration agreement”, op. cit, p. 100. Para SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 106, el equilibrio entre la seguridad y buena fe necesarias en el ámbito del comercio internacional aconsejan que sólo debería permitirse la participación en el arbitraje a aquellas entidades que consten claramente como partes en el convenio, excepto en los casos en que se utilice deliberadamente el “velo societario” (corporate veil) como ardid para eludir obligaciones legales.

217. Referencia tomada de CRAIG/PARK/PAULSSON: “The validity of the arbitration agreement”, op. cit, pp. 103-105. En este caso, la compañía US A y su principal accionista, la compañía US B, habían suscrito un acuerdo de representación de ventas en exclusiva de las compañías japonesas 1 y 2. El producto se entregó para distribución en los Estados Unidos bajo “confirmaciones de venta”, que contenían una cláusula arbitral con previsión de arbitraje en Tokyo, firmadas por US B y Japón 2. Alegando que las compañías japonesas habían vulnerado el acuerdo de exclusiva por tratar alternativamente con otros dos distribuidores de los Estados Unidos, las compañías estadounidenses iniciaron una acción ante un tribunal federal de Nueva York contra las dos japonesas y los otros dos distribuidores. Japón 2 invocó el convenio arbitral y comenzó un procedimiento contra US B en Tokyo. A continuación solicitó del tribunal federal la suspensión del litigio por estar pendiente el arbitraje. Las compañías US A y B objetaron que tres de las demandadas no estaban involucradas en el procedimiento arbitral al no ser partes del convenio, y por lo tanto, no había fundamento para suspender el proceso entablado por US A y B contra ellos. Sin embargo, el tribunal americano se pronunció a favor del arbitraje con las condiciones que exponemos en el texto principal.

ricano entendió que la reclamación presentada contra Japón 1 y 2 era la misma y que el perjuicio alegado por US A y US B era asimismo idéntico. En lo relativo a los dos distribuidores alternativos, se dijo que todos los demandados compartían responsabilidad por maldad en el proceder. Por todo ello, el tribunal concluyó: “es justo decir que, en el arbitraje pendiente entre Japan 2 y US B, cualquier cuestión que surja allí comprenderá las que se planteen en este procedimiento. En tales circunstancias, es apropiada una suspensión, incluso aunque afecte a partes que no están vinculadas por el arbitraje”.

De este modo, y sobre la fuerza de las conclusiones de que US A y US B tenían idénticos intereses, la Corte federal concedió a los cuatro demandados ante ella (las dos compañías japonesas y los dos distribuidores americanos) el beneficio del convenio arbitral pactado sólomente por uno de ellos, Japón 2, que podía legítimamente valerse del convenio arbitral, lo que hizo al invocar el convenio ante el tribunal Federal. Japón 1 y los otros dos distribuidores americanos debían ser juzgados ante la jurisdicción ordinaria.

Nos encontramos ante un caso de *consolidation* de procedimientos, término inglés con el que se conoce en el ámbito del arbitraje internacional el equivalente de lo que el Derecho procesal español denomina acumulación de autos, y que trataremos en un próximo epígrafe.

3. EL ARBITRAJE MULTIPARTITO

3. 1. Planteamiento del problema

Hemos querido referirnos en primer lugar al tema de la extensión de la cláusula arbitral a las sociedades de un grupo, porque es un modo de introducir el tratamiento de aspectos más complejos del arbitraje multipartito que, como su nombre indica, implica a una pluralidad de partes en un único procedimiento de arbitraje.

El arbitraje multipartito se manifiesta especialmente en el mundo del comercio internacional, donde las relaciones entre muchas partes de distintos países son habituales y su razón de ser es simple: resolver, mediante un sólo arbitraje y una sola decisión, una pluralidad de litigios que oponen a partes que no son las mismas en cada uno de ellos, si bien existe entre éstos una cierta conexidad que aconseja, en interés de la buena administración de justicia que se manifiesta en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios, la resolución conjunta de los distintos asuntos²¹⁸. El problema de la coor-

218. Cfr. KASIS, A.: “L’arbitrage multipartite et le clauses de consolidation”, *DPPI*, n.º 2 (1988), p. 221. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., pp. 244-246. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 699-701. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 106.

dinación entre los mismos muestra que “el arbitraje internacional hoy está bien lejos de un simple arbitraje”²¹⁹. Con acierto afirma BELLET que las Convenciones de Nueva York y Ginebra han facilitado la proliferación de cláusulas compromisorias a la vez que se ha creado una red mundial de Cortes de arbitraje. El arbitraje se transforma y profesionaliza al extenderse a los contratos de larga duración y es necesario resolver las dificultades que resultan del incremento del número de los participantes en toda empresa económica moderna. La interdependencia económica no encuentra su equivalente en una interdependencia jurídica puesto que no existe una regulación común y universal. De ahí que nos preguntemos con el autor citado si a la diversidad de situaciones debería corresponder una diversidad de soluciones²²⁰.

Según JAKUBOWSKY²²¹, los litigios que pueden originar un arbitraje multipartito son de dos tipos:

a) los litigios que resultan de relaciones jurídicas multilaterales: consorcios, *joint-ventures*, contratos multilaterales de cooperación industrial y empresas comunes. Se trata de casos en los que más de dos personas toman parte en la misma operación jurídica²²².

219. JAKUBOWSKI, J.: “L’arbitrage dans les litiges commerciaux multilateraux”, *Rev. de l’arb.* (1981), p. 66. Obsérvese lo antiguo del problema, que ya en el año 1981 era origen de controversia y hoy sigue siendo una de las dificultades más discutidas a las que se enfrenta el arbitraje internacional.

220. Cfr. BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international dans les litiges commerciaux multilateraux”, *Rev. de l’arb.* (1981), pp. 51-52.

221. JAKUBOWSKI, J.: “L’arbitrage dans les litiges commerciaux multilateraux”, op. cit., p. 68. Sobre este tipo de relaciones y ejemplos de las mismas, cfr. BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international...”, op. cit., pp. 55 y ss. BOIVIN, M.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), p. 526. KASIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., pp. 221-237. DELVOLVÉ, J. L.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions contractuelles: la clause d’arbitrage multipartite”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 506-509. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 106-117. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 700-709. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 294 y ss. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., pp. 244-246. EL-HAKIM, J.: “Litiges commerciaux multilateraux dans le cadre des projets en Moyen-Orient”, *Rev. de l’arb.* (1981), pp. 86-87. AKSEN, G.: “Les arbitrages multipartites aux Etats-Unis”, *Rev. de l’arb.* (1981), pp. 98-101. MOQUET, M.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 529-530.

222. Cfr. BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international...”, op. cit., p. 55. Se trata de acuerdos de conegociación mediante los cuales distintos empresarios deciden adoptar un acuerdo, pudiendo aparecer como solidarios frente al cliente o no. Cfr. BOIVIN, M.: “L’arbitrage et les tiers”, op. cit., p. 526.

b) los litigios que resultan de relaciones jurídicas conexas: se trata de relaciones como fabricante-vendedor-consumidor o, en materia de construcción, dueño de la obra-contratista-subcontratista; en el ámbito marítimo constituye un ejemplo típico la cadena entre armador, fletador y cargador. En este caso, se produce una sucesión en el tiempo de contratos que se encadenan unos a otros²²³.

Otros autores utilizan la terminología “relaciones horizontales” y “relaciones verticales” para referirse a las relaciones jurídicas multilaterales y conexas respectivamente, e incluso “mixtas”, por combinación de las otras dos²²⁴. Por ello a partir de ahora emplearemos los términos indistintamente.

Se comprende fácilmente que en estos casos en que los distintos contratos entre las diferentes partes contienen cláusulas arbitrales distintas se producirá una pluralidad de procedimientos arbitrales, e incluso varios procedimientos arbitrales y judiciales cuando los contratos no incorporen cláusula arbitral o cuando contengan una cláusula atributiva de jurisdicción. El riesgo de contradicción de decisiones es evidente, por lo que interesa que todos los litigios se resuelvan de manera coordinada y coherente. En Derecho francés, y en otros Derechos, la jurisdicción estática resuelve el problema por la vía de la intervención o de la llamada en garantía²²⁵. Pero el tema es más complejo en materia arbitral por respeto al efecto relativo de los contratos y por la voluntariedad que caracteriza al arbitraje. Con acierto afirma KASSIS²²⁶ que el árbitro no puede hacer lo que el juez estático, puesto que el poder de acumular o de hacer intervenir a terceros lo posee el juez porque recibe su investidura del Estado, mientras que los árbitros deben su poder decisorio al acuerdo de las partes. No pueden atraer a una persona ante la jurisdicción arbitral si no es parte en el convenio causa de esta jurisdicción, salvo que el tercero acepte. Una intervención voluntaria no es posible sin acuerdo de las partes y una acumulación de instancias arbitrales tampoco, por la misma razón²²⁷. Por

223. Cfr. BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international...”, op. cit., p. 55. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., p. 244.

224. Es el caso de BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international...”, op. cit., p. 55. Siguiendo la distinción de BELLET, KASSIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., p. 222. BOIVIN, M.: “L’arbitrage et les tiers”, op. cit., p. 526.

225. Cfr. BOIVIN, M.: “L’arbitrage et les tiers”, op. cit., p. 526. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., p. 244.

226. KASSIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., p. 223.

227. BELLET recapitula la opinión general de la doctrina acerca de la insuficiencia de los tribunales estáticos ante la complejidad creciente de las operaciones comerciales internacionales, así como el hecho de que los tribunales arbitrales están “*peor armados*” que los tribu-

ello, es crucial en el arbitraje multipartito determinar hasta qué punto aquéllas personas, terceros al convenio arbitral, pueden intervenir en el procedimiento y que éste produzca efectos respecto a ellos. Nuestro interés por el tema está motivado por las soluciones que la doctrina ha propuesto y la jurisprudencia ha adoptado respecto al arbitraje multipartito, soluciones que influyen, evidentemente, en la suerte de los distintos convenios arbitrales en juego y, por tanto, en las condiciones de proposición y estimación de las excepciones que nos interesan. Por eso, vamos a exponer las respuestas que se han propuesto respecto al tema, y a la vez, vamos a plantear los problemas relativos a las excepciones de arbitraje y litispendencia arbitral que surgen a consecuencia de aquéllas soluciones.

A) Las soluciones que se contemplan: contractual²²⁸ y jurisdiccional²²⁹

Dentro de las primeras se distingue:

a) la coordinación de cláusulas compromisorias: presupone la existencia de distintas cláusulas coordinadas entre sí, con referencia de unas a otras o por simple reproducción en todos los contratos pertenecientes a una misma cadena o grupo, de manera que se pueda realizar un arbitraje único o arbitrajes paralelos debidamente relacionados y coordinados²³⁰. Se trata de una solución más fácil en el caso de relaciones horizontales, y es deseable velar sobre todo por el modo de designación de los árbitros como por el recurso a una institución²³¹. Este modo de redacción de las cláusulas conlleva -en el caso de arbitraje único- una solución idéntica a la que se llegaría en el caso de haber podido elaborar una única cláusula desde el principio con todas las partes implicadas.

nales [estáticos] en caso de conexidad o de litispendencia” (BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international...”, op. cit., p. 5). El subrayado es nuestro.

228. Cfr. DELVOLVÉ, J. L.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions contractuelles...”, op. cit., pp. 501-513. BOVIN, M.: “L’arbitrage et les tiers”, op. cit., pp. 526-529. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 704-706. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 299-311.

229. Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, J.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 515-525. PLUYETTE, M.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 530-536. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 706-708. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 311-313.

230. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 704-705. DELVOLVÉ, J. L.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions contractuelles...”, op. cit., pp. 508-509.

b) Elaboración de una cláusula multilateral tipo: que se impondría a cada una de las partes intervinientes en las diversas relaciones jurídicas sobrevenidas con ocasión de un mismo proyecto, vinculadas entre sí y con recurso obligatorio a una autoridad de designación, de forma que los árbitros no sean jamás designados por las partes²³². El tribunal arbitral común podría decidir sobre todo litigio que sobreviniera de un extremo al otro de la cadena de contratantes que tuvieran por denominador común el contribuir a la realización de una obra compleja, como ingenieros, empresarios, proveedores..., etc²³³. Esta situación equivale al hecho de ser todos los eslabones parte de un mismo convenio desde el principio.

c) coordinación voluntaria por subordinación de un arbitraje a otro: se trataría de establecer en la cláusula la suspensión de procedimientos en función de un desarrollo escalonado de procesos arbitrales, con la ventaja de que una sentencia previa serviría para la solución del segundo o ulterior arbitraje. Más que de pluralidad de partes en un único proceso se trata de coordinación de arbitrajes diferentes²³⁴. Incluso es posible que, sin haber pactado previamente, se llegue a un acuerdo entre las partes de modo que, decidido entre dos arbitrajes paralelos instruidos por dos tribunales arbitrales, cual de los arbitrajes condicionaría la decisión del otro, se suspenda el arbitraje condicionado hasta la decisión del arbitraje condicionante²³⁵.

231. Cfr. BERNINI, en BELLET, P.: "Le symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international...", op. cit., p. 55.

232. Solución propuesta por J. ROBERT y TANDEAU DE MARSAC en el Symposium internacional de Varsovia. Puede verse la cita en BELLET, P.: "Le Symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international...", op. cit., p. 56.

233. DELVOLVÈ, J. L.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions contractuelles...", op. cit., p. 509.

234. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op., cit., pp. 704-705.

235. DELVOLVÈ, J. L.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions contractuelles...", op. cit., p. 507. MOQUET comenta un ejemplo en esta línea: se trataba de un caso de intergración vertical. La empresa principal estableció que, en caso de que sobreviniera un litigio, se sometería, en primer lugar, a un arbitraje con el cliente y después a un segundo proceso con el subcontratista. Para evitar el riesgo de contradicción de resoluciones, impuso en el contrato el principio según el cual los hechos que fueran determinados en el primer arbitraje se impondrían en el ámbito de la segunda sentencia. Las dos condiciones bajo las cuales se llegó a este acuerdo fueron, la primera, que se permitiera al subcontratista cooperar en la defensa en el primer arbitraje y, la segunda, el acuerdo en la designación del árbitro (Cfr. MOQUET, M.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles", op. cit., pp. 529-530).

Las soluciones de tipo jurisdiccional²³⁶ suponen, en esencia, la intervención de la jurisdicción estática para ordenar la *consolidation* de procedimientos arbitrales, que significa la “acción o el proceder que consiste en unir varias instancias arbitrales y llevarlas ante un tribunal arbitral único”, sin que sea necesaria la identidad de partes, bastando al efecto que los puntos a decidir sean similares, las cuestiones de hecho o de derecho idénticas, los problemas de fondo semejantes²³⁷. Los tribunales norteamericanos practican la acumulación respecto de arbitrajes conexos, basándose en reglamentos, leyes, *common law* (el Derecho consuetudinario) e incluso mediante una interpretación extensiva del acuerdo de las partes²³⁸. Lo mismo permite al juez la Ley de Hong-Kong cuando existe un grupo de contratos en torno a un mismo objeto²³⁹. También la Ley holandesa de arbitraje permite, en el ámbito interno, la acumulación de procedimientos arbitrales así como la intervención de terce-

236. Cfr. además del artículo citado de RUBELLIN-DEVICHI, SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., pp. 106-117. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 299-311. KASIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., pp. 222-228. AKSEN, G.: “Les arbitrages multipartites aux Etats-Unis”, op. cit., pp. 110-112.

237. Cfr. AKSEN, G.: “Les arbitrages multipartites aux Etats-Unis”, op. cit., p. 100. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 106, se refiere a idénticas o similares controversias, mientras que ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., p. 244, habla de litigios con idéntico objeto y KASIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., p. 221, y otros autores citados se refieren ampliamente a la conexidad sin especificar más.

238. En Estados Unidos el tema no se ha tratado de modo uniforme, por lo que es necesario recurrir al Derecho de cada uno de los cincuenta Estados y a la jurisprudencia de cada tribunal federal para determinar si la acumulación es o no posible. A nivel federal, no hay legislación al respecto. Algunos tribunales la permiten mientras que otros la rechazan. El Reglamento de la AAA (Asociación Americana de Arbitraje) tampoco regula el caso y, en general, en ausencia de consentimiento de todas las partes implicadas, la práctica de la AAA es de no imponerla. En el plano legislativo, los Estados de California y Massachusetts han adoptado una legislación que permite a los tribunales ordenar la acumulación, con independencia de la demanda de una de las partes, bajo ciertas condiciones. La jurisprudencia, pese a la ausencia de legislación federal, ha permitido en ocasiones la acumulación, sin necesidad de demanda de las partes. Esta es la práctica de algunos tribunales federales, como el de Nueva York, en materia de construcción o de transporte marítimo. Otros, como los de Pensilvania, Delaware, Virginia, Carolina del Norte y Carolina del Sur han llegado al mismo resultado a través de una interpretación extensiva de la voluntad de las partes. Por el contrario, las Cortes de apelación federales del noveno circuito de los Estados Unidos -que comprende California, Arizona, Oregón, el Estado de Washington y Alaska-, y del quinto circuito -con Texas, Luisiana y Mississipi-, han decidido que, en ausencia de consentimiento expreso de las partes, los tribunales no pueden ordenar la acumulación. Cfr. SALANS, M.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 541-543. Igualmente AKSEN, G.: “Les arbitrages multipartites aux Etats-Unis”, op. cit., pp. 101-110.

239. Cfr. CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN: *Tratado de arbitraje privado...*, op. cit., pp. 706-707.

ros²⁴⁰. Pero, en definitiva, toda solución impuesta no será del agrado de alguna o de todas las partes, por lo que suscribimos las palabras de ROBERT cuando afirma que “toda solución para el arbitraje multipartito pasa, necesariamente, por el acuerdo expreso de todas las partes interesadas. Y este es difícil de realizar, porque los intereses propios de las partes son, frecuentemente, antagónicos”²⁴¹.

B) Jurisprudencia sobre el tema: los asuntos Westland y Sofidif

B. 1. El asunto Westland

En este caso, el tribunal arbitral admitió la demanda dirigida contra varios demandados, con fundamento en un convenio arbitral concluido entre el demandante Westland y un organismo con personalidad jurídica, AOI, -creado a partir de un acuerdo entre los cuatro demandados (Emiratos Arabes Unidos, Arabia Saudita, Qatar y República Arabe de Egipto) y formado por ministros delegados de cada uno de los Estados-, cuyo objeto era el desarrollo de una industria de carácter militar de interés para los cuatro Estados²⁴². A su vez, Westland concluye otros dos acuerdos: uno con AOI (a fecha de 27 de febrero de 1978) y otro con ABH, en la misma fecha; ambos acuerdos contenían cláusulas arbitrales redactadas en términos similares.

240. Cfr. VAN DEN BERG, A. J.: “L’arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 536-541. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 299 y ss.

241. ROBERT, J.: *L’arbitrage...*, op. cit., pp. 245-246.

242. El 29 de abril de 1975, cuatro Estados -los Emiratos Arabes Unidos (demandada n.º 2), Arabia Saudita (parte demandada n.º 3), Qatar (parte demandada n.º 4) y la República Arabe de Egipto (demandada n.º 5 y conocida como RAE)- concluyeron un contrato llamado “Treaty” por el cual fue creado un organismo denominado AOI (*Arab Organization for Industrialization*), cuyo objetivo era el desarrollo de una industria de carácter militar del interés de los cuatro Estados. AOI, creado como entidad jurídica cuyo reglamento estatutario fue aprobado por los cuatro Estados, era la demandada n.º 1. A su vez, AOI y la parte demandante, Westland (Westland Helicopters Limited, compañía regida por el Derecho inglés que fabrica helicópteros), concluyeron un contrato con fecha de 27 de febrero de 1978 con el objeto de crear una compañía (denominada más tarde Arab British Helicopter Company (ABH), demandada n.º 6), cuya función consistiría en servir de base jurídica para la creación de otra industria desarrollada por la parte demandante. Dicha demandante concluyó ese mismo día con ABH una serie de contratos con distintas denominaciones que contenían cláusulas arbitrales, prácticamente idénticas a las contenidas en el otro acuerdo de ese mismo día con AOI. El 14 de mayo de 1979 se anuncia que Emiratos Arabes, Arabia Saudita y Qatar ponen fin a la existencia de AOI a contar desde el primero de julio de 1979, la instalación de un comité de liquidación y la supresión de todos los sitios de la industria de armamentos. Cfr. la Sentencia prejudicial de la Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984 (Asunto Westland), *JDI* (1985), p. 232-234.

Westland demanda la responsabilidad solidaria de los cinco primeros demandados y, respecto al sexto -ABH-, declara que cualquier reclamación de ABH será realizada con los otros cinco demandados en conjunto. RAE y ABH contestan que no tienen por qué defenderse conjuntamente con los otros demandados. RAE denuncia además la existencia de un convenio arbitral pactado con la demandante Westland y sostiene que la demanda debe declararse inadmisibile, porque Westland ha traído al mismo procedimiento a seis demandados, entre los cuales existen intereses opuestos.

Los argumentos llaman la atención a cualquier estudioso del arbitraje internacional. Los cuatro Estados demandados no habían contratado directamente ellos mismos con Westland, sino a través del organismo AOI. El tribunal entendió que plantearse si los cuatro Estados estaban vinculados por la cláusula compromisoria concluída por AOI era una cuestión idéntica a preguntarse por una cuestión de derecho material como es cuándo los cuatro Estados están vinculados en general por las obligaciones contratadas por aquél organismo. Según los árbitros, las obligaciones de AOI lo son también de los cuatro Estados, lo mismo que la capacidad de defensa respecto a esas obligaciones, por lo que los cuatro “están vinculados por la cláusula compromisoria del mismo modo que *podrían, si fueran citados ante un tribunal estático, prevalecerse de esta cláusula como argumento de defensa*”²⁴³. La fuerza obligatoria de la cláusula compromisoria no puede ser disociada de los compromisos contractuales de fondo”. “Si es cierto que los cuatro Estados están vinculados por las obligaciones contratadas por AOI... están igualmente obligados por la cláusula compromisoria concluída por AOI. Las obligaciones en el plano del derecho material no pueden ser disociadas de las obligaciones en el plano procesal”.

Las leyes rectoras de este organismo no se pronunciaban sobre los efectos que para los Estados implicados tienen los compromisos asumidos por AOI respecto de terceros. Para el tribunal, el hecho de poseer AOI personalidad jurídica, independencia administrativa y calidad de comparecer en juicio, no es suficiente para excluir la responsabilidad de los Estados²⁴⁴. En ausencia de disposición que excluya expresa o implícitamente la responsabilidad, ésta sub-

243. El subrayado es nuestro.

244. Para el tribunal, “la calificación de un organismo de persona moral y la atribución de una existencia independiente no permiten concluir si las personas morales que la componen están o no vinculadas por los compromisos de éste [organismo]. Debe hacerse abstracción de toda cuestión relativa a la personalidad de AOI. Hay que determinar la eventual responsabilidad de los cuatro Estados examinando directamente los actos constitutivos de AOI respecto de este problema” [Sentencia prejudicial de la Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984 (Asunto Westland), *JDI* (1985), p. 239].

siste. Los Estados no la han excluido, por lo que los terceros que contrataron con AOI pueden exigirla legítimamente. Por ello, Westland pudo demandar ante los árbitros a los cuatro Estados. “Podría igualmente compararse AOI a una cooperativa que, en ausencia de disposiciones contrarias en la legislación positiva o en los estatutos, deja subsistente la responsabilidad de sus miembros”²⁴⁵.

Llama la atención que el tribunal desconozca la personalidad jurídica del organismo AOI y que, en el fondo, lo que parece que justifica la vinculación de los cuatro Estados es que el tribunal entiende que “AOI se identifica con estos Estados”²⁴⁶ y que, “se trate de una sociedad egipcia que quiera hacerse pasar por sucesora de una sociedad internacional... se trate de un comité de liquidación que permanece silencioso, Westland tiene fundamento para atraer ante los árbitros a los cuatro Estados. Habría, de otro modo, una denegación de justicia”²⁴⁷.

Sin embargo, se rechazó la oposición de otro de los demandados, ABH, que había concluido una serie de acuerdos con la demandante que contenían cláusulas arbitrales. Según el tribunal, estas cláusulas eran prácticamente idénticas a las contenidas en el acuerdo entre la demandante Westland y AOI. Las pretensiones de Westland están en relación evidente con estos contratos, por lo que la existencia de una cláusula que obligue a ABH no puede hacerse valer.

De nuevo nos encontramos ante un desconocimiento de la eficacia del convenio arbitral, puesto que no se permite a ABH entablar un proceso independiente. Si bien es cierto que es más práctico un arbitraje único, no lo es menos que por encima de conveniencias económicas y procesales se encuentra el respeto a la autonomía de la voluntad. En este caso, la de ABH de excepcionar el arbitraje es desoída con un argumento que no convence: la similitud entre cláusulas de contratos que forman parte de la operación. Y no convence porque ABH ha querido someterse a un arbitraje distinto. Es decir, ha sido obligada a participar en un procedimiento y además, ni siquiera era parte de las cláusulas en virtud de las cuales el tribunal ha fundado su decisión.

Lo que más llama la atención en lo que a imposición se refiere es el razonamiento del tribunal para justificar la admisión de la demanda conjunta fren-

245. Sentencia prejudicial de la Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984 (Asunto Westland), *JDI* (1985), p. 240.

246. Sentencia prejudicial de la Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984 (Asunto Westland), *JDI* (1985), p. 240.

247. Sentencia prejudicial de la Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984 (Asunto Westland), *JDI* (1985), p. 241.

te a demandados entre los cuales existían, según alegó uno de ellos, RAE, intereses opuestos. El tribunal no estimó el motivo aducido por el demandado, y afirmó la posibilidad de determinar -ante el silencio del Reglamento de la CCI-, la ley aplicable, en virtud de la cual justificó el procedimiento entablado por la demandante. Y afirmó, injustamente a nuestro parecer, su competencia respecto a todas las partes y la posibilidad de que una de ellas atrajera a las demás a una misma instancia arbitral con un fundamento que no se sostiene: según los árbitros, basta que “las partes hayan querido vincularse todas juntas, para que los árbitros sean competentes a la vez respecto a todas y que una de ellas pueda atraer a todas las demás partes a la misma instancia arbitral. Importa poco, incluso, que haya varias cláusulas arbitrales, cuando aparece, de su contenido, que forman un todo en la intención de las partes. Como en este caso”. El tribunal dedujo también que los actos efectuados constituían un todo indivisible y que los Estados habían demostrado su voluntad de actuar conjuntamente al unirse bajo un mismo nombre: “la similitud de cláusulas utilizadas en los diversos contratos no hace sino reforzar esta interpretación. De ello se sigue que el tribunal es competente no sólo respecto de cada Estado, de AOI y de ABH, sino que es fundado que decida el caso en una misma sentencia”.

La decisión arbitral viola la voluntad de RAE y ABH, que habían suscrito, respectivamente, cláusulas arbitrales y habían cuestionado la competencia del tribunal con base en las mismas. El tribunal ha fundado su competencia respecto a las partes presumiendo un consentimiento tácito de actuar y vincularse conjuntamente. La Corte de apelación de Versalles admite que este consentimiento tácito de acumulación puede deducirse de la compatibilidad del conjunto de procedimientos arbitrales estipulados en los contratos conexos, como es el caso en que cláusulas de arbitraje idénticas reenvían al arbitraje de una institución, cuyo reglamento tiene prevista la posibilidad de unificar procedimientos conexos²⁴⁸. Pero esta presunción debe quedar destruída en el momento en que existe manifestación en contrario de las partes, como por ejemplo, creemos, el hecho de excepcionar la competencia del tribunal arbitral y alegar la contraposición de intereses respecto al resto de codemandados y su voluntad de arbitrajes distintos que permitieran a cada demandado nombrar un árbitro²⁴⁹. ¿Por qué, además, afirman los árbitros que el convenio arbitral suscrito por AOI permitiría a cualquiera de los miembros de este organismo excepcio-

248. Referencia tomada de E. LOQUIN en su comentario a la decisión de la Corte de apelación de Versalles (asunto OIAETI y Sofidif c. COGEMA, SERU, Eurodif y CEA), *Rev. de l'arb.*, n.º 2 (1991), p. 342.

249. Cfr. Sentencia prejudicial de la Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984 (Asunto Westland), *JDI* (1985), p. 242.

nar el arbitraje ante la jurisdicción ordinaria y no admiten en cambio las excepciones de RAE y ABH?

Con razón afirmó el árbitro presidente, en su voto disidente, que no se cumplían ninguna de las condiciones que permiten la *consorité* (término jurídico francés que designa la obligación de los demandados de realizar su defensa con los otros demandados en el mismo procedimiento)²⁵⁰ y que el tribunal era incompetente respecto a RAE y ABH que habían planteado la excepción: “la inexistencia de las condiciones de la *consorité* deben tomarse en consideración en tanto que las partes demandadas en *consorité* se oponen a ella”. En este caso, es clara la oposición de RAE y de ABH. Finalmente, no vemos qué denegación de justicia (a la que se refiere el tribunal)²⁵¹ puede sufrir Westland, si demanda a algunas partes en vía judicial y a otras en arbitraje.

Las excepciones presentadas por RAE y ABH debían haber sido estimadas y haber dado lugar a los respectivos procedimientos arbitrales. La decisión arbitral respecto a los mismos, por realizarse sin fundamento en los convenios arbitrales correctos, carece de validez, pues ha sido pronunciada sin competencia. Por ello, el proceso entablado por Westland no es válido para producir litispendencia sobre el hipotético judicial idéntico que Westland quisiera plantear frente a RAE y ABH en vía ordinaria. Las demandadas podrían oponer la excepción de arbitraje, más procedente que la de litispendencia por carecer, el primer tribunal, del requisito de la competencia necesario para su estimación.

B. 2. El asunto Sofidif

Un caso de similares características, e igualmente conocido, es el asunto Sofidif²⁵². En esta ocasión se presentó ante la Corte de Arbitraje de la CCI una demanda conjunta con fundamento en la complementariedad y estrecha imbricación entre dos convenios arbitrales -en los cuales no eran parte todos

250. Cfr. las explicaciones que al respecto proporciona EUGÈNE BUCHER en su voto disidente a la Sentencia prejudicial citada, en *JDI* (1985), pp. 244-246. En concreto, dicha obligación sólo puede imponerse si se da una de las siguientes condiciones: el consentimiento de las partes demandadas, una imposición de la ley o una necesidad derivada del derecho material, de reunir en el mismo procedimiento a todas las partes demandadas coobligadas.

251. Cfr. *JDI* (1985), p. 241.

252. Las citas entrecomilladas y todas las referencias a este asunto las tomamos, ante la imposibilidad de localizar el texto de la decisión, de GAILLARD, E.: “L’affaire Sofidif ou les difficultés de l’arbitrage multipartite (à propos de l’arrêt rendu par la Cour d’appel de Paris le 19 décembre 1986)”, *Rev. de l’arb.* (1987), pp. 275-291.

los implicados en el caso- para justificar un arbitraje único²⁵³. Las demandadas contestaron rechazando la posibilidad de un único arbitraje y solicitando el nombramiento de un árbitro por cada una en aplicación de los contratos. También plantearon una demanda ante el Tribunal de gran instancia de París, solicitando que declarara que las demandantes y demandadas no eran todas parte de cada uno de los convenios invocados y que la demanda única presentada colectivamente con un objeto global era inadmisibile. El tribunal de gran instancia se declaró incompetente para decidir sobre tal admisibilidad.

La Corte de Arbitraje constituyó el tribunal con tres árbitros, nombrados, respectivamente, uno por ambas demandadas, otro por las demandantes y un tercero por la Corte. En decisión de 25 de abril de 1985, pronunciándose sobre la competencia y sobre el fondo, el tribunal arbitral se declaró competente con fundamento en las cláusulas contenidas en contratos distintos, y justificando su decisión en que el acuerdo de 23 de febrero de 1975 que creaba la Sofidif “fija el principio y las modalidades de cooperación de las partes contratantes”, mientras que el Protocolo de 13 de noviembre de 1975 determina exactamente las condiciones de aplicación de los derechos de explotación/sustracción de los cuales se beneficiarán las partes”²⁵⁴.

Y en cuanto a la contradicción entre las cláusulas arbitrales invocada por los demandados, puesto que la contenida en el acuerdo de 23 de febrero de 1975 no preveía ni la ley aplicable ni la sede del arbitraje, mientras que el Protocolo de 13 de noviembre de 1975 establecía la ley francesa como aplica-

253. El problema procesal para el demandante se centra en la existencia de tres contratos realizados entre personas jurídicas distintas que contienen cláusulas arbitrales diferentes y no articuladas entre ellas. Se trataba de un contrato de 23 de febrero de 1975 entre CEA (Comisaría para la Energía Atómica) y OEAI (Organización de la Energía Atómica del Irán), que contenía un convenio arbitral CCI, sin prever ni la sede arbitral ni la ley aplicable al fondo del litigio. El contrato de 13 de noviembre de 1975 entre Eurodif y Sofidif incluía un convenio arbitral que designaba Ginebra como sede arbitral y la aplicación del Derecho francés. El contrato realizado ese mismo día 13 de noviembre entre Sofidif, OEAI y SERU (Sociedad de Estudios y Búsquedas del Uranio, filial de la CEA), contenía una cláusula arbitral CCI, especificando la aplicación del Derecho francés al fondo del asunto y la sede en París.

La demanda fue interpuesta contra OEAI y OIAETI por Sofidif, Eurodif y Cogema, actuando tanto en su nombre como en nombre de CEA y de SERU e invocaron las disposiciones del acuerdo de 23 de febrero de 1975 y del acuerdo de 13 de noviembre del mismo año cuya cláusula arbitral establecía la sede de un futuro arbitraje en París y la aplicación del Derecho francés.

254. Cfr. GAILLARD, E.: “L’affaire Sofidif ou les difficultés de l’arbitrage multipartite...”, op. cit., p. 282.

ble y París como sede arbitral, el tribunal estimó que ambas cláusulas eran complementarias, que formaban un todo, argumento que recuerda a aquél que expusimos al tratar la extensión del convenio arbitral de un contrato principal a otro accesorio cuando quedaba claro que en la voluntad de las partes la diversidad de contratos formaban un todo, un contrato completo, y que el convenio se aplicaba para regular la globalidad de las controversias que pudieran surgir de todos los contratos referentes a la operación²⁵⁵.

Es evidente que la decisión arbitral es contraria a la voluntad de las partes, por lo que no es correcta. La práctica unánimidad de la doctrina consultada coincide en la imposibilidad de la acumulación cuando existe manifestación en contra de la voluntad de las partes implicadas o cláusulas incompatibles por establecer sedes arbitrales distintas²⁵⁶. Lo justo en este caso hubiera sido respetar esa voluntad y que el tribunal se declarara incompetente respecto de las demandadas, y reconocer la insuficiencia de los convenios arbitrales. La acumulación de procedimientos contra la voluntad de las partes elimina la legitimidad del tribunal arbitral. Siendo incompetente respecto a algunas de las partes, cualquier demanda idéntica presentada ante la jurisdicción ordinaria contra dichas partes no daría lugar a la interposición de una excepción de litispendencia arbitral, sino más bien a la excepción de arbitraje, puesto que no puede producir litispendencia un proceso entablado ante juez incompetente, por carencia de uno de los requisitos esenciales.

La incorrecta decisión arbitral fue corregida por la Corte de apelación de París, que se mostró más cautelosa que el tribunal de arbitraje, argumentando

255. Recuérdese, entre otros, el asunto Sociedad Sofremines c. Sociedad Samin, *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 68-73 que tratamos en el apartado *La extensión de la eficacia del convenio arbitral en los grupos de sociedades*, en concreto, en el epígrafe titulado *Contrato principal y contratos accesorios de éste*.

256. GAILLARD, E.: "L'affaire Sofidif ou les difficultés de l'arbitrage multipartite...", op. cit., pp. 285 y 291. LOQUIN, E.: "Comentario a la Sentencia de la Corte de apelación de Versalles (Salas reunidas) de 7 de marzo de 1990 (OIAETI y Sofidif c. COGEMA, SERU, Eurodif y CEA)", op. cit., pp. 338 y 340. DELVOLVÉ, J. L.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions contractuelles...", op. cit., pp. 512-513, se muestra a favor de una cláusula tipo de arbitraje multipartito. En el mismo sentido se pronuncia BOVIN, M.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles", op. cit., p. 527, que muestra su pesimismo en ausencia de cláusula común. ROBERT, J.: *L'arbitrage...*, op. cit., pp. 245-246. BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies...*, op. cit., pp. 300 y ss. RUBELLIN-DEVICHI, J.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles", op. cit., p. 525. PLUYETTE, M.: "L'arbitrage et les tiers: les solutions juridictionnelles", op. cit., p. 536. KASSIS, A.: "L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation", op. cit., p. 224. SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems...*, op. cit., p. 117, se muestra favorable a la acumulación por el juez estático, siempre que las partes no dispongan lo contrario.

la ausencia de un contrato marco o cláusula de arbitraje multipartito y la supremacía de la voluntad de las partes y de las soluciones de tipo contractual. En tales condiciones, el tribunal arbitral debía haber establecido su competencia atendiendo a cada contrato²⁵⁷:

“La globalidad de la demanda sufre la ausencia de contrato marco o de convención multipartita. En el estado de los elementos contractuales que le habían sido sometidos, el tribunal arbitral debía juzgar su competencia contrato por contrato... Las reglas del Derecho del arbitraje, fundado sobre el carácter consensual de la cláusula compromisoria, no permite extender a terceros, extraños al contrato, los efectos del contrato litigioso y hace obstáculo a todo proceso de intervención forzosa o de llamada en garantía... La solución de las dificultades nacidas de la conexidad o de la indivisibilidad no puede encontrar solución más que en el plano contractual”.

El asunto Sofidif no terminó aquí, sino que dio lugar a un pronunciamiento de la Corte de apelación de Versalles unos años más tarde²⁵⁸. En resumen, con esta decisión quedó confirmada la imposibilidad, en Derecho francés, de acumular procedimientos arbitrales distintos, en ausencia de voluntad cierta de las partes en este sentido. Es verdad que existía compatibilidad entre las cláusulas de dos acuerdos, puesto que uno de ellos –celebrado entre CEA y OEAI- establecía un arbitraje CCI sin determinar la ley aplicable ni el lugar, mientras que el otro señalaba también el modelo CCI con París como sede arbitral y la aplicación del Derecho francés. Podía haberse elegido esta ciudad como sede conjunta y aplicar a ambos arbitrajes el mismo Derecho. Pero el contrato de 13 de noviembre de 1975 entre Eurodif y Sofidif contenía una cláusula que optaba por un arbitraje en Ginebra. Es evidente que no hay voluntad común de las partes respecto a una posible acumulación, desde el momento en que se establecen sedes arbitrales diferentes²⁵⁹.

257. GAILLARD, en su comentario al asunto Sofidif, concluye afirmando que son las partes las únicas que pueden evitar, con una redacción cuidada de las cláusulas de los contratos relativos al mismo proyecto, las dificultades que se presenten en un caso como éste. “Será sin duda ilusorio creer que el arbitraje puede, sin perder su esencia, buscar el remedio a todos sus males en la intervención sistemática de las jurisdicciones estáticas” (GAILLARD, E.: “L’affaire Sofidif ou les difficultés de l’arbitrage multipartite...”, op. cit., p. 291).

258. Cfr. la decisión de la Corte de apelación de Versalles (Salas reunidas) de 7 de marzo de 1990 (OIAETI y Sofidif c. COGEMA, SERU, Eurodif y CEA), *Rev. de l’arb.* n.º 2 (1991), pp. 326-346, con comentario de E. LOQUIN, ya citado.

259. Transcribimos parte de los considerandos de la decisión: “si el acuerdo y el protocolo forman un todo, los contratos de desarrollo no pueden ser disociados de este conjunto; el relativo a los derechos de desarrollo de la parte iraní contiene una cláusula de arbitraje CCI que determina como aplicable el Derecho francés y como sede del arbitraje

La decisión de la Corte de Versalles es motivo de satisfacción para los defensores de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, de la autonomía del convenio y del respeto al efecto interpartes del mismo.

3. 2. En especial, el arbitraje y las cadenas de contratos de carácter vertical: justificación de nuestro interés

Origen de problemas enmarcados en el ámbito de los arbitrajes multipartitos lo constituyen las cadenas de contratos denominadas en el derecho del arbitraje internacional como “verticales”²⁶⁰, en las que se distinguen dos supuestos:

a) la que une al *maitre de l'ouvrage*²⁶¹ hasta uno o varios de los *sous-traitants*²⁶² pasando por el *maitre d'oeuvre*²⁶³; y b) la formada por un conjunto de contratos que transmiten la propiedad de un mismo y único bien.

Con frecuencia, los distintos contratos de la cadena -todos o alguno- contienen una cláusula de atribución de competencia o un convenio arbitral. También es posible que existan contratos sin disposición alguna en este sen-

Ginebra; esta cláusula compromisoria, en razón de una sede del arbitraje en un país diferente, es incompatible con la cláusula de arbitraje del protocolo. Si el tribunal arbitral no ha fundado su competencia más que en las cláusulas compromisorias del protocolo y del acuerdo, no podía hacer abstracción del primer contrato de desarrollo, indisoluble de las otras dos convenciones precitadas y que, por la elección de una sede arbitral distinta, revela la ausencia de una voluntad común en general de articular las dos cláusulas compromisorias entre ellas. En defecto de toda manifestación tanto en el protocolo como en el acuerdo de una voluntad de las partes contratantes de acumular las dos cláusulas compromisorias, esta intención no puede de manera cierta resultar implícitamente de la simple constatación de la complementariedad y de la compatibilidad de estas dos cláusulas... En consecuencia, en ausencia, de una parte, de una voluntad común de las partes contratantes, explícita o implícita, de vincular entre ellas las cláusulas compromisorias del protocolo y del acuerdo y en presencia, de otra parte, de una cláusula compromisoria del contrato de desarrollo incompatible con la del protocolo y que manifiesta una voluntad diferente, el tribunal arbitral no podía pronunciarse por un arbitraje único y su sentencia incurre legalmente en motivo de nulidad” [Sentencia Corte de apelación de Versalles (Salas reunidas) de 7 de marzo de 1990 (OIAETI y Sofidif c. COGEMA, SERU, Eurodif y CEA), *Rev. de l'arb.* n.º 2 (1991), p. 336].

260. Cfr. LECLERC, F.: “Les chaînes de contrats en droit international privé”, *JDI*, n.º 2 (1995), p. 269.

261. Persona en cuyo favor obra el contratista (independiente, no asalariado de dicha persona).

262. Subcontratistas

263. Contratista, arrendatario de obras y servicios, responsable de la ejecución del contrato de obras, suministros y servicios.

tido, o que algunos incorporen una cláusula de competencia mientras que otros contengan un convenio arbitral. Los problemas procesales de competencia, litispendencia, de intervención de terceros... son suficientemente interesantes como para justificar nuestro estudio. Imagínese, por ejemplo, que el adquirente -último eslabón de la cadena- de un bien de consumo quiere exigir responsabilidad por producto defectuoso: puede dirigirse contra su inmediato vendedor o contra el fabricante²⁶⁴. La cuestión se complica cuando el vendedor inmediato, que ha sido demandado por el consumidor, llama en garantía al fabricante y entre ambos existe un convenio arbitral.

Otro ejemplo, relativo ahora a las cadenas de contratos en construcción. Imaginemos que el propietario del piso demanda al vendedor, quien a su vez se dirige contra el constructor, el cual llama en garantía al contratista -con quien está vinculado por un convenio arbitral-, al arquitecto y al aparejador. O imaginemos que existe un contrato principal entre el dueño de la obra y el contratista, y que éste último está vinculado por relaciones jurídicas con varios proveedores. Si se produce un litigio entre las partes del contrato principal, por defectos en alguno de los materiales, por ejemplo, es lógico que el contratista quiera traer al proceso al proveedor implicado; pero si cada uno de los contratos posee, respectivamente, cláusulas arbitrales diferentes, existe el riesgo, en detrimento de la unidad económica de la operación, de que se desarrollen arbitrajes paralelos y la posibilidad de decisiones contradictorias. Es evidente que el proceso se complica por las llamadas en garantía que los demandados puedan realizar a aquéllos eslabones de la cadena con quienes tengan suscrito un convenio arbitral.

Valgan estas reflexiones como justificación del tratamiento de este tema. Comenzaremos con las cadenas de contratos transmisivos de un bien (A), estudiando los problemas procesales que suscita, por una parte, el ejercicio de la acción directa (letra A. 1) y, por otro, el de la llamada en garantía (letra A. 2), exponiendo las soluciones del Derecho francés y las que nos parecen apropiadas para el Derecho procesal español. Por último, estudiaremos las cuestiones procesales comentadas en las cadenas de contratos de carácter vertical, limitándonos al ejemplo del proceso de construcción, y centrando nuestra atención en los problemas procesales que plantea la responsabilidad entre los partícipes en el proceso constructivo.

264. Cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989, p. 180.

A) Cadena de contratos que transmiten la propiedad de un bien:

A. 1. Las soluciones del Derecho francés ante el ejercicio de la acción directa

Tres son los aspectos que vamos a tratar a continuación en relación con la acción directa: a) la acción dirigida frente al primer eslabón de la cadena, b) la acción contra el vendedor intermedio y, por último c), la acción dirigida frente a todos o varios de los sujetos que forman la cadena de transmisión de un bien.

a. La acción dirigida frente al primer eslabón de la cadena

Desde el punto de vista del arbitraje internacional, nos interesa averiguar si el último adquirente del bien puede ejercer una acción directa en vía arbitral contra el fabricante, con fundamento en el contrato inicial que une al fabricante con su adquirente inmediato y que contiene un convenio arbitral.

El Derecho francés, preocupado por la protección del consumidor, ha establecido un sistema en virtud del cual la acción del contrato inicial circula por la cadena de contratos hasta el último adquirente del bien y puede ser ejercida por éste frente al fabricante u otro cualquiera de los vendedores de la cadena pudiendo incluso ser interpuesta frente a todos o varios de ésta solidariamente²⁶⁵. Si la cadena crea un vínculo entre los contratos que la integran, cada uno con sus distintos derechos y obligaciones y cláusulas -entre las que se encuentran las cláusulas atributivas de jurisdicción y las compromisorias-, el corolario de este mecanismo es que el subadquirente verá como le son opuestas las cláusulas y estipulaciones del contrato de las cuales hubiera podido prevalecerse el fabricante frente a su adquirente. Si el contrato contiene una cláu-

265. La doctrina francesa se ha planteado si mediante la acción directa puede ejercerse la acción de resolución del contrato o sólo es posible solicitar del fabricante una indemnización por daños y perjuicios, puesto que no parece lógica la resolución de un contrato en que no se ha intervenido. Una sentencia de la Corte de casación francesa de 27 de febrero de 1975 limitó la acción directa a la reclamación de los daños, lo que fue contestado por varios autores. La sentencia no encontró eco en otras posteriores "y en la actualidad puede decirse que sí es ejercitable la resolución por la vía directa" (PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, op. cit., pp. 165-166). En Derecho francés, el adquirente de un bien, objeto de ventas sucesivas, que sufre un perjuicio relacionado con cualquier vicio de la cosa puede, o ejercer una acción en garantía contra su cocontratante y, a su vez, éste tiene acción de regreso contra el autor, o ejercer una acción por responsabilidad delictual contra el vendedor inicial, propietario de la cosa, desde que aparece el vicio (cfr. más ampliamente sobre este particular en Derecho francés, TEYSSIE, B.: *Les groupes de contrats*, Paris, 1975, pp. 240 y ss).

sula de jurisdicción o compromisoria, es lógico que el subadquirente que quiere dirigirse contra el fabricante, deba respetar la cláusula de competencia incluida en el mismo²⁶⁶.

La justificación a esta solución del Derecho francés²⁶⁷ se encuentra en la consideración del convenio arbitral como un accesorio del bien que se transmite con él²⁶⁸, por lo que sólo puede tener lugar en las cadenas de contratos de carácter traslativo²⁶⁹. Según DELEBECQUE, la transmisión de la cláusula presenta un carácter legal, puesto que para justificar la acción directa del último adquirente frente al fabricante la jurisprudencia se ha basado en la noción de accesoriedad, noción que ha sido contruida a partir de los textos legales. El último eslabón de la cadena adquiere la cosa con todos los derechos y acciones de la misma y que, en cuanto accesorios, se transmiten al mismo tiempo que ella. Así se explica que el último adquirente pueda ejercer una acción necesariamente contractual fundada en dicha transferencia y que deba respetar las cláusulas compromisorias incluidas en el contrato original: “las cláu-

266. Cfr. LECLERC, F.: “Les chaines de contrats...”, op. cit., pp. 288 y 295, opina que, suponiendo que se ha transmitido el convenio arbitral o la cláusula de competencia, el subadquirente debe plantear su acción contractual directa ante la jurisdicción designada convencionalmente: el subadquirente no podrá invocar el art. 14 del Código civil francés para atraer al fabricante ante los tribunales franceses, del mismo modo que no podrá demandar a éste ante la jurisdicción del lugar del domicilio del vendedor intermediario en caso de que dirija la acción conjuntamente frente a este vendedor y frente al fabricante. Cfr. también DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire...”, op. cit., p. 31.

267. En el Derecho español, PASQUAU LIAÑO entiende, siguiendo a GHESTIN, que el fundamento de la acción directa, como derecho propio del subadquirente, se encuentra, a falta de apoyo legal explícito, en la relación económica unitaria que se produce entre vendedor inicial y último adquirente a consecuencia de la imbricación de los contratos. Cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, op. cit., pp. 163-164.

268. Cfr. DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire...”, op. cit., pp. 21 y 27. LECLERC, PH.: “Les chaines de contrats...”, op. cit., pp. 289 y 292. Según TEYSSIE, B.: *Les groupes de contrats*, op. cit., pp. 254-259, hay que descartar, como fundamento de la acción directa en garantía, la teoría del mandato, puesto que el demandante no actúa en calidad de mandatario del deudor intermediario, sino que es en su nombre y por su propia cuenta por lo que, en principio, se dirige contra el primer garante (primer eslabón de la cadena). En su opinión, la elección respecto del fundamento se circunscribe a tres posibilidades: la noción de estipulación en favor de tercero -*stipulation pour autrui*-, la de cesión del crédito o la de accesoriedad, ésta última utilizada por una jurisprudencia que, para TEYSSIE, “ha reducido considerablemente el papel de la autonomía de la voluntad”. Para el autor, todas estas explicaciones son artificiales. La experiencia demuestra que estas acciones son admitidas por el Derecho positivo en el ámbito de los grupos de contratos y defiende que poseen naturaleza contractual y que su fundamento se encuentra en las relaciones contractuales inherentes a los grupos.

269. Cfr. LECLERC, PH.: “Les chaines de contrats...”, op. cit., pp. 28 y 31 entre otras.

las que rigen la acción en garantía o la acción en responsabilidad son en efecto los accesorios de esta acción. Luego esta acción es considerada como un accesorio. Lo accesorio de lo accesorio debería por tanto estar sometido al mismo régimen que lo accesorio propiamente dicho²⁷⁰.

Al hilo de estas consideraciones se plantea el autor si es suficiente un consentimiento tácito de las partes, manifestado en la conclusión del contrato, que implique, en consecuencia, la transmisión del convenio arbitral y recuerda que la jurisprudencia ha admitido que la ejecución de un contrato implica la aceptación de todas la cláusulas del mismo y también de la cláusula compromisoria. Aludiendo al Derecho alemán, que lo admite respecto de las cláusulas atributivas de competencia, entiende que lo mismo debería ser para un convenio arbitral, atendiendo a la identidad de origen convencional y de finalidad de organización de un acuerdo que existe entre dichas cláusulas²⁷¹. Por la misma razón -identidad de origen y finalidad de las cláusulas- entiende LECLERC²⁷², siguiendo a otros autores²⁷³, que, en principio, la ley aplicable al problema de la relatividad contractual será la que se aplica al contrato que contiene el convenio arbitral que, lo mismo que una cláusula atributiva de jurisdicción, sigue la suerte de las otras cláusulas.

Ahora bien, el autor reconoce que es posible plantear una objeción a esa conclusión: se desconoce el principio de autonomía de la cláusula compromisoria. Por otra parte, entiende LECLERC que no se produciría ningún ataque a la autonomía de la cláusula si ésta sigue la suerte que determine la ley aplicable a las restantes cláusulas del contrato, puesto que autonomía e integración obran por la misma causa: la efectividad de la convención arbitral, la cual tiene lugar cuando se transmite ésta con las otras estipulaciones del contrato. Nuevamente aparece la consideración del convenio arbitral como un accesorio transmisible.

Esta opinión desconoce la autonomía material del convenio arbitral, lo mismo que la mantenida por TEYSSIE, para quien el convenio arbitral no debe sobrevivir al contrato principal, en virtud del principio *accessorium sequitur*

270. Cfr. DELEBECQUE, PH.: "La transmission de la clause compromissoire...", op. cit., pp. 27-28.

271. Cfr. DELEBECQUE, PH.: "La transmission de la clause compromissoire...", op. cit., p. 22. En el mismo sentido LECLERC, F.: "Les chaines de contrats...", op. cit., p. 292.

272. LECLERC, F.: "Les chaines de contrats...", op. cit., p. 292 y ss.

273. Entre ellos J. L. GOUTAL. Cfr. la nota a pie de página n.º 92 del citado artículo de F. LECLERC en la p. 292.

*principale*²⁷⁴. Cabe preguntarse, además, qué sucede si la ley rectora del contrato principal permite la transmisión mientras que a ello se opone la ley aplicable al convenio arbitral. Como solución a este problema ha propuesto GAILLARD que, así como la jurisprudencia, en el caso Dalico, ha abandonando el método conflictual y ha admitido la validez y eficacia propias del convenio arbitral sin referencia a una ley nacional, podría admitirse lo mismo sobre su transmisibilidad, salvo voluntad contraria de las partes²⁷⁵: “sería preferible poder recurrir a una regla material de Derecho internacional privado admitiendo, salvo voluntad contraria de las partes, la transmisión de la convención de arbitraje”²⁷⁶.

a. 1. Consecuencias de la regulación de este supuesto de la acción directa del Derecho francés

Por lo que a nosotros interesa, y extrayendo conclusiones de la regulación francesa, el último adquirente podrá demandar al fabricante por la vía arbitral y, en el supuesto de que plantee su demanda ante la jurisdicción ordinaria, el fabricante podrá excepcionar el convenio arbitral. Si pendiente el proceso arbitral contra el fabricante, se ejerce otra demanda idéntica ante la jurisdicción ordinaria, la excepción procedente será también la de arbitraje del antiguo art. 533. 8 LEC. No obstante, es indiferente que se plantee la del viejo art. 533. 5 LEC por “impropia” litispendencia siempre que sea admitida -por los argumentos que expusimos al tratar la finalidad del art. VI. 3 del Convenio de Ginebra-.

En nuestra opinión, y pese a tratarse de las soluciones que impone el Derecho francés, la crítica debe ser la misma para todo otro Derecho que admita esta solución, por suponer un desconocimiento absoluto del principio de autonomía del convenio. Como en otras ocasiones, nos encontramos ante una equiparación de la cláusula arbitral a un accesorio más del contrato principal. En nuestro favor encontramos un pronunciamiento de la Corte de casa-

274. Entiende TEYSSIE que la jurisprudencia favorable a la autonomía material del convenio arbitral sólo es admisible si existe un acuerdo tácito entre las partes en virtud del cual, incluso en caso de nulidad del contrato principal, sea aplicable el acuerdo de arbitraje (cfr. TEYSSIE, B.: *Les groupes de contrats*, op. cit., p. 181).

275. Cfr. Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 20 de diciembre de 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sociedad Dalico Contractors), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1994), pp. 116-125, y el comentario de H. GAUDEMET-TALLON; Cfr. también el comentario de GAILLARD, en *JDI*, n.º 2 (1994), pp. 432-446.

276. Cfr. LECLERC, F.: “Les chaines de contrats...”, op. cit., p. 295.

ción francesa²⁷⁷ que, en palabras de DELEBECQUE, “deja entender, que la cláusula compromisoria está sometida al principio del efecto relativo de los contratos y que no puede circular por la cadena de contratos a menos que las partes no hayan expresamente previsto lo contrario”. Para el autor, la limitación de la transmisión a la condición de acuerdo entre partes supone un freno al desarrollo de la teoría de las cadenas de contratos²⁷⁸. Para nosotros, todo pronunciamiento que respete la relatividad del convenio arbitral es un éxito.

b. La acción directa frente a todos o varios de los eslabones de la cadena en el Derecho francés

La jurisprudencia francesa admite que uno cualquiera de los compradores sucesivos demande indistintamente a su propio vendedor o a otro cualquiera de los vendedores precedentes de la cadena, pudiendo incluso demandar solidariamente a todos o a varios de ellos través de la acción directa²⁷⁹. El subadquirente al que se ha transmitido la cláusula de jurisdicción o compromisoria debe respetar la jurisdicción designada convencionalmente tanto si se dirige contra el fabricante como si presenta una demanda conjuntamente dirigida frente al fabricante y al vendedor intermedio²⁸⁰. Sin embargo la Sentencia de la

277. La tomamos de DELEBECQUE ante la imposibilidad de localizar la decisión. Cfr. DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire...”, op. cit., pp. 20-21. Los hechos fueron los siguientes: La Sociedad Total France (CFR) había comprado a la Sociedad Metal und Rohstoff (SMUR) gasóleo que fue transportado y descargado en Le Havre en octubre de 1986. La CFR estimó que los productos no servían para su uso y demandó a su vendedor, a los vendedores intermediarios y al originario ante el tribunal de comercio de Le Havre. Uno de los vendedores de gasóleo, la Compañía europea de petróleos (CEP) invocó el convenio arbitral firmado con la Sociedad Transol -que había revendido la mercancía a la SMUR- y observó que ninguno de los demandados estaba domiciliado en el distrito de Le Havre. La Corte de apelación de Rouen admitió la competencia del tribunal de Le Havre, jurisdicción del lugar de entrega de la cosa -afirmando además que las demandas y recursos en garantía tenían por causa la ejecución de las obligaciones contratadas frente a CFR, último adquirente que había recibido la entrega en Le Havre, lugar donde se había constatado la existencia del vicio y sufrido el daño-, y consideró que el convenio arbitral era inoponible a otras partes que aquéllas que lo concluyeron y que, por lo tanto, sólo jugaba en las relaciones entre CEP y Transol. En casación, la Corte entendió que la cláusula arbitral no era oponible a quienes no eran parte en la misma -la demandante originaria CFR y la apelante en garantía SMUR- “a falta de transmisión contractual”. Esta última expresión es la que hace plantearse a DELEBECQUE que sería posible la transmisión del convenio si las partes lo pactaran.

278. Cfr. DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire...”, op. cit., p. 31.

279. Cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, op. cit., p. 162.

280. Cfr. LECLERC, F.: “Les chaines de contrats...”, op. cit., p. 295.

Corte de casación francesa, relativa al asunto CFR²⁸¹, resolvió en sentido contrario, afirmando el efecto *inter partes* de la cláusula y la imposibilidad de su circulación, salvo previsión expresa de las partes en otro sentido. Visto de otro modo, la jurisprudencia, en este asunto, no consideró al convenio arbitral como un accesorio de la cosa transmitida con la misma, por lo que no pudo ser opuesto al último adquirente ni, por tanto, fundar una acción de éste derivada del contrato principal. Se respetó el convenio arbitral concluido entre dos eslabones de la cadena. En consecuencia, si se plantea el supuesto de demanda conjunta, lo más correcto con el principio de autonomía del convenio y lo más respetuoso con la voluntad de las partes es decidir el caso como se hizo en aquella ocasión.

La solución de la Corte de casación francesa fue distinta en un caso de Derecho internacional privado: el Nanni Diesel²⁸², que exponemos a continuación. Recordamos que nos referimos en todo momento al Derecho francés como modelo y que utilizamos las cláusulas de competencia con el fin de establecer una comparación entre el tratamiento que las mismas reciben y el que recae sobre el convenio arbitral.

En el asunto se relacionan los artículos 17, 5. 1²⁸³ y 5. 3²⁸⁴ del CB -estos dos últimos relativos, respectivamente, a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad delictual o cuasidelictual- y la acción directa del subadquirente frente al fabricante.

En resumen, los hechos fueron los siguientes: La Sociedad bretona de construcción naval SBCN compra unos propulsores que resultan defectuosos a la Sociedad Nanni Diesel. Dos de estos han sido adquiridos directamente por Nanni Diesel de la Sociedad Breda Marine y los otros cinco han sido adquiridos por Nanni Diesel de la Sociedad Marine Drive Units, la cual los ha encar-

281. Es el caso de la Sociedad CFR c. Transol, Smur, CEP y otros, sobre el que habla DELEBECQUE en su artículo "La transmission de la clause compromissoire", op. cit., pp. 20 y ss, que citamos en nota 277.

282. Se trata de la Sentencia de la Sala comercial de la Corte de casación francesa de 18 de octubre de 1994 (Sociedad SBCN c. MB Marine y otras; Compañía Winterthur Milan c. Sociedad Grupo Saltiel y otras), *Rev. crit.*, n.º 4 (1995), pp. 721-731.

283. "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante... en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda" (art. 5. 1 CB).

284. "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante... en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso" (art. 5. 3 CB).

gado a la Sociedad Breda Marine (en adelante MB Marine). Las Sociedades Marine Drive Units y Breda Marine tienen su sede en Italia. Debido a defectos en los productos, la SBCN demanda ante el tribunal de Quimper (lugar donde el daño se ha realizado) a su vendedor (Nanni Diesel) y al asegurador de ésta (el grupo Saltiel), al vendedor italiano fabricante Breda Marine y a su asegurador (la Compañía Wintherthur Milán). Hay que resaltar que el contrato entre el fabricante italiano (MB Marine) y Nanni Diesel contiene una cláusula de sumisión a la jurisdicción del Tribunal de Milán. A su vez, la Sociedad Nanni Diesel llama en garantía al fabricante italiano Breda Marine y a su asegurador.

La Corte de casación declaró que la cláusula atributiva de jurisdicción era válida entre las partes que la habían suscrito, pero no era oponible a terceros, en este caso, al subadquirente la Sociedad SBCN, de modo que el Tribunal de Quimper era competente para conocer de la demanda presentada por SBCN contra el fabricante, en cuanto tribunal del lugar de producción del daño, mientras que el tribunal de Milán carecía de competencia respecto a dicho subadquirente SBCN, que no era parte de la cláusula de jurisdicción. La Corte de casación afirmó también, siguiendo la jurisprudencia del TJCE respecto a los artículos 5. 1 y 5. 3 del CB, que la acción entablada por SBCN frente al fabricante no era de naturaleza contractual, sino delictual. Combinando la jurisprudencia sobre ambos artículos, resulta que el art. 5. 3 cubre todo supuesto de responsabilidad que no sea contractual en el sentido del art. 5. 1, el cual no se aplica a los litigios que pudieran surgir, por defectos de la cosa o la impropiedad para el uso al cual está destinada, entre subadquirente de una cosa y fabricante que no sea el vendedor. Por lo tanto, la acción de SBCN frente al fabricante es de naturaleza delictual y se interpone ante el tribunal del lugar donde ocurrió el daño. Obsérvese que el Derecho interno francés considera a la acción directa como una acción contractual, y que la jurisprudencia viene defendiendo su transmisibilidad hasta el último adquirente de la cadena, el cual debe respetar todas las cláusulas del contrato inicial. En esta jurisprudencia se apoyaron las sentencias que admitieron la excepción de incompetencia planteada por la Sociedad MB Marine, entendiendo que el demandante disponía de la acción contractual directa frente al fabricante y al vendedor intermedio y que le era oponible (al demandante) la cláusula de sumisión al tribunal de Milán.

¿Qué conclusiones podemos extraer de la sentencia y aplicar a nuestro tema? Si la Corte de casación hubiera seguido la línea jurisprudencial interna -de transmisibilidad de los accesorios de la cosa en la cadena de contratos- al decidir un caso de Derecho internacional privado, SBCN hubiera debido acudir al tribunal de Milán, obligada a respetar la cláusula de competencia pactada en el contrato inicial. Lo mismo hubiera sucedido con un convenio arbitral. Si en el caso que comentamos hubiese existido un convenio entre el fabricante

italiano y Nanni Diesel, y se hubiera aplicado la jurisprudencia interna francesa, la demandante se hubiera visto obligada a respetar el convenio arbitral y el fabricante hubiera podido oponer la excepción de arbitraje a la demanda planteada ante la jurisdicción estática.

Sin embargo, el tribunal no aplicó la jurisprudencia francesa sobre la accesoriedad, y respetó el efecto relativo del convenio arbitral, que sólo debe aplicarse entre las partes del acuerdo, de modo que si una de ellas demanda a la otra o la llama en garantía, la demandada o llamada podrá excepcionar la existencia del acuerdo. No así en el caso de que la demanda proceda de un tercero, que no está obligado a respetar el fuero pactado.

A. 1. 1. La acción directa en el Derecho español: referencia al art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro

En el ámbito del seguro existe un reconocimiento legislativo de la acción directa de la víctima frente al asegurador, consagrado en el art. 76 LCS de 8 de octubre de 1980, que cuenta con precedentes legales²⁸⁵. Su origen se sitúa en la necesidad de proteger el interés de la víctima, buscando fórmulas que garanticen un perfecto resarcimiento del daño, abandonando otros medios de tutela hasta la fecha insatisfactorios²⁸⁶ y otorgando prevalencia a los intereses sociales²⁸⁷.

285. El precedente más significativo está constituido por la Ley de Seguro del Automóvil de 24 de diciembre de 1962 (art. 42 y, más tarde, art. 4 del Texto Refundido de 21 de marzo de 1968) que reconoció la acción directa para exigir la obligación de indemnizar hasta el límite del seguro obligatorio. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Ley de contrato de seguro", *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* (dir. por M. MOTOS y M. ALBALADEJO), t. XXIV, vol. 2., pp. 624 y ss. Cfr. también REVILLA GONZÁLEZ, J. A.: *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996, pp. 50-51.

286. En el ámbito del seguro de responsabilidad civil el perjudicado carecía de derecho directo frente al asegurador, al no existir entre ambos relación jurídica, sino que dicha relación la poseía el perjudicado con el asegurado responsable y éste con su asegurador. Para proteger al perjudicado, el Derecho busca soluciones, como la acción subrogatoria, la pauliana o la de enriquecimiento injusto. Sin embargo, no eran suficientes. Por ejemplo, la acción subrogatoria plantea el problema del ingreso del bien en el patrimonio del asegurado, de modo que el perjudicado carece de derecho preferente para el cobro además de quedar expuesto a las excepciones que el asegurador posee frente al asegurado. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Ley de contrato de seguro", *Comentarios al Código de Comercio...*, op. cit., pp. 620 y ss. CLAVERO TERNERO, M. F.: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995, pp. 12-13. REVILLA GONZÁLEZ, J. A.: *La acción directa contra el asegurador...*, op. cit., p. 44-45.

287. "El establecimiento de los sistemas objetivos de responsabilidad, con su complemento de la institución del seguro obligatorio, ha hecho posible la aparición de la facultad

Con esta finalidad, el legislador²⁸⁸ introduce la acción directa como derecho propio y autónomo del perjudicado, para exigir al asegurador la obligación de indemnizar el daño causado por el asegurado y desvinculado del contrato de seguro, en cuanto que no nace de él, sino “del hecho previsto en él que ha dado lugar al nacimiento de la deuda de responsabilidad”, y en cuanto que es inmune a las excepciones del asegurador frente al asegurado²⁸⁹. Es decir, la ley no ha legitimado a un sujeto para el ejercicio de un derecho ajeno en beneficio propio, no ha establecido un supuesto de legitimación extraordinaria por sustitución, sino un derecho subjetivo material propio²⁹⁰ en favor del perjudicado y sus herederos.

Cabe preguntarse, a la vista de esta regulación, si es posible que el asegurador oponga, con fundamento en el convenio arbitral suscrito con su asegurado, la excepción de arbitraje a la acción dirigida por el perjudicado. La respuesta debe ser negativa, y ello nos parece evidente, no sólo por las razones apuntadas en otras ocasiones, sino también por la propia configuración de la acción directa como derecho propio y distinto del que tiene el asegurado frente a su asegurador, y al margen de los problemas que puedan surgir entre

de exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar a persona no relacionada directamente con la producción de los daños... Las exigencias sociales se han impuesto en los últimos tiempos frente a los condicionamientos dogmáticos y la acción directa se ha abierto paso en varias legislaciones a través de una decidida y expresa decisión del legislador” (GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor: aspectos procesales*, Oviedo, 1992, p. 125). CLAVERO TERNERO, M. F.: *La acción directa del perjudicado...*, op. cit., pp. 16-17. PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, op. cit., p. 53.

288. Como afirma CLAVERO TERNERO, *La acción directa del perjudicado...*, op. cit., p. 14, “el TS realizó un esfuerzo constructivo e interpretativo encomiable buscando una mayor protección de los intereses de la víctima en el seguro de responsabilidad civil. En definitiva, ante las dificultades que la ciencia clásica imponía, lo que nuestro Tribunal instituyó fue una acción directa del perjudicado contra el asegurador, en una doctrina que, asumida posteriormente por el legislador, interpretó los principios clásicos para adecuarlos a los intereses en presencia”.

289. Aunque la acción nace de la ley y no del contrato, la existencia de éste es la base sobre la que el legislador la establece, pero el contrato por sí solo no la justifica, pues no relaciona al damnificado con el asegurador (cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *La responsabilidad en el uso...*, op. cit., p. 128).

290. En cuanto a que estamos ante un derecho propio y autónomo no hay discrepancias en la doctrina. Cfr. MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, 1994, p. 57-58. SÁNCHEZ CALERO, F.: “Ley de contrato de seguro”, *Comentarios al Código de Comercio...*, op. cit., pp. 630 y ss. CLAVERO TERNERO, *La acción directa del perjudicado...*, op. cit., p. 15. REVILLA GONZÁLEZ, J. A.: *La acción directa contra el asegurador...*, op. cit., p. 50. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *La responsabilidad en el uso...*, op. cit., pp. 128 y ss.

éstos a consecuencia del contrato de seguro. En consecuencia, no es posible que el asegurador haga valer aquella excepción y el perjudicado no está vinculado por una convenio arbitral en que no fue parte. En palabras de REGLERO CAMPOS, “el convenio arbitral inserto en la póliza de seguro tan sólo vincula a las partes que lo suscribieron (tomador y asegurado), y no a terceros que puedan beneficiarse de la existencia de dicho seguro. De esta forma, el perjudicado sólo podrá ser obligado a someter la cuestión a arbitraje si es él mismo quien otorga un convenio arbitral con el dañante o la entidad aseguradora”²⁹¹.

Para terminar, y enlazando con el tema de las cadenas de contratos que transmiten la propiedad de un bien, en lo que respecta a la responsabilidad del fabricante de bienes de consumo frente al consumidor, cabe plantearse la misma cuestión. Suponiendo que el fabricante está vinculado con su adquirente inmediato mediante un convenio arbitral, ¿puede oponer la excepción de arbitraje a la demanda del consumidor, que es ajeno al mismo?.

En opinión de ORTÍ VALLEJO, la LGDCU de 1984 “consagra ya, para todo tipo de productos, la acción directa del consumidor (comprador) no sólo contra el fabricante, sino contra todos los eslabones de la cadena: importador, administrador y, por supuesto, vendedor (art. 27. 1)”²⁹² que responderán solidariamente cuando en la producción del daño hayan intervenido varias personas²⁹³. Por lo tanto, en el supuesto de que el consumidor demande al fabricante o a todos los eslabones de la cadena, surge la duda de si podrán exceptuar el convenio arbitral quienes estén vinculados por tal pacto. Advertimos que en Derecho español no existe jurisprudencia similar a la francesa.

La primera observación es que el efecto relativo del convenio circunscribe sus efectos a quienes lo pactaron por lo que, en principio, sólo podrá utilizar la excepción de arbitraje quien es parte en el mismo con el consumidor, probablemente el vendedor intermedio quien lo habrá incorporado a las condiciones generales de venta impuestas al consumidor. Si el convenio arbitral rige entre eslabones de la cadena, por ejemplo dos vendedores intermedios, creemos que ninguno de ellos está legitimado para interponer la

291. REGLERO CAMPOS, L.: *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, p. 133.

292. ORTÍ VALLEJO, A.: *La protección del comprador*, Granada, 1987, pp. 156-157. De la misma opinión es PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, op. cit., pp. 180-183 quien, además de utilizar como argumento la regulación de la LGDCU, se refiere a la analogía con los supuestos de la acción directa admitidos legalmente, “analogía que viene dada por la especial imbricación de relaciones jurídicas que aconseja un ajuste entre los legitimados activa y pasivamente para las acciones, y los realmente interesados, y tal y como la jurisprudencia ha hecho en relación con el adquirente de viviendas defectuosas” (p. 182).

293. Cfr. ORTÍ VALLEJO, A.: *La protección del comprador*, op. cit., p. 157.

excepción de arbitraje a la demanda que el consumidor plantee ante la jurisdicción ordinaria, y esto es así porque el consumidor es un tercero (no se olvide que rechazamos la teoría de la accesoriadad). Por el contrario, quienes sean parte en el convenio arbitral pueden oponer la excepción de arbitraje a la llamada en garantía que les dirija el apelante que sea parte en dicho convenio, como veremos a continuación.

A. 2. La llamada en garantía en las cadenas de contratos de carácter traslativo, en las que existe una cláusula de sumisión expresa o un convenio arbitral entre alguno de los eslabones de la misma

Vamos a tratar ahora un tema muy interesante en la práctica del arbitraje comercial internacional y que se plantea cuando el último adquirente demanda a su vendedor inmediato y éste a su vez llama en garantía al fabricante, con quien ha suscrito una cláusula de atribución de competencia en el sentido del art. 17 del Convenio de Bruselas o está vinculado a través de un convenio arbitral.

En este supuesto existen dos demandas: la que plantea el último adquirente y la de garantía que interpone el vendedor intermedio.

a. Cláusula de sumisión expresa entre fabricante y vendedor intermedio

Comenzamos por el primero de los supuestos, y supongamos que el Convenio de Bruselas es aplicable a la relación fabricante-vendedor intermedio, en virtud del art. 2 de dicho Convenio, que contempla como foro de competencia de carácter general el del domicilio del demandado. El Convenio de Bruselas, en su art. 6. 2, permite que las demandas de garantía o de intervención de terceros en el proceso se presenten ante el tribunal que conoce de la demanda principal. ¿Es posible que el fabricante comparezca ante dicho tribunal?

Expondremos primero las soluciones al problema en el marco del Convenio de Bruselas -prescindiendo del arbitraje de momento- como punto de referencia comparativo antes de centrar el estudio en las relaciones entre convenio arbitral y llamada en garantía e intervención de terceros.

294. Según el cual "si las partes, cuando al menos una de ella tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribu-

Con carácter general, la jurisprudencia tiene declarado que el art. 17²⁹⁴ del CB prima sobre el art. 6. 2²⁹⁵. La norma general en virtud de este último artículo es que la demanda de garantía se interpone ante el tribunal que esté conociendo de la demanda principal. Sin embargo, la prevalencia del art. 17 del CB sobre el art. 6. 2 significa que no puede obligarse a intervenir en garantía, ante el tribunal que conoce de la demanda principal, a aquél que tiene pactada una cláusula de sumisión expresa a otra jurisdicción, siempre y cuando, y tal y como se desprende del Informe JENARD²⁹⁶, las partes hayan querido aplicar la cláusula de sumisión a la acción de garantía²⁹⁷. La jurisprudencia francesa proporciona múltiples ejemplos en este sentido²⁹⁸ y la doctrina opina que el vendedor intermedio-demandado por el subadquirente- que llama en garantía al fabricante, debe respetar la cláusula pactada con el mismo²⁹⁹. La conclusión, como apuntábamos antes, es evidente: la fragmentación de procedimientos.

nales serán los únicos competentes”. El resto del texto hace referencia a los requisitos del convenio y otros aspectos sobre los cuales puede consultarse el comentario de CALVO CARAVACA, A. L.: “Comentario al art. 17 del CB”, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 343-371.

295. “Las personas a las que se refiere el artículo anterior podrán también ser demandadas: ... si se tratare de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal” (art. 6. 2 CB). Sobre este art. cfr. el comentario de F. GARAU SOBRINO en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 175-184.

296. Cfr. Inf. JENARD, p. 27.

297. En este sentido cfr. también Sentencia *Cour de cassation* de 18 de octubre de 1989 (Sociedad Berlit Staudt c. Compañía de seguros L'Alsacienne y otras), *JDI*, n.º 1 (1991), especialmente pp. 156-157, en la que se declara que la cláusula de elección de foro no puede excluir la competencia derivada del art. 6. 2 CB más que si las partes han querido este efecto, porque dicha cláusula sólo puede cubrir el ámbito que las partes le han asignado. Es necesario que las partes tengan la intención de aplicarla no sólo a las demandas principales sino también a las demandas de garantía.

298. Cfr., en aplicación de los 17 y 6. 2 del CB, la Sentencia *Cour de cassation* francesa (1 *Ch. civ.*) de 12 de julio de 1982 (Sociedad de Etablissements Voith c. Sociedad Chantiers y Ateliers de La Perrière y otras), *Rev. crit.* (1983), pp. 658-661. Cfr. también la ya citada de 18 de octubre de 1989 (Sociedad Berlit Staudt...), *JDI*, n.º 1 (1991), pp. 155-158. En Derecho común francés de la competencia internacional, cfr. la Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. com.*) de 30 de marzo de 1993 (Sociedad Comanav y otras c. Compañía Seine-y-Rhone Océanides Réuniones y otras), *Rev. crit.*, n.º 4 (1993), pp. 680-684 que declara la inaplicabilidad del art. 333 del Código civil francés en las relaciones internacionales, puesto que éste no permite al tercero llamado a la causa declinar, con fundamento en un cláusula atributiva de jurisdicción, la competencia de la jurisdicción de la demanda originaria.

299. Cfr. LECLER, F.: “Les chaines de contrats...”, op. cit., p. 296.

b. Convenio arbitral entre fabricante y vendedor intermedio

¿Puede decirse lo mismo en el supuesto de que la cláusula pactada sea un convenio arbitral?. En Derecho francés, sóloamente la indivisibilidad del litigio autoriza, en caso de pluralidad de demandados, a imponer la presencia de todos en el mismo procedimiento, en detrimento de las cláusulas atributivas de jurisdicción o de las cláusulas compromisorias³⁰⁰. Es más, el juez puede, incluso de oficio, ordenar la acumulación de los varios procedimientos pendientes ante él si existe entre los litigios un vínculo tal que aconseje, en interés de una buena administración de justicia, juzgarlos conjuntamente³⁰¹. En la jurisprudencia francesa encontramos decisiones en las que los tribunales han retenido la competencia para conocer de la acción principal y de la acción en garantía, argumentando la existencia de un nexo de indivisibilidad entre las acciones que, de juzgarse separadamente, da lugar al riesgo de decisiones contradictorias³⁰². A su vez, han respetado el convenio arbitral cuando no existía ese nexo ni, por lo tanto, el consiguiente riesgo de contradicción³⁰³.

300. Cfr. entre otros, RUBELLIN-DEVICHI, J.: “De l’effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d’appel en garantie dans la jurisprudence récente”, *Rev. de l’arb.* (1981), pp. 29-49. La autora es contraria al argumento de la indivisibilidad entre las acciones, porque con independencia de su definición, esta indivisibilidad “no es más que un motivo al servicio de una intención, loable sin duda -la buena administración de justicia- pero muy contestable, por cuanto que se trata de oponerla a la elección libremente consentida del procedimiento arbitral. Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, J.: “De l’effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs...”, op. cit., p. 44 y también en su comentario a la Sentencia de la Corte de casación (*Ch. com.*) de 8 de noviembre de 1982 (Sociedad Burmeister y Wain Engineering Cy Ltd c. Sociedad Creusot-Loire y otras), *Rev. crit.* (1983), pp. 177-180. Cfr. también NORMAND, J.: “Comentario a la Sentencia *Cour d’appel* de París de 18 de marzo de 1968”, *Rev. crit.* (1969), p. 514. KASIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., p. 221 y ss. Más ampliamente sobre este particular, y con referencias al Derecho comparado, cfr. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “La pluralidad de demandados en Derecho internacional privado”, *Justicia*, n.º 2 (1992), pp. 299-336.

301. Cfr. KASIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, op. cit., p. 223.

302. Cfr. entre otras la Sentencia *Cour d’appel* de Aix-En-Provence (2 *Ch.*) de 27 de enero de 1978 (Compañía Fruitière SA y Sociedad Cooperativa de los Cultivos Vivrières du Bamoun c. SA Georges Daras, Sociedad Lesieur Cotelle y Asociadas y Sociedad Navale Chargeurs Delmas Vieljeux), *Rev. de l’arb.* (1978), pp. 527-537.

303. Por ejemplo, cfr. el caso de una sociedad concesionaria que demandó simultáneamente a la sociedad concedente y a su filial, a la primera por haber rescindido el contrato que les vinculaba y a la segunda por ciertas actuaciones comerciales. La Corte de París consideró que no existía indivisibilidad ni riesgo de contradicción y admitió la eficacia del convenio arbitral, es decir, que dicho convenio convertía en incompetente a la jurisdicción comercial respecto de las partes del convenio arbitral [cfr. Sentencia *Cour d’appel* de París (*Ch.* 4), de 18 de marzo de 1968, *Rev. crit.* (1969), pp. 507-514].

Afortunadamente, las decisiones son cada vez más abundantes en la línea del respeto a la cláusula arbitral, con la consiguiente declaración de incompetencia del tribunal para conocer de la llamada en garantía. Este es el caso, entre otros, de la Sentencia de la Corte de casación francesa en el asunto Burmeister, en la que dicha Corte casó y anuló la sentencia de apelación que había rechazado la *excepción de incompetencia* presentada por el llamado en garantía y fundada en el convenio arbitral que le unía con el apelante³⁰⁴: en esta ocasión la Sociedad Cetramar demandó el pago de daños y perjuicios a la Sociedad metalúrgica y naval Dunkerque Normandie por vicios en un motor montado por ésta Sociedad en un navío construido para aquélla. A su vez, la Sociedad Dunkerque llamó en garantía a su vendedor inmediato, la Sociedad Creusot Loire, y ésta demandó a su vez en garantía a la Sociedad danesa Burmeister, que le había provisto de las piezas del motor declaradas defectuosas. Esta última defendió que los litigios entre la misma y la Sociedad Creusot Loire debían ser resueltos vía arbitral, de conformidad con una cláusula del contrato de venta. Según la Corte de apelación “la cláusula compromisoria no puede ser invocada en cuanto que el litigio ha sido planteado por la Sociedad Cetramar ante el Tribunal de comercio y la Sociedad Creusot Loire podía fundadamente llamar en garantía a su proveedor ante esta jurisdicción, con el fin de que se resuelva sobre el conjunto de recursos por una única decisión oponible a todas las partes”.

Es llamativa la decisión de la *Cour d'appel* de París (1 *Ch. civ.*) de 19 de mayo de 1993, que decidió el caso Sociedad Labinal c. Sociedades Mors y Westland Aerospace [*Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 645-663]. En esta ocasión, Mors y Westland constituyeron un *joint-venture* (que contenía una cláusula arbitral CCI) para poder concurrir en mejores condiciones frente a otro licitador, la sociedad Labinal, a la *appel d'offres* (modo de conclusión de acuerdos públicos que permite a la Administración elegir libremente su co-contratante entre los proveedores) lanzada por British Aerospace. La sociedad Mors, considerando que el resto de competidores intentaban un acuerdo secreto en su perjuicio, presentó demanda ante el Tribunal de comercio de París, reprochando las actuaciones constitutivas de competencia desleal. La sociedad Westland hizo valer el convenio arbitral pactado con la sociedad Mors, lo que fue rechazado por el Tribunal. Westland recurrió en apelación y la Corte concluyó que, pese a que la entente necesita un acuerdo de voluntades y un comportamiento común, “la responsabilidad por las actuaciones alegadas puede ser objeto de una apreciación separada para cada una de ellas, sin entrañar una imposibilidad de ejecución de las decisiones arbitral y judicial, a las que corresponden, respectivamente, recursos específicos. El nexo existente entre los dos litigios, lo mismo que el interés de una buena administración de justicia, no puede ser obstáculo a la competencia arbitral en aplicación de una cláusula compromisoria libremente convenida y aceptada”.

304. Corresponde en nuestro Derecho a la antigua excepción de arbitraje del art. 533. 8 LEC. [Sentencia *Cour de Cassation (Ch. comm.)* de 8 de noviembre de 1982 (Société Burmeister y Wain Engineering Cy Ltd c. Société Creusot-Loire y otros), *Rev. de l'arb.* (1983), pp. 177-180].

Por suerte, la Corte de casación fue más respetuosa con el convenio arbitral y casó y anuló la Sentencia de la Corte de apelación de París. La misma solución recayó en el asunto Solvay³⁰⁵. El respeto al convenio arbitral pactado entre apelante y llamado en garantía quedó patente también en los casos Dinguidar³⁰⁶ y CFR c. Transol, Smur, CEP y otros³⁰⁷. En este último, como sabemos, la Corte de casación entendió que el convenio arbitral sólo vinculaba a las partes que lo habían suscrito (CEP y Transol) y que no era oponible al resto de las partes implicadas en el litigio, salvo transmisión contractual.

Concluimos reiterando nuestra opinión en defensa de la voluntad de las partes y de la autonomía de la cláusula arbitral, a pesar de las consecuencias que lleva consigo: en Derecho francés, es la duplicidad de procedimientos: el seguido ante la jurisdicción estática y el arbitral, puesto que el llamado en

305. Cfr. la Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 12 de diciembre de 1978 (Sociedad Omnium des transports par pipeline c. Sociedad Solvay et Cie et autres), *Rev. de l'arb.* (1980), pp. 489-490, y el comentario a la misma de R. FUNCK-BRENTANO en pp. 490-492. La Sociedad Solvay estaba construyendo una canalización -para el transporte de etileno- que atravesaba un terreno propiedad del Sr. Rein, con el cual había concluido un acuerdo por el que se comprometía a indemnizar de todos los daños que resultasen directamente de los trabajos, que, a su vez, eran ejecutados por las Sociedades GTM y Omnium, vinculadas a la Sociedad Solvay a través de un convenio arbitral. El Sr. Rein, que sufrió un perjuicio, consecuencia de los trabajos efectuados, demandó a la Sociedad Solvay ante el Tribunal de instancia. Esta Sociedad llamó en garantía a las Sociedades encargadas de la ejecución de los trabajos y planteó la incompetencia del Tribunal de instancia y de la Corte, con el argumento de que los trabajos habían sido realizados al amparo de una ley francesa que les confería el carácter de "trabajos de interés público", por lo cual la competencia correspondía en exclusiva a los tribunales del orden administrativo. A su vez, la Sociedad OTP, llamada en garantía, hizo valer el convenio arbitral que le unía con las Sociedades Solvay y Omnium, con el fin de negar la competencia del Tribunal de instancia. La Corte de apelación no respondió a las conclusiones de la Sociedad OTP y retuvo su competencia para conocer del asunto. En casación, la Corte casó la decisión de la Corte de apelación, respecto de la excepción planteada por la Sociedad OTP.

306. En esta ocasión, la reclamación de pago efectuada por la Sociedad CHEVAL ante el Tribunal de comercio de París frente al principal demandado Dinguidar estaba motivada por haber éste entregado mercancía averiada. A su vez, el demandado llamó en garantía a la Sociedad Sea Containers a la que había alquilado un frigorífico, argumentando que su sistema refrigerador era defectuoso, y esta Sociedad excepcionó el convenio arbitral que atribuía el conocimiento de los litigios surgidos con ocasión del arrendamiento a la vía arbitral en Nueva York según las reglas de la AAA (Asociación americana de arbitraje). Cfr. la Sentencia *Cour d'appel* de Paris (5 *Ch*) de 19 de enero de 1974 (Dinguidar c. Sociedad Sea Containers), *Rev. crit.* (1975), pp. 97-99.

307. Recuérdesse que hemos hablado de este asunto en el apartado dedicado al estudio de la acción contractual transmitida en las cadenas de contratos de carácter traslativo en el Derecho francés (cfr. DELEBECQUE, PH.: "La transmission de la clause compromissoire...", op. cit., pp. 20-21).

garantía siempre podrá -o al menos en nuestra opinión debe poder- oponer la excepción derivada de la existencia del convenio arbitral ante la llamada en garantía que se dirija contra el mismo. En nuestro Derecho, si la llamada en garantía del Convenio de Bruselas, regulada en el art. 6. 2. se produjera en un proceso ordinario frente a quien está vinculado por un convenio arbitral, cabría oponer la excepción de arbitraje³⁰⁸.

B) *Las cadenas de contratos de construcción en el Derecho francés*

Lo que hemos dicho sobre el subadquirente es aplicable también al *maître de l'ouvrage* -dueño de la obra- en Derecho francés³⁰⁹. En materia de construcción, la noción de accesoriadad justifica la acción directa del dueño de la obra contra el fabricante en garantía por vicios ocultos y de responsabilidad contractual de Derecho común en caso de no conformidad con la cosa en aquéllos supuestos en que una cadena de contratos transmite la propiedad de dicha cosa con todos sus accesorios, entre ellos la acción mencionada³¹⁰.

En resumen, el dueño de la obra se encuentra en una situación equivalente a la del consumidor y dispone de la acción directa contra el fabricante por evicción y vicios ocultos. Si existía en el contrato principal un pacto de sumisión a arbitraje, el fabricante podrá oponer la excepción a la demanda que el dueño de la obra interponga en vía judicial, puesto que dicha acción se habrá transmitido por la cadena de contratos junto con el bien³¹¹. Todas las conclusiones que hemos ido exponiendo sobre la excepción de arbitraje en este ámbito son aplicables igualmente para el dueño de la obra.

B. 1. *Planteamiento del problema en nuestro Derecho*

Pasamos a tratar el tema en Derecho español, y comenzamos por un ejemplo, suponiendo que no existe una cláusula arbitral pactada que permita acudir a una acumulación de procedimientos, es decir, no existe una solución

308. Cfr. el citado comentario al art. 6. 2 CB de F. GARAU SOBRINO en *Comentario al Convenio de Bruselas...*, op. cit., en especial pp. 175-184. Tengase en cuenta que la redacción del art. 6.2 del CB es anterior a la nueva Lec. Por eso es una solución que proponemos con independencia de la interpretación y la práctica que resulte del actual art. 14 LEC.

309. El estudio de este aspecto lo realizamos con la información que al respecto proporcionan LECLER, F.: *Les chaines de contrats...*, op. cit., a lo largo de todo su artículo en pp. 267-320 y GHESTIN/JAMIN/BILLIAU: *Traité de Droit civile*, t. II, vol. 2, *Les effets du contrat*, París, 1994.

310. Cfr. GHESTIN/JAMIN/BILLIAU: *Traité de Droit civile*, t. II, op. cit., pp. 804-805.

311. Sobre esta acción y la incertidumbre existente acerca de su régimen jurídico pueden consultarse las páginas 850-854 del t. II de la citada obra de GHESTIN/JAMIN/BILLIAU: *Traité de Droit civile*.

de tipo contractual ante un arbitraje multipartito como el que se plantearía si el adquirente de un piso demanda al promotor en vía arbitral y éste, a su vez, demanda al constructor -con quien está vinculado por otro convenio arbitral.

La solución contractual consiste en que el cliente acepte que pueda ser llamado el constructor al litigio que le enfrenta con el promotor, de modo que el tribunal arbitral decida mediante una única decisión que afecte a los tres. Pero en ausencia de esta voluntad común de las partes, ¿cual será la situación?. La duplicidad de procedimientos con el consiguiente riesgo de contradicción entre ambas decisiones.

a. La acción ex art. 1591 Cc

Imaginemos que el cliente que ha comprado un piso demanda *ex art.* 1591 Cc³¹² al promotor³¹³ de viviendas, al contratista de las mismas y al arqui-

312. Dicho artículo del Cc regula la responsabilidad civil del contratista y del arquitecto en materia de construcción: el contratista responde de los daños y perjuicios causados por vicios de la construcción mientras que el arquitecto tiene la misma responsabilidad por vicio del suelo o de la dirección. Acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad establecida en el art. 1591 Cc cfr., entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *La responsabilidad civil por vicios de construcción, Publicaciones de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 1976, p. 153, que opta por la naturaleza jurídica contractual atendiendo “a la propia redacción literal del Código civil”. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 1591 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XX, vol. 2, Madrid, 1986, en esp., pp. 275-280, en las que el autor sigue la teoría de la responsabilidad contractual del art. 1591. 1. y 1591. 2. SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 1591 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1189-1190. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción (Estudio del art. 1591 del Código Civil y su problemática actual)*, Barcelona, 1994, en esp. pp. 65-82, en las que el autor expone y critica las tesis de la doctrina y la posición de la jurisprudencia, resolviendo el tema desde la finalidad de dicha responsabilidad. “Desde esta óptica, aparece como una responsabilidad establecida por la ley, de carácter civil, que se impone a los técnicos y constructores a consecuencia de la violación de los deberes que su específica función constructiva les exigía observar, y que tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados por la ruina del edificio que ellos construyeron viciosamente”. Si el perjudicado por ruina de un edificio debida a vicios constructivos puede ser indemnizado según las normas generales de la responsabilidad civil, no puede pensarse que el 1591. 1 represente una responsabilidad contractual ya recogida en el art. 1101 Cc, ni tampoco la extracontractual ya prevista en el 1902 y siguientes. “Se trataría, en suma, de un ámbito autónomo de resarcimiento de daños... que tiene por objeto una prestación de indemnización de daños y perjuicios, y que se establece al margen de la responsabilidad contractual o extracontractual que... se configuraría como una responsabilidad civil especial...”, caracterizada por una serie de notas. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, op. cit., pp. 80-82.

313. La tendencia de la jurisprudencia mayoritaria es la de incluir la responsabilidad del promotor en el art. 1591 Cc equiparándola con la del constructor. Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO,

tecto. El contratista, a su vez, demanda al subcontratista con quien ha pactado una cláusula arbitral. En principio, éste último podrá oponer la excepción de arbitraje si el contratista interpone demanda ante la jurisdicción ordinaria, por lo que no podrá ser obligado a intervenir en el proceso pendiente. La consecuencia de la diversidad de foros es la fragmentación de procedimientos y la posibilidad, por lo tanto, de resoluciones contradictorias. Por ejemplo, que

J. M.: *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, op. cit., p. 127. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: "La responsabilidad en la construcción según la jurisprudencia civil", *PJ*, n.º 7 (1989), pp. 285-286. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: "Comentario al art. 1591 Cc", *Comentarios al Código civil...*, t. XX, vol. 2, op. cit., pp. 337-348. Según CABANILLAS SÁNCHEZ, "La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos", *ADC* (1982), p. 884, hay que distinguir diversos tipos de promotores: principalmente, el promotor cuya actividad consiste en la venta de pisos y locales y el promotor de comunidades, que no se propone la venta de los pisos y locales construidos, sino que se limita a organizar la construcción del inmueble por cuenta de los comuneros. A diferencia del promotor-vendedor, el promotor de comunidades no es en ningún momento propietario del inmueble que se construye. Según CABANILLAS (p. 913), las razones por las cuales el TS atribuye al promotor-vendedor la responsabilidad del contratista que ejecuta defectuosamente su prestación son dos: que el promotor realiza una actividad semejante a la del contratista y que la solución propuesta es necesaria para la protección de los compradores.

Argumentos en contra los aporta ZURITA MARTÍN, I.: "La responsabilidad del contratista por sus auxiliares: estudio jurisprudencial del artículo 1596 del Código Civil en relación con la responsabilidad decenal", *RGD*, abril (1995), pp. 3165-3166. Cfr. también las interesantes notas que incluye al respecto. GÓMEZ DE LA ESCALERA recoge numerosos pronunciamientos jurisprudenciales afirmando rotundamente que quien pretenda la exigencia de responsabilidad decenal al promotor inmobiliario "cuenta con un cuerpo de doctrina jurisprudencial lo suficientemente consolidado y reiterado para que no pueda ser desconocido por ningún Juzgado o Tribunal español" (GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción...*, op. cit., p. 2350). La razón es de orden práctico: la necesidad de realizar una interpretación actualizada de la norma "en consonancia con la realidad social del tiempo en que ha[n] de ser aplicada[s]" (art. 3. 1 Cc), acomodada a los nuevos supuestos del tráfico inmobiliario, que proteja a los adquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción...*, op. cit., pp. 247 y ss, en las que expone los problemas relacionados con la figura del promotor, entre ellos los derivados de la distinción promotor-vendedor del promotor que construye para cubrir sus necesidades personales o familiares. En opinión de GÓMEZ, la cualidad de promotor se debe atribuir "únicamente a aquél sujeto, persona física o jurídica, que organizado empresarialmente, desarrolla una actividad mercantil dirigida a la promoción inmobiliaria, esto es, a propiciar la construcción de edificios con la finalidad de obtener un beneficio económico, lo que normalmente llevará a cabo mediante su venta a terceros". LUCAS FERNÁNDEZ, F.: "Comentario al art. 1591 Cc", *Comentarios al Código civil...*, t. XX, vol. 2, op. cit., p. 337, recoge la Sentencia del TS de 11 de octubre de 1974, que incorpora una definición de la figura del promotor como "persona que reúne el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico".

en vía ordinaria (art. 1591) se declare la ausencia de responsabilidad del contratista y que sea condenado, a su vez, en el proceso arbitral frente al subcontratista.

Sin embargo, entendemos que no cabe esta excepción cuando el adquirente de viviendas demanda al subcontratista mediante la acción directa³¹⁴, por los motivos que expusimos anteriormente: la relatividad contractual. El adquirente no es parte en el convenio arbitral y no está obligado por el mismo. Se rechaza, además, la teoría francesa de la accesoriedad de la acción, por lo que

314. Es discutida la legitimación pasiva del subcontratista en el supuesto de la acción del art. 1591 Cc y la mayoría de la doctrina la rechaza. Sin embargo, la jurisprudencia la admite “aun cuando pudiera admitirse que la responsabilidad viene atribuida por el artículo 1591 únicamente al constructor por los vicios de la construcción generante de ruina, y que el subcontratista no tiene relación contractual directa con los adquirentes de la obra, éstos sufren unos perjuicios en cuya causación han contribuido y de los que responderían por el art. 1902 Cc (STS 23-XI-85; 14-XI-88)” (SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 1596 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, p. 1207).

ZURITA MARTÍN recoge brevemente las distintas opiniones: GARCÍA CANTERO, por ejemplo, que parte de una concepción extracontractual de la responsabilidad decenal, considera que se trata de un problema de tipificación. Quienes atienden a criterios contractualistas, entienden que el comitente sólo tiene acción contra el contratista quien responderá en su caso por lo hecho por el subcontratista que él mismo introdujo en la obra (cfr. ZURITA MARTÍN, I.: “La responsabilidad del contratista por sus auxiliares: estudio jurisprudencial del artículo 1596...”, op. cit., pp. 3168-3169). A criterios contractualistas atiende también LUCAS FERNÁNDEZ, para quien no cabe duda de que la responsabilidad del subcontratista se enmarca en el ámbito del subcontrato de obra, de modo que el contratista es el responsable frente al dueño de la obra o sus causahabientes, sin perjuicio de que, a su vez, pueda exigir el resarcimiento correspondiente del subcontratista. Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 1591 Cc”, *Comentarios al Código civil...*, t. XX, vol. 2, op. cit., p. 348. En esta línea opina GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción...*, op. cit., pp. 220-221, que el contratista carece de acción ex art. 1591 frente al subcontratista, pues la responsabilidad consagrada en este artículo está concebida al margen de toda consideración contractual y la legitimación activa únicamente la ostentan los propietarios del edificio que resulten perjudicados. Pero cuando el contratista haya respondido directamente por la culpa profesional del subcontratista, dispone de una acción de regreso contra éste para reembolsarse lo que le supuso la reclamación ex art. 1591 Cc. También admite el autor la responsabilidad directa del subcontratista frente al propietario -rechazando el argumento de que aquél no está ligado al propietario por un vínculo contractual-. Teniendo en cuenta que el art. 1591 exige una responsabilidad fundada en la culpa profesional de quien interviene en el proceso edificatorio desempeñando una función constructiva, siempre que lo haga a título principal, “ninguna dificultad debe existir para afirmar la responsabilidad directa del ex art. 1591... habida cuenta de que el subcontratista actuó en la obra de modo principal y autónomo, desarrollando una actividad constructiva cual es la ejecución material de la parte o unidad de obra que se le encomendó” (GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción...*, op. cit., p. 226).

al demandante comprador no le es oponible la excepción de arbitraje derivada del contrato concluido entre el contratista y el subcontratista.

b. La excepción de arbitraje en las situaciones de litisconsorcio pasivo necesario derivadas de un proceso de construcción.

La jurisprudencia del TS tiene declarado que la responsabilidad entre los distintos partícipes del proceso de construcción es solidaria cuando no pueda determinarse la parte de responsabilidad de cada cual³¹⁵, lo que significa que no pueden oponer al actor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando uno de ellos resulte demandado, pues se aplica el art. 1144 Cc³¹⁶. Algunos autores no admiten esta jurisprudencia y entienden que es más correcto exigir al actor que demande a todos los implicados en el proceso constructivo³¹⁷. Para COBO PLANA “en aquéllos supuestos en que, demandado

315. La jurisprudencia del TS viene declarando que la responsabilidad de los distintos partícipes de un proceso constructivo es solidaria, cuando no pueda determinarse la parte de responsabilidad de cada cual y también que la solidaridad es incompatible con la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario. Cfr., como ejemplos las Sentencias TS, Sala 1, de 14 de noviembre de 1983 y 1 de febrero de 1991, entre otras, en FERNÁNDEZ LÓPEZ/RIFÀ SOLER/VALLS GOMBAU: *Derecho procesal práctico*, t. IV, Madrid, 1992, p. 122. Además de la abundante jurisprudencia que aparece en los autores citados en las notas precedentes, puede verse también la recogida por COBO PLANA, J. J.: *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Pamplona, 1993, pp. 275 y ss.

316. Cfr. entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: “La responsabilidad en la construcción...”, op. cit., p. 290 y la jurisprudencia que cita el autor. COBO PLANA, J. J.: “La responsabilidad solidaria de arquitectos, aparejadores y constructores como fundamento de la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario en los procesos por vicios de la construcción del artículo 1591 del Código civil”, *CDJ*, Madrid, 1994, pp. 439-449. SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 1591 Cc”, *Comentario del Código civil...*, op. cit., pp. 1195-1196.

317. COBO PLANA, J. J.: “La responsabilidad solidaria de arquitectos, aparejadores y constructores como fundamento de la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario...”, op. cit., p. 446. Para el autor el razonamiento del TS es erróneo: según el Alto Tribunal la responsabilidad -por ruina- solidaria -y determinada por la imposibilidad de delimitar las respectivas responsabilidades- de promotores, contratistas, arquitectos y aparejadores, impide la aplicación del litisconsorcio pasivo necesario porque el perjudicado puede demandar a todos o a algunos de ellos en virtud del art. 1144 Cc. El error del razonamiento está en invertir el orden de las premisas, es decir, lo que determina la responsabilidad solidaria es la circunstancia de no haber podido individualizar las responsabilidades, lo que tiene lugar al final del litigio, después de practicar todas las pruebas. Por lo tanto, antes del proceso, esa solidaridad no existe, “puesto que todavía no se ha podido establecer la imposibilidad de diferenciar sus responsabilidades”. En consecuencia, no puede aplicarse el art. 1144 Cc. Para llegar a esa declaración de solidaridad es preciso que estén presentes en el pleito todos los implicados en la construcción, porque es el modo de proponer y practicar toda la prueba necesaria para

uno sólo de los intervinientes en el proceso constructivo, si a lo largo del proceso se acredita la existencia de responsabilidad en algún otro, que no sea parte del pleito, y no es posible delimitar la influencia y porcentaje que el

delimitar las respectivas responsabilidades o en su caso concluir la responsabilidad solidaria. Cuando se demanda a uno solo de los implicados debe determinarse la clase de acción que se ejerce, con la que queda fijado el objeto del pleito. Si la acción es de responsabilidad por vicios en la construcción, se dirigirá contra el contratista y si lo es por vicio del suelo o de la dirección deberá dirigirse contra el arquitecto o aparejador. Y no puede permitirse que, dirigida demanda contra uno, por ejemplo el constructor, si durante el pleito se acredita también la existencia de vicios del suelo y de la dirección, pero sin que se haya podido delimitar las responsabilidades del arquitecto o del aparejador, se condene al constructor a resarcir la totalidad de los daños con fundamento en una solidaridad declarada contra quien no ha sido parte en el proceso, sino que la sentencia debe limitarse a los daños cuya responsabilidad ha sido exigida. Es injusto, en opinión de COBO, que la solución de la situación sea dejar al constructor la posibilidad de entablar un nuevo pleito para reclamar a los demás su parte. Para evitar todos estos inconvenientes propone, como exponemos en el texto principal, declarar la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario.

GÓMEZ DE LA ESCALERA rechaza la jurisprudencia exigente de responsabilidad solidaria pues, para el autor, la relación jurídica material derivada del art. 1591 es de tal naturaleza que impide un pronunciamiento judicial sin la presencia en el proceso de todas las personas que *prima facie* están llamadas a responder de la ruina del edificio (p. 307). La imposibilidad de determinar el grado en que cada uno contribuyó al evento dañoso “sólo puede traer cabalmente como consecuencia el efecto de reputar que todos contribuyeron, en la misma medida, a la causación del daño”, lo que sólo resuelve el aspecto interno de la obligación “dejando imprejuizado el aspecto externo, es decir, si cada uno de los obligados... debe responder frente al acreedor perjudicado de la totalidad de la deuda resarcitoria (solidaridad) o sólo de la cuota o parte que corresponda según aquella proporción (mancomunidad)”. Aplicando los arts. 1137 y 1138 del Cc, cree GÓMEZ DE LA ESCALERA que habrá que estar a la regla general de la mancomunidad, teniendo en cuenta, además, que la obligación del art. 1591 nace de la ley y no de la voluntad de las partes. Esto significa que cada responsable contribuirá al total de la deuda en la medida de su culpa y en la proporción en que haya participado en la producción de daño y que el acreedor sólo puede reclamar la parte o cuota que corresponda a cada uno, consecuencia de las reglas de la mancomunidad. Para el autor esta es la única solución aceptable de *lege data* en nuestro Derecho. De *lege ferenda* propone el establecimiento de una regla flexible que permita al juez, según las circunstancias, optar por la solidaridad o la mancomunidad. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción...*, op. cit., pp. 261-262.

FERNÁNDEZ HIERRO es partidario de demandar a todos cuando no pueda determinarse *a priori* la responsabilidad de una sola persona o entidad, para evitar que se vea afectado por la sentencia quien no ha sido parte en el proceso. Por ello, procede la excepción cuando no ha sido demandado el técnico director o el contratista, en tales procesos, pero en su opinión no procede cuando no esté demandado el técnico de grado medio o el subcontratista porque su responsabilidad puede ser exigida directamente en el mismo procedimiento o entablar otro sólo contra el contratista principal o el director técnico, sin perjuicio de posibles repeticiones ulteriores. Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, op. cit., p. 161.

demandado haya tenido en la causación del daño, deberá apreciarse, incluso de oficio, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, porque así lo impone el concepto y los fines del instituto³¹⁸; que estén presentes en el pleito todos los que debieron ser partes -todos los implicados en el proceso constructivo-, veracidad de la cosa juzgada -que exige la presencia de todas las partes para delimitar sus respectivas responsabilidades e impedir una condena en contra del art. 24. 2 CE-, y la necesidad de evitar fallos contradictorios -como el que puede producirse si el perjudicado entabla un proceso contra un responsable y se le absuelve y posteriormente se dirige contra los demás y gracias a la prueba aportada se acredita que también el demandado del primer pleito es responsable, pese a que en su momento fue absuelto³¹⁹.

Sobre esta base vamos a estudiar qué sucede con el convenio arbitral cuando alguno de los eslabones de la cadena está obligado con otro mediante un convenio arbitral y se da una situación de litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar a todos los interesados en el pleito. ¿Cual es la suerte del convenio arbitral?. Dicho de otro modo, ¿es posible atraer ante la jurisdicción estática a quienes han suscrito una cláusula arbitral? ¿es suficiente la exigencia de litisconsorcio necesario para excluir la eficacia del convenio?.

Distinguiremos dos supuestos: según la teoría de la accesoriedad, el comprador adquirente dirigirá su demanda contra todos los implicados *ex art.* 1591 Cc, incluídos aquéllos eslabones de la cadena que están vinculados por convenio arbitral, y lo más lógico es que el demandado vinculado por convenio interponga la excepción de arbitraje frente a la demanda planteada ante la jurisdicción ordinaria, excepción que, de ser estimada, liberaría al demandado de ser parte en el proceso. Parece que no hay solución al problema y que, en un caso como éste, no será posible atraer a todos los litisconsortes ante la jurisdicción ordinaria. Aunque la litis esté regularmente constituida porque la finalidad del litisconsorcio se cumple por el actor con dar a todas las potenciales partes la oportunidad de ser oídas -es decir, dirigiendo la demanda contra todas- aunque no comparezcan, el problema seguirá existiendo, puesto que la sentencia habrá sido dictada por juez incompetente respecto a quien excep-

318. COBO PLANA, J. J.: "La responsabilidad solidaria de arquitectos, aparejadores y constructores como fundamento de la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario...", *op. cit.*, p. 446.

319. En realidad, los tres argumentos están interrelacionados y no resultan lo suficientemente convincentes como para desterrar la regla de la solidaridad, puesto que todos los inconvenientes que comenta COBO PLANA pueden resolverse en el proceso de regreso que el condenado entable contra el resto de codeudores según las reglas de la relación interna en la solidaridad. Sin embargo, sí que nos parece aceptable la propuesta del autor con fundamento en la economía procesal.

cionó la existencia del convenio arbitral. Sin embargo, rechazada la teoría de la accesoriedad del convenio arbitral y su transmisión, el adquirente de la vivienda no tiene por qué respetar la jurisdicción elegida en el convenio en que no es parte y puede demandar a todos los eslabones de la cadena ante la jurisdicción ordinaria sin que, frente a su demanda, pueda oponerse una excepción de arbitraje. Únicamente cabría dicha excepción en el caso (y este es el segundo supuesto) de que el adquirente fuese parte en un convenio arbitral con alguno de los demandados³²⁰.

320. Imagínese que existía un convenio arbitral incorporado a las condiciones de venta del piso, de modo que el comprador aceptó resolver los potenciales litigios relativos al piso adquirido a través del arbitraje.

**JURISPRUDENCIA
EN ORDEN CRONOLÓGICO**

- Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. civ.*, 2 Sect.) de 13 de mayo de 1966, *Rev. crit.* (1967), pp. 355-362.
- Sentencia *Cour d'appel* de París (4 *Ch.*) de 18 de marzo de 1968, *Rev. crit.* (1969), pp. 507-514.
- Sentencia *Cour d'appel* de París (5 *Ch.*) de 19 de enero de 1974 (Dinguidar c. Sociedad Sea Containers), *Rev. crit.* (1975), pp. 96-110.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2138 (1974), *JDI* (1975), pp. 934-938.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 1434 (1975), *JDI* (1976), pp. 978-989.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2375 (1975), *JDI* (1976), pp. 973-978.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 1704 (1977), en DERAÏNS, Y.: *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985, pp. 197-200.
- Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. comm.*) de 22 de noviembre de 1977 (Bui Van Tuyen c. Sociedad Merrill Lynch Pierce Fenner y Smith Inc), *Rev. de l'arb.* (1978), pp. 461-465.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2626 (1977), en DERAÏNS, Y.: *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, Madrid, 1985, pp. 201-205.
- Sentencia *Cour d'appel* d'Aix-En-Provence (2 *Ch.*) de 27 de enero de 1978 (Compañía Fruitière SA Sociedad Cooperativa de Cultivos Vivrières del Bamoun c. SA Georges Daras, Sociedad Lesieur Cotelle y Asociados, Sociedad Naval de Cargadores Delmas Vieljeux), *Rev. de l'arb.* (1978), pp. 527-537.

-
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 12 de diciembre de 1978 (Sociedad Omnium des transports par pipeline c. Sociedad Solvay et Cie et autres), *Rev. de l'arb.* (1980), pp. 489-492.
- Sentencia *Cour de Cassation* (3 *Ch. civ.*) de 13 de mayo de 1981 (Groupement d'intérêt économique des commercants indépendants de Lens c. Société Sodilence Conforama, Kupczych Société Bureau d'Etude et de Gestion Société Cora, Groupement d'interet économique des Commerçants indépendants lensois et Cora), *Rev. de l'arb.* (1983), pp. 110-111
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 12 de julio de 1982 (Sociedad. des Etablissements Voith c. Soc. Chantiers y Ateliers de La Perrière y otras), *Rev. crit.* (1983), pp. 658-661.
- Sentencia *Cour de Cassation* (*Ch. comm.*) de 8 de noviembre de 1982 (Société Burmeister y Wain Engineering Cy Ltd c. Société Creusot-Loire y otros), *Rev. de l'arb.* (1983), pp. 177-180.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 4131 (1982), *JDI* (1983), pp. 899-907.
- Sentencia prejudicial Corte de arbitraje de la CCI de 25 de marzo de 1984, Asunto 3879 (Westland), *JDI* (1985), pp. 232-246.
- STS, Sala 1, de 29 de mayo de 1984 (R. 2804)
- Laudo de la Comisión de arbitraje del comercio internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la URSS, caso 109/1980, de 9 de julio de 1984 (All Union Foreign Trade Association "Sojuznefteexport c. Joc Oil Limited), *YB* (1993), pp. 92-110.
- Sentencia Corte de arbitraje de la CCI recaída en el asunto 5103 (1988), *JDI*, n.º 4 (1988), pp. 1206-1215.
- STS, Sala 1, de 13 de febrero de 1988 (R. 1985)
- Sentencia *Cour de Cassation* (1 *Ch. civ.*) de 7 de junio de 1989 (Société Anhydro c. Société Caso Pillet et autre), *Rev. de l'arb* (1992), pp. 61-66.
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *ch. civ.*) de 18 de octubre de 1989 (Sociedad Berlit Staudt c. Compañía de seguros L'Alsacienne y otras), *JDI*, n.º 1 (1991), pp. 155-158.
- Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*) de 31 de octubre de 1989 (Sociedad Kis France y otros c. Sociedad Générale y otros), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 90-94.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, en el asunto 5721 (1990), *JDI*, n.º 4 (1990), pp. 1020-1029.

- Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*) de 11 de enero de 1990 (Orri c. Sociedad de lubricantes Elf Aquitaine), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 95-109 y *JDI*, n.º 1 (1991), pp. 141-148.
- Sentencia *Cour d'appel* de Versailles (Salas reunidas) de 7 de marzo de 1990 (OIAETI y Sfidif c. COGEMA, SERU, Eurodif y CEA), *Rev. de l'arb.*, n.º 2 (1991), pp. 326-343.
- Sentencia *Tribunal de commerce* de Bobigny de 29 de marzo de 1990 (Sociedad Sofremines c. Sociedad Samin), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 68-73.
- STS, Sala 1, de 18 de junio de 1990 (R. 4764)
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 9 de octubre de 1990 (Prince M. Bin Seoud Bib Abdul Aziz y otro c. Banque Rivaud y otros), *Rev. de l'arb.* (1991), pp. 305-316.
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 25 de junio de 1991 (Compagnie tunisienne de navigation Cotunav c. Société Comptoir commercial André), *Rev. de l'arb.*, n.º 3 (1991), pp. 453-455.
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 19 de noviembre de 1991 (Sociedad TRH Graphics c. Sociedad Offset Aubin), *Rev. de l'arb.*, n.º 3 (1992), pp. 462-469.
- Laudo final de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6363 (1991), *YB* (1992), pp. 186-211.
- Laudo de la Corte de arbitraje CCI recaído en el asunto 6709 (1991), *JDI*, n.º 4 (1992), pp. 998-1005.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6840 (1991), *JDI*, n.º 4 (1992), pp. 1031-1037.
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6673 (1992), *JDI*, n.º 4 (1992), pp. 992-998.
- Ordonnance* de la Corte de arbitraje de la CCI, dictada en el asunto 7489 (1992), *JDI*, n.º 4 (1993), pp. 1078-1084.
- Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 10, de 25 de febrero de 1992, *RGD*, n.º 574-575, julio-agosto (1992), pp. 7445-7447.
- STS, Sala 1, de 25 de febrero de 1992 (R. 1552)
- Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 13, de 12 de mayo de 1992, *RGD*, n.º 579, diciembre (1992), pp. 12159-12160.
- Sentencia *Cour d'appel* de París (1 *Ch. suppl.*), de 26 de mayo de 1992 (Sociedad Guayapeche c. Abba Import Aktiebolag), *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 624-631.

-
- Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*), de 13 de noviembre de 1992 (Société Casco Nobel France c. Sico Inc. y Kansa), *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 632-644.
- SAP de Valencia, Secc. 6, de 18 de noviembre de 1992, *RGD*, n.º 582, marzo (1993), pp. 2244-2247.
- Laudo final de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6653 (1993), *JDI*, n.º 4 (1993), pp. 1040-1053.
- Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. comm.*) de 30 de marzo de 1993 (Sociedad Comanav y otras c. Compañía Seine-y-Rhone Océanides Reunidas y otras), *Rev. crit.*, n.º 4 (1993), pp. 680-684.
- SAP de Madrid, Secc. 21, de 10 de mayo de 1993, *RGD*, n.º 588, septiembre (1993), pp. 8843-8844.
- Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Ch. A*) de 19 de mayo de 1993 (Sociedad Labinal c. Sociedades Mors y Westland Aerospace), *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 645-663.
- SAP de Navarra, Secc. 2, de 21 de octubre de 1993, *RGD*, n.º 615, diciembre (1995), pp. 14156-14158.
- Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 20 de diciembre de 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sociedad Dalico Contractors), *JDI*, n.º 2 (1994), pp. 432-446 y *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1994), pp. 116-125.
- STS, Sala 1, de 27 de diciembre de 1993 (R. 10153)
- Laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 7154 (1993), *JDI*, n.º 4 (1994), pp. 1059-1064.
- SAP de Málaga, Secc. 6, de 25 de julio de 1994, *AC* (1995-1), marginal 550.
- Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. comm.*) de 18 de octubre de 1994 (Sociedad SBCN c. MB Marine S p. a. y otras. Compañía Winterthur Milán c. Soc. Grupo Saltiel y otras), *Rev. crit.*, n.º 4 (1995), pp. 721-731.
- STS, Sala 1, de 1 de marzo de 1996 (R. 1988).
- Sentencia *Cour d'appel* de Aix-en-Provence de 9 de enero de 1997 (SNTM Hiproc c. Banque générale du commerce), *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1997), p. 76-82.
- STS, Sala 1, de 16 de enero de 1997 (R. 14)
- STS, Sala 1, de 15 de marzo de 1997, *La Ley* (1997), 3861
- STS, Sala 1, de 17 de marzo de 1997, *La Ley* (1997), 3129.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “La pluralidad de demandados en Derecho internacional privado”, *Justicia*, n.º 2 (1992), pp. 299-336.
- AKSEN, G.: “Les arbitrages multipartites aux Etats-Unis”, *Rev. de l'arb.* (1981), pp. 98-127.
- ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Garantías bancarias a primera demanda”, *Derecho del mercado financiero*, t. II, vol.2, Madrid, 1994, pp. 237-288.
- ARAMENDÍA GURREA, J.: “La llamada “carta de confort” y su problemática jurídica”, *RDBB* (1984), pp. 779-806.
- ARMENTA DEU, T.: “Perspectivas de futuro de la cláusula compromisoria arbitral”, *R.J.Cat.* (1984), pp. 329-355.
- ARNÁLDEZ, J. J.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6653 (1993)”, *JDI*, n.º 4 (1993), pp. 1040-1053.
- AUDIT, B.: “Comentario a la Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Cb. suppl.*) de 11 de enero de 1990 (Orri c. Sociedad de lubricantes Elf Aquitaine)”, *JDI*, n.º 1 (1991), pp. 141-148.
- AUDIT, B.: *Droit international privé*, Paris, 1991.
- AYNÈS, L.: “Comentario a la Sentencia *Cour d'appel* de Paris (1 *Cb. suppl.*), de 29 de noviembre de 1991 (Société Distribution Chardonnnet c. Societé Fiat Auto France)”, *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 617-623.
- AYNÈS, L.: “Comentario a la Sentencia *Cour d'appel* de París (1 *Cb. suppl.*), de 26 de mayo de 1992 (Sociedad Guayapeche c. Abba Import Aktiebolag)”, *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1993), pp. 624-631.
- AYNÈS, L.: “Comentario a la Sentencia *Tribunal de commerce* de Bobigny de 29 de marzo de 1990 (Sociedad Sofremines c. Sociedad Samin)”, *Rev. de l'arb.*, n.º 1 (1992), pp. 68-73.
- BALLADORE PALLIERI, G.: “L'arbitrage privé dans les rapports internationaux”, *R. des Cours*, vol. 1 (1935), pp. 291-401.

-
- BARRES BENLLOCH, M. P.: “El aval bancario como garantía autónoma”, *La Ley*, n.º 3322 (1993-3), pp. 314-319.
- BARRIOS DE ANGELIS, D.: “Naturaleza jurídica del arbitraje privado internacional. Su proyección en la práctica”, *RCEA* (1984), pp. 53-66.
- BEDJAOU, M. y MEBROUKINE, A.: “Le nouveau droit de l’arbitrage international en Algérie”, *JDI*, n.º 4 (1993), pp. 873-912.
- BELLET, M.: “L’arbitrage et les tiers: le droit de l’arbitrage: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 548-550.
- BELLET, P.: “Le symposium international de Varsovie sur l’arbitrage international dans les litiges commerciaux multilateraux”, *Rev. de l’arb.* (1981), pp. 50-65.
- BERGER, K. P.: *International economic arbitration, Studies in transnational economic law*, Deventer, Boston, 1993.
- BERNARD, T.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation* (3 Ch. civ.) de 13 de mayo de 1981 (Groupement d’intérêt économique des commerçants indépendants de Lens c. Societé Sodilence Conforama, Kupczyk Societé Bureau d’Etude et de Gestion Societé Cora, Groupement d’interet économique des Commerçants indépendants lensois et Cora)”, *Rev. de l’arb.* (1983), pp. 110-111.
- BERNARDINI, P.: “L’arbitrage en Italie après la récente réforme”, *Rev. de l’arb.*, n.º 3 (1994), pp. 479-498.
- BERNARDINI, P.: *L’arbitrato internazionale*, Milán, 1994.
- BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1970.
- BOVIN, M.: “L’arbitrage et les tiers: le droit de l’arbitrage: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 526-529.
- BONELLI, F.: *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milán, 1991.
- BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho mercantil* (10 ed.), Madrid, 1994.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, “La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construídos (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981)”, *ADC* (1982), pp. 878-926.
- CALAMANDREI, P.: *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. 2, Buenos Aires, 1962.
- CALVO-CARAVACA, A. L., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “El arbitraje comercial internacional”, *Derecho mercantil internacional*, Madrid, 1995, pp. 703-788.

- CALVO-CARAVACA, A. L.: "Comentario al art. 17 CB", *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 343-371.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: "Interpretación de las cláusulas "a primera demanda" en los contratos mercantiles", *RDBB* (1994), pp. 393-424.
- CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- CARRASCO PERERA, A.: "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento", *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *parte general y garantías personales*, Madrid, 1996, pp. 625-687.
- CARRASCO PERERA, A.: "Garantías a primer requerimiento", *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, *parte general y garantías personales*, Madrid, 1996, pp. 687-763.
- CARRERAS DEL RINCÓN, J.: *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990.
- CASANOVAS MUSSONS, A.: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones* (decimosexta edición), Madrid, 1992.
- CERDÁ OLMEDO, M.: "El aval a primer requerimiento", *D. Neg.* (1990-1991), pp. 404-410.
- CERDÁ OLMEDO, M.: *Garantía independiente*, Granada, 1991.
- CHAMBREUIL, B.: "Arbitrage international et garanties bancaires", *Rev. de l'arb.* (1991), pp. 33-67.
- CHILLÓN MEDINA, J. M. y MERINO MERCHÁN, J. F.: *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1991.
- CLAVERO TERNERO, M. F.: *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995.
- COBO PLANA, J. J.: *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Pamplona, 1993.
- COBO PLANA, J. J.: "La responsabilidad solidaria de arquitectos, aparejadores y constructores como fundamento de la exclusión del litisconsorcio pasivo necesario en los procesos por vicios de la construcción del artículo 1591 del Código civil (crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)", *CDJ*, Madrid, 1994, pp. 439-449.

- COHEN, D.: “Comentario a la Sentencia *Cour d’appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*) de 11 de enero de 1990 (Orri c. Sociedad de lubricantes Elf Aquitaine)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1992), pp. 95-109.
- COHEN, D.: “Comentario a la Sentencia *Cour d’appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*) de 29 de noviembre de 1991 (Sociedad Distribution Chardonnet c. Sociedad Fiat Auto France)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), pp. 617-623.
- COLLINS, L.: “Provisional and protective measures in international litigation”, *R. des Cours*, t. III (1992), pp. 19-238.
- CONSEIL DE L’ EUROPE: *Rapport explicatif sur la Convention Européenne portant loi uniforme en matière d’arbitrage*, Strasbourg, 1967.
- CORDÓN MORENO, F.: “Aspectos procesales de la fianza”, *Constitución, Derecho y proceso, Estudios en memoria de los profesores V. Herce Quemada y A. Duque Barragués*, Zaragoza, 1983, pp. 363-383.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, 1995.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981.
- CRAIG, W. L., PARK, W. W. y PAULSSON, J.: “Ancillary proceedings before national courts”, *ICCA*, n.º 5, capítulo 27 (1990), pp. 421-438.
- CRAIG, W. L., PARK, W. W. y PAULSSON, J.: “Fact finding and interlocutory measures”, *ICCA*, n.º 5, capítulo 26 (1990), pp. 409-420.
- CRAIG, W. L., PARK, W. W. y PAULSSON, J.: “Lex mercatoria”, *ICCA*, n.º 6, capítulo 35 (1990), pp. 639-641.
- CRAIG, W. L., PARK, W. W. y PAULSSON, J.: “The validity of the arbitration agreement”, *ICCA*, n.º 3, capítulo 5 (1990), pp. 57-105.
- CREMADES, B. M.: *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1984.
- CREMADES, B. M.: *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Zaragoza, 1975.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: “La cesión de contrato”, *Estudios de Derecho de obligaciones*, Zaragoza, 1985, pp. 136-175.
- DE LEVAL, G.: “Le juge et l’arbitre. Les mesures provisoires”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1993), pp. 7-27.
- DE MIGUEL BERENGUER, J.: “La cláusula de arbitraje en las relaciones comerciales internacionales”, *R.J.Cat.* (1982), pp. 483-489.
- DELEBECQUE, PH.: “La transmission de la clause compromissoire (*à propos de l’arret de Cassation civile*, 6 novembre 1990)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1991), pp. 19-32.

- DELVOLVÉ, J. L.: “L’arbitrage et les tiers: les droit de l’arbitrage: les solutions contractuelles: la clause d’arbitrage multipartite”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 501-514.
- DERAINS, Y.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation* (1 *Ch. civ.*) de 7 de junio de 1989 (Société Anhydro c. Société Caso Pillet et autre)”, *Rev. de l’arb* (1992), pp. 61-66.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 1434 (1975)”, *JDI* (1976), pp. 978-989, y en *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, Madrid, 1985, pp. 145-156.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 1704 (1977)”, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985, pp. 197-200.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2138 (1974)”, *JDI* (1975), pp. 934-938.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2375 (1975)”, *JDI* (1976), pp. 973-978 y en *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, Madrid, 1985, pp. 139-144.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 2626 (1977)”, *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, Madrid, 1985, pp. 201-205.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 4131 (1982)”, *JDI* (1983), pp. 904-907 y en *Jurisprudencia arbitral de la CCI*, Madrid, 1985, pp. 358-365.
- DERAINS, Y.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 7154 (1993)”, *JDI*, n.º 4 (1994), pp. 1059-1064.
- DERAINS, Y.: *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985.
- DESSEMONTET, F.: *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1989.
- DÍAZ MORENO, A.: “Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, homenaje a Evelio Verdura Tuells*, t. I, Madrid, 1994, pp. 627-650.
- DÍAZ MORENO, A.: “Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías “a demanda””, *D. Neg.*, n.º 36 (1993), pp. 1-14
- DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993.

-
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “Las cartas de Patrocinio”, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 717-777.
- ECHENIQUE GORDILLO, R.: “Las garantías bancarias internacionales: algunas consideraciones”, *RDBB* (1982), pp. 147-163.
- EL-HAKIM, J.: “Litiges commerciaux multilatéraux dans le cadre des projets en Moyen-Orient”, *Rev. de l'arb.* (1981), pp. 86-97.
- FAWCETT, J. J.: “Multi-party litigation in private international law”, *ICLQ* (1995), pp. 744-770.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: “La responsabilidad civil por vicios de construcción”, *Publicaciones de la Universidad de Deusto*, Bilbao, 1976.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: “La responsabilidad en la construcción según la jurisprudencia civil”, *PJ*, n.º 7 (1989), pp. 275-297.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F.: *Derecho procesal práctico*, t. IV, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ, M. A y DE LA OLIVA, A.: *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1995.
- FILLION-DUFOULEUR, B y LEBOULANGER, PH: “Le nouveau droit égyptien de l'arbitrage”, *Rev. de l'arb.*, n.º 4 (1994), pp. 665-682.
- FONT SERRA, E.: “Comentario al art. 11 LA”, LORCA NAVARRETE, A. M., VALENCIA MIRÓN, A. J., FONT SERRA, E. e IRIARTE ANGEL, J. L.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (con formularios y Jurisprudencia)*, Madrid, 1991, pp. 118-124.
- FONT SERRA, E.: “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, *Justicia*, n.º 2 (1989), pp. 341-386.
- FOUCHARD, PH.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation* francesa (Sala comercial) de 22 de noviembre de 1977 (Bui Van Tuyen c. Sociedad Merrill Lynch Pierce Fenner y Smith Inc.)”, *Rev. de l'arb.* (1978), pp. 461-465.
- FOUCHARD, PH.: *L'arbitrage commercial international*, t. II, Paris, 1965.
- FRAGISTAS, CH. N.: “Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé”, *Rev. crit.* (1960), pp. 1-20.
- FRANCHI, G.: “La convenzione arbitrale secondo le convenzioni internazionali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, t. I (1985), pp. 328-350.
- FUNCK-BRENTANO, R.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 12 de diciembre de 1978 (Sociedad Omnium des transports par pipeline c. Sociedad Solvay et Cie et autres)”, *Rev. de l'arb.* (1980), pp. 489-492.

- GAILLARD, E.: “L’affaire Sofidif ou les difficultés de l’arbitrage multipartite (à propos de l’arrêt rendu par la Cour d’appel de Paris, le 19 décembre 1986)”, *Rev. de l’arb.* (1987), pp. 275-291.
- GAILLARD, M.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 20 de diciembre de 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sociedad Dalico Contractors)”, *JDI*, n.º 2 (1994), pp. 432-446.
- GAILLARD, M.: “L’arbitrage et les tiers: le droit de l’arbitrage: Les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 543-547.
- GARAU SOBRINO, F.: “Comentario al art. 6 CB”, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 166-191.
- GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 1528 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), t. XIX, Madrid, 1991, pp. 707-711.
- GARCÍA-AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964.
- GAUDEMET-TALLON, H.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 20 de diciembre de 1993 (Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Sociedad Dalico Contractors)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1994), pp. 116-125.
- GAUDEMET-TALLON, H.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. comm.*) de 30 de marzo de 1993 (Sociedad Comanav y otras c. Compañía Seine-y-Rhone Océanides Reunidas y otras)”, *Rev. crit.*, n.º 4 (1993), pp. 680-684.
- GOLDMAN, B.: “Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé”, *R. des Cours*, t. II (1963), pp. 351-483.
- GOLDMAN, B.: “Les problèmes spécifiques de l’arbitrage international”, *Rev. de l’arb.* (1980), pp. 323-340.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción (Estudio del art. 1591 del Código Civil y su problemática actual)*, Barcelona, 1994.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: *La responsabilidad en el uso de vehículos a motor: aspectos procesales*, Oviedo, 1992.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho procesal civil*, vol. 1, Madrid, 1979.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *ADI*, t. II (1975), pp. 3-42.

-
- GONZÁLEZ MONTES, J. L.: “La excepción de arbitraje”, *La Ley* (1990-1), pp. 1157-1161.
- GOUTAL, J. L.: “Comentario a la Sentencia *Cour d’appel* de Paris (1 *Ch. suppl.*) de 13 de noviembre de 1992 (Sociedad Casco Nobel France c. Sico Inc. y Kansa)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), pp. 632-644.
- GOUTAL, J. L.: “Comentario a la Sentencia Sentencia *Cour d’appel* de Paris (1 *Ch. A*) de 19 de mayo de 1993 (Sociedad Labinal c. Sociedades Mors y Westland Aerospace)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), pp. 645-663.
- GOUTAL, J. L.: “L’arbitrage et les tiers”, *Rev. de l’arb* (1988), pp. 446-447.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pp. 1781-1785.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1822 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), t. XXIII, Madrid, 1986, pp. 1-58.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1839 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), t. XXIII, Madrid, 1983, pp. 250-270.
- HASCHER, D.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation* (1 *Ch. civ.*), 19 novembre 1991 (Société TRH Graphics c. Société Offset Aubin)”, *Rev. de l’arb.* (1992), pp. 461-469.
- HASCHER, D.: “Comentario al laudo de la Corte de arbitraje de la CCI, asunto 6673 (1992)”, *JDI*, n.º 4 (1992), pp. 992-998.
- HERVÁS CUARTERO, E.: “Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior”, *RDBB* (1983), pp. 579-617.
- HEUZÉ, V.: “La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats: l’exemple de la sous-traitance internationale”, *Rev. crit.*, n.º 2 (1996), pp. 243-266.
- HOLTZMANN, H. M.: “Some reflections on the nature of arbitration”, *IJIL*, vol. 6, n.º 2 (1993), pp. 265-277.
- HORMANS, G.: “Actualité et évolution du droit belge de l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.* (1992), pp. 7-39.
- IDOT, L.: “Loi ivoirienne n.º 93-671 du 9 aout 1993 relative à l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1994), pp. 783-787.
- INFANTE PÉREZ, V.: “La difusión del uso privado de los avales bancarios solidarios y abstractos”, *D. Neg.* (1990-1991), pp. 250-256.

- JAKUBOWSKI, J.: “La experiencia polaca en el arbitraje comercial internacional con pluralidad de partes”, *BAEA*, octubre (1980), pp. 3-19.
- JAKUBOWSKI, J.: “L’arbitrage international dans les litiges commerciaux multilateraux: l’experience polonaise”, *Rev. de l’arb.* (1981), pp. 66-85.
- JAMIN, C y BILLIAU, M: *Traité de Droit civil, Les effets du contrat*, t. II, vol. 2, París, 1994.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. : *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994.
- KASSIS, A.: “L’arbitrage multipartite et les clauses de consolidation”, *DPCI*, n.º 2 (1988), pp. 221-237.
- KEUTGEN, G.: “Le Centre Belge pour l’étude et la pratique de l’arbitrage national et international. Une approche de l’arbitrage institutionnel en Belgique”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1991), pp. 314-335.
- KLEIN, F. E.: “Autonomie de la volonté et arbitrage”, *Rev. crit.* (1958), pp. 255-284.
- KLEIN, F. E.: “Du caractere autonome de la clause comepromissoire notamment en matiere d’arbitrage international (dissotiation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal), *Rev. crit.* (1961), pp. 499-522.
- KOHL, A.: “L’arbitrage en droit allemand”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1990), pp. 7-63.
- KOPELMANAS, L.: “La place de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l’évolution du droit international de l’arbitrage”, *Ann. fr. dr. int. pr.* (1961), pp. 331-354.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1, tercera edición, Barcelona, 1994.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2, tercera edición, Barcelona, 1995.
- LALIVE, P. A.: “Problèmes relatifs a l’arbitrage international commercial”, *R. des Cours* (1967-I), pp. 573-711.
- LALIVE, P. A.: “Problèmes spécifiques de l’arbitrage international”, *Rev. de l’arb.* (1980), pp. 341-372.
- LEBOULANGER Ph. y FILLION, B: “Le nouveau droit égyptien de l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1994), pp. 665-682.

- LECLERC, F.: “Les chaînes de contrats en droit international privé”, *JDI*, n.º 2 (1995), pp. 267-320.
- LÓPEZ-FRAGOSO, T.: *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Madrid, 1990.
- LOQUIN, E.: “Comentario a la Sentencia *Cour d’appel* de Versalles (Salas reunidas) de 7 de marzo de 1990 (OIAETI y Sofidif c. COGEMA, SERU, Eurodif y CEA)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 2 (1991), pp. 326-343.
- LORCA NAVARRETE, A. M. y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje español*, Madrid, 1994.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: “Comentario al art. 1 LA”, LORCA NAVARRETE, A. M., VALENCIA MIRÓN, A. J., FONT SERRA, E. e IRIARTE ANGEL, J. L.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (con formularios y Jurisprudencia)*, Madrid, 1991, pp. 21-44.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 1591 Cc”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), t. XX, vol. 2, Madrid, 1986, pp. 273-368.
- MANTILLA-SERRANO, F.: “La nouvelle législation colombienne sur l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 1 (1992), pp. 41-60.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: “El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, n.º 3 (1992), pp. 817-832.
- MAYER, P.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation* (1 *Ch. civ.*) de 25 de junio de 1991 (Compagnie tunisienne de navigation Cotunav c. Société Comptoir commercial André)”, *Rev. de l’arb.*, n.º 3 (1991), pp. 453-455.
- MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, Paris, 1979.
- MEZGER, E.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation* (*Ch. civ.* 2 *Sect.*), de 13 de mayo de 1966”, *Rev. crit.* (1967), pp. 355-362.
- MEZIOU, K y MEZGHANI, A.: “Le code tunisien de l’arbitrage”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), pp. 521-541.
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER., J. L. y MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional*, t. II, *proceso civil*, Barcelona, 1995.
- MONTERO AROCA, J.: *La intervención adhesiva simple (contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil)*, Barcelona, 1972.
- MONTERO AROCA, J.: *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, 1994.
- MOQUET, M.: L’arbitrage et les tiers: le droit de l’arbitrage: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 529-530.

- MOREAU, B.: "L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé", *Rev. de l'arb.* (1978), 323-340.
- NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Granada, 1988.
- NIBOYET-HOEGY, M. L.: "Comentario a la Sentencia *Cour de cassation* (1 *Ch. civ.*) de 9 de octubre de 1990 (Prince M. Bin Seoud Bib Abdul Aziz y otro c. Banque Rivaud y otros)", *Rev. de l'arb.* (1991), pp. 305-316.
- NORMAND, J.: "Comentario a la Sentencia *Cour d'appel* de Paris (*Ch. 4*), de 18 de marzo de 1968", *Rev. crit.* (1969), pp. 507-514.
- OPPETIT, B.: "Arbitrage, médiation et conciliation", *Rev. de l'arb.* (1984), pp. 307-324.
- OPPETIT, B.: "L'arbitrage et les tiers: le droit de l'arbitrage: les solutions juridictionnelles", *Rev. de l'arb.* (1988), p. 536.
- ORTÍ VALLEJO, A.: "La protección del comprador", Granada, 1987.
- OUAKRAT, M.: "L'arbitrage et les tiers: le droit de l'arbitrage: les solutions juridictionnelles", *Rev. de l'arb.* (1988), p. 546.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1526 Cc", *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1019-1025.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1528 Cc", *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1030-1031.
- PASQUAU LIAÑO, M.: *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.
- PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.
- PLUYETTE, M.: "L'arbitrage et les tiers: le droit de l'arbitrage: Les solutions juridictionnelles", *Rev. de l'arb.* (1988), pp. 530-536.
- POUDRET, J. F.: "L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse", *JDI*, n.º 4 (1995), pp. 893-915.
- PRIETO CASTRO, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, t. I, Pamplona, 1985.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *La sucesión procesal*, Barcelona, 1974.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: "Las cláusulas de arbitraje y su validez desde el punto de vista del Derecho español", *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987.

-
- REGLERO CAMPOS, F. L.: *El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991.
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A.: *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996.
- REYES LÓPEZ, M. J.: “Algunas consideraciones sobre los artículos 1838 y 1839 del Código civil”, *ADC* (1988), pp. 153-221.
- ROBERT, J.: *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, París, 1993.
- ROBERT, M.: “L'arbitrage et les tiers: le droit de l'arbitrage: les solutions juridiques”, *Rev. de l'arb.* (1988), pp. 547-548.
- RUBELLIN-DEVICHI, J.: “Comentario a la Sentencia *Cour de Cassation (Cb. comm.)* de 8 de noviembre de 1982 (Société Burmeister y Wain Engineering Cy Ltd c. Société Creusot-Loire y otros)”, *Rev. de l'arb.* (1983), pp. 177-180.
- RUBELLIN-DEVICHI, J.: “De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de defendeurs ou d'appel en garantie dans la jurisprudence recente”, *Rev. de l'arb.* (1981), pp. 29-49.
- RUBELLIN-DEVICHI, J.: “L'arbitrage et les tiers: le droit de l'arbitrage: les solutions juridiques”, *Rev. de l'arb.* (1988), pp. 515-525.
- SAGOT, J.: “Le régime chinois d'arbitrage pour le commerce international”, *Rev. de l'ab.*, n.º 1 (1993), pp. 63-90.
- SALANS, M.: “L'arbitrage et les tiers: le droit de l'arbitrage: Les solutions juridiques”, *Rev. de l'arb.* (1988), pp. 541-543.
- SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 1591 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1189-1196.
- SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 1596 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1206-1207.
- SAMUEL, A.: *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Zürich, 1989.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y otros: *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)*, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Ley de contrato de seguro”, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* (dir. por M. MOTOS y M. ALBALADEJO), t. XXIV, vol. 2., pp. 619-676.

- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud”, *RDBB*, n.º 50 (1993), pp. 543-561.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Las cartas de patrocinio”, *Derecho del mercado financiero* (dirigido por A. ALONSO UREBA y J. MARTÍNEZ SIMANCAS), t. II, vol. 2, Madrid, 1994, pp. 217-236.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio (Comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)”, *RDBB* (1985), pp. 871-896.
- SANCHO REBULLIDA, F. A.: “Comentario al art. 1209 Cc”, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 310-312.
- SANCHO REBULLIDA, F. A.: “Comentario al art. 1212 Cc”, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 316-318.
- SANDERS, P.: “Trends in international commercial arbitration”, *R. des Cours*, vol. II (1975), pp. 207-296.
- SANTOS BELANDRO, R.: *Arbitraje comercial internacional*, Montevideo, 1988.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “Llamada en garantía”, *NEJ*, t. XV, Barcelona, 1974, pp. 734-753.
- SFEIR-SLIM, M.: “Le nouveau droit libanais de l’arbitrage a dix ans”, *Rev. de l’arb.*, n.º 4 (1993), pp. 543-597.
- SINAY-CYTERMANN, A.: “Comentario a la Sentencia *Cour de cassation* (*Ch. comm.*) de 18 de octubre de 1994 (Sociedad SBCN c. MB Marine S p. a. y otras. Compañía Winterthur Milán c. soc. Grupo Saltiel y otras)”, *Rev. crit.*, n.º 4 (1995), pp. 721-731.
- STOUFFLET, J.: “La garantie bancaire à première demande”, *JDI*, n.º 2 (1987), pp. 265-287.
- SUAREZ GONZÁLEZ, C.: *Las declaraciones de patrocinio, Estudio sobre las denominadas “cartas de confort”*, Madrid, 1994.
- TEYSSIE, B.: *Les groupes de contrats*, Paris, 1975.
- TORRALBA SORIANO, V.: “Comentario al art. 1481 Cc”, *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 947-949.

- URÍA, R.: *Derecho mercantil* (23 ed.), Madrid, 1996.
- VALENCIA MIRÓN, A. J.: “La sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje”, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje, Estudios vascos de Derecho procesal*, San Sebastián, 1989, pp. 33-45.
- VALENZUELA GARACH, F.: “El contrato de fianza mercantil”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996, pp. 426-465.
- VAN DEN BERG, A. J.: “L’arbitrage et les tiers: le droit de l’arbitrage: les solutions juridictionnelles”, *Rev. de l’arb.* (1988), pp. 536-541.
- VAN DEN BERG, A. J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981.
- VAN HOUTTE, H.: “Le juge et l’arbitre. Le role du juge pendant la procédure arbitrale”, *Rev. dr. int. dr. comp.* (1993), pp. 28-46.
- VIAATTE, J.: “Comentario a la Sentencia *Cour d’appel* de Aix-En-Provence (2 Ch.) de 27 de enero de 1978 (Compañía Fruitière SA y Sociedad Cooperativa de las Cultivos Vivrières du Bamoun c. SA Georges Daras, Sociedad Lesieur Cotelle y Asociadas y Sociedad Navale Chargeurs Delmas Vieljeux)”, *Rev. de l’arb.* (1978), pp. 527-537.
- VICENT CHULIA, F.: “Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Madrid, 1996, pp. 371-420.
- ZIVY, I.: “La nouvelle loi sur l’arbitrage au Mexique”, *Rev. de l’arb.*, n.º 2 (1994), pp. 295-319.
- ZURITA MARTÍN, I.: “La responsabilidad del contratista por sus auxiliares: estudio jurisprudencial del artículo 1596 del Código Civil en relación con la responsabilidad decenal”, *RGD*, abril (1995), pp. 3163-3180.

Colección Jurídica



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA