

Por último, señalar que la LA, en sintonía con el principio de autonomía de voluntad que rige el arbitraje, permite a las partes acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros, disponiendo un sencillo procedimiento en su defecto (art. 18 LA).

6. Para terminar, una sucinta referencia al argumento utilizado subsidiariamente por la AP para desestimar la acción anulación: la teoría de la inadmisibilidad de venir contra los actos propios. No vamos a explicar esta teoría, los requisitos concretos que exige y sus consecuencias, porque lo hace brillantemente, echando mano de abundante jurisprudencia, la magistrada ponente. Nos remitimos, al efecto, a la sentencia comentada. Únicamente queremos remarcar que, efectivamente, D. Jorge aceptó el nombramiento de los árbitros, conociendo su labor de asesoramiento al grupo de empresas, y que, incluso, aceptó la deuda pendiente con D. Vicente, recogiendo así en acta notarial. Ello, como apunta la sentencia que nos ocupa, citando la STS 20 de marzo de 1990, “veta el ejercicio de toda acción de nulación del laudo incompatible con la conducta previa de quien la insta y con la situación subjetiva que denuncia”.

Transporte internacional de mercancías por carretera y sumisión a arbitraje: problemas en la aplicación del art. 33 CMR*

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoctava) nº 184/2010, de 10 de diciembre de 2010¹

Achim PUETZ

Profesor de Derecho mercantil
Universitat Jaume I de Castellón

1. El art. 33 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)² admite de forma expresa que las controversias que puedan surgir en el desarrollo de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera puedan someterse a arbitraje. A

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación coordinado “Manifestaciones de la autonomía de la voluntad en la articulación de un transporte más eficiente: formularios, receptáculos, intermodalidad” (Ref. DER2009-14735-C02-01), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Vid. *infra*, pp. 902-904. JUR 2011, 62952.

² Hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1965 (BOE, 7-V-74; corrección de errores en el BOE, 15-VI-95), modificado por Protocolo de 5 de junio de 1978 (BOE, 18-X-1992).

tal efecto, dispone que “[e]l contrato de transporte puede contener una cláusula atribuyendo competencia a un Tribunal arbitral, a condición de que esta cláusula prevea que dicho Tribunal arbitral aplicará el presente Convenio”. Ahora bien, el tenor en exceso parco del precepto citado ha dado lugar a interpretaciones no siempre convergentes en la doctrina y jurisprudencia, sobre todo en lo que se refiere a la validez formal de la cláusula de sumisión a arbitraje, pero también respecto de los efectos que produce. Partiendo del AAP Madrid (Sección 28ª) nº 184/2010, de 10 de diciembre, tratará de analizarse a lo largo de las páginas que siguen algunos de los aspectos más controvertidos relacionados con la aplicación del art. 33 CMR en la práctica.

2. El Auto aquí reseñado trae causa de una demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid por la aseguradora de ciertas mercancías transportadas por carretera desde Milán (Italia) hasta Madrid (España)³ contra el comisionista de transportes y el porteador⁴. Este último, antes de contestar a la demanda, formuló declinatoria por falta de jurisdicción (art. 63.1º LEC) al entender que el litigio debía ventilarse por vía arbitral, dada la inclusión en la carta de porte de una cláusula del siguiente tenor: “Las partes intervinientes con renuncia expresa a cualquier otro fuero, se someten a la competencia de la Junta Arbitral de Transportes de Alicante para la resolución de las controversias a que pueda dar lugar el presente contrato de transporte”. El Juez de lo Mercantil entendió que había lugar a la declinatoria planteada y se inhibió a favor de la Junta Arbitral mediante auto que fue recurrido en apelación por la aseguradora demandante, *inter alia*, por entender que la cláusula de arbitraje no le era oponible por no cumplir los requisitos establecidos en el art. 33 CMR. También se alegó, al parecer, la falta de vinculación de alguna de las partes en litigio a dicha cláusula de arbitraje, cuestión que pudo dejar abierta el Tribunal de apelación al acoger el primero de los motivos invocados.

Concretamente, la Audiencia subraya que no puede llegar a aplicarse al supuesto de autos el Derecho nacional en materia de transporte terrestre de mercancías y el modo en ella previsto de resolver las eventuales controversias, pues al tratarse de un transporte internacional ha de acudir necesariamente en primer lugar al Derecho uniforme, por tanto, el CMR. Y éste lo

³ Aunque no consta expresamente en el relato de hechos, la legitimación activa de la actora deriva, sin duda, de la subrogación *ope legis* en la posición jurídica del asegurado, ordenada por el art. 43 Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (LCS).

⁴ También aquí, los datos consignados en el Auto objeto de comentario son insuficientes para determinar con exactitud la relación contractual que subyace al litigio, pero todo indica que se trata de una relación triangular en la que el cargador se dirige a una agencia de transportes o un transitario en calidad de intermediario del transporte (arts. 119 ss Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, LOTT) quien, a su vez, subcontrata el desplazamiento efectivo de las mercancías con un empresario transportista. El comisionista –tratándose de un litigio basado en una relación jurídica formalizada con anterioridad a la aprobación de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (LCTTM), resulta de aplicación el hoy derogado art. 379 Ccom, referido al llamado “comisionista de transportes”– ocuparía, entonces, la posición del porteador contractual, mientras que el empresario transportista tendría la consideración de un porteador efectivo.

que exige es que la cláusula de sumisión a arbitraje “prevea que dicho Tribunal arbitral aplicará el presente Convenio”.

3. Queda patente, pues, que la Audiencia basa su decisión exclusivamente en el tenor (a su juicio insuficiente por no satisfacer las exigencias formales *intrínsecas* fijadas con carácter imperativo en el art. 33 CMR) de la cláusula de sumisión a arbitraje. Resulta obligado, sin embargo, comenzar el análisis con una cuestión previa, esto es, los requisitos formales *extrínsecos* que debe cumplir el convenio arbitral para llegar a nacer válidamente. En este sentido, conviene no perder de vista que —aun a pesar de la necesidad de que el convenio arbitral se incluya en *el contrato de transporte* (art. 33 a.i. CMR)⁵— el pacto de sumisión conserva su autonomía en cuanto relación jurídica distinta del contrato de transporte y no puede aplicársele sin más las normas del Convenio sobre la validez formal de este último contrato⁶. Dado el carácter incompleto del art. 33 CMR, la validez formal extrínseca de la cláusula deberá determinarse, más bien, con recurso al Derecho nacional o convencional que resulte de aplicación *al convenio arbitral*⁷.

⁵ Parece referirse, por tanto, únicamente a las cláusulas compromisorias insertas en el mismo contrato de transporte, pero sin que ello obste a que el convenio figure en una adenda o en un anexo al mismo. Vid. R. Loewe, *Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)*, United Nations (ece/trans/14), Ginebra 1975, ap. 269 (p. 70).

⁶ Cf. Piloñeta Alonso, L.M., “Arbitraje de transportes y Convención CMR”, en F. Martínez Sanz (coord.), *Problemas en la aplicación del CMR*, Madrid, Fundación Francisco Corell, 2002, pp. 85–123, pp. 90 ss; A.L. Calvo Caravaca y C. Llorente Gómez de Segura, “El arbitraje de transporte”, en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 823–887, p. 869; K.U. Bahnsen, “Art. 33 CMR”, en C.Th. Ebenroth *et al.* (dirs.), *Handelsgesetzbuch*, vol. 2, 2ª ed., Munich, C.H. Beck/Vahlen, 2009, número marginal (nm) 1, nt. 1 (p. 1151). Con carácter general sobre la autonomía del convenio arbitral, L. Martínez Vázquez de Castro, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, pp. 131 ss; Verdura Server, R., *El convenio arbitral*, Cizur Menor, Civitas, 2009, pp. 167 ss. Para F.J. Sánchez-Gamborino, *El contrato de transporte internacional. CMR*, Madrid, Tecnos, 1996, ap. 1386 (p. 307), la forma escrita se impone por la necesidad de que la cláusula prevea la aplicación del CMR al fondo de la controversia. De forma parecida, a juicio de A. Messent y D.A. Glass, D.A., *Hill & Messent CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, 2ª ed., Londres, LLP, 1995, p. 257, la necesidad de observar la forma escrita deriva del propio Convenio, por entender que la expresión “cláusula atribuyendo competencia” no se compece bien con un acuerdo oral.

⁷ Vid. R. Loewe, *Commentary...*, *op. cit.*, aps. 241 y 273 (pp. 64, 71); J. Basedow, “Art. 33 CMR”, en *id.* (dir.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, vol. 7, Munich, C.H. Beck/Vahlen, 1997, nm 2 (p. 1240). De ahí que no sea posible, a nuestro juicio, invocar el art. 4 CMR, que declara la validez del contrato de transporte aun en ausencia de carta de porte, para concluir que el convenio arbitral no debe revestir ninguna forma específica. Así, sin embargo, K. Demuth, “Art. 33”, en K.–H. Thume (dir.), *Kommentar zur CMR*, 2ª ed., Francfort del Meno, Verlag Recht und Wirtschaft, 2007, nm 1 (p. 872), para quien el carácter consensual del contrato de transporte trasciende al pacto de sumisión a arbitraje en cuanto parte inseparable de aquél, siendo válido incluso cuando se celebre de forma oral. Vid. también, H. Jesser–Huss, “Art. 33 CMR”, en K. Schmidt (dir.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, vol. 7, 2ª ed., Munich, C.H. Beck/Vahlen, 2009, nm 3 (p. 1197), a cuyo juicio el art. 33 CMR no presenta en este punto laguna alguna que deba colmarse con recurso al Derecho interno. Con idéntico resultado, I. Koller, *Transportrecht*, 7ª ed., Munich, C.H. Beck, 2010, Art.

Así es que, cuando se trate de un arbitraje internacional, la idoneidad del convenio arbitral para fundamentar la declinatoria por falta de jurisdicción del órgano judicial invocado por la contraparte puede quedar condicionada a la observancia de la forma escrita –ya sea mediante inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato de transporte cuando éste conste por escrito, ya sea por pactarse el arbitraje en un anexo o una adenda al mismo, plasmado en un intercambio de comunicaciones escritas–, pues así lo exige el art. II Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958⁸. No obstante, siempre y cuando se quiera extender la aplicación de la “regla más favorable” del art. VII.1^o, no sólo del laudo ya dictado, sino del propio convenio arbitral, habría de admitirse su validez cuando cumpla, en cuanto a su forma, con las normas del Estado en que se haga valer, siempre que éstas sean más favorables a la validez de aquél que las del propio Convenio.⁹ Por su parte, el art. I.2^o lit. a Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, complementa el art. II CNY en el sentido de admitir la validez del pacto de sumisión que se celebre mediante canje de cartas, telegramas, por fax o, incluso, de forma oral¹⁰.

Ahora bien, cuando el lugar del arbitraje radique en territorio español, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), distingue, en aras de comprobar la validez del convenio arbitral, entre arbitrajes internos e inter-

33 CMR, nm 1 (p. 1267); K.–H. Thume, “Art. 33 CMR”, en F. Fremuth y K.–H. Thume (dirs.), *Kommentar zum Transportrecht*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2000, nm 1 (p. 817).

⁸ A pesar de su título, el convenio no se refiere únicamente al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el extranjero, sino que disciplina, asimismo, la validez del convenio arbitral como fundamento de la competencia de los árbitros (así, M. Virgós Soriano, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, 14–2006, p. 15). Para quienes entienden que la validez formal del convenio arbitral sigue las reglas propias del CMR sobre la forma del contrato de transporte, la necesidad de que aquél figure por escrito vendría determinada indirectamente por los problemas que plantea el reconocimiento y la ejecución de un laudo dictado en el extranjero en virtud de un pacto oral. Así, K. Demuth, “Art. 33”, cit., nm 1 (p. 872); H. Jesser–Huss, “Art. 33 CMR”, cit., nm 3 (p. 1197). Con todo, téngase presente que la propia uncialtral recomienda, en una decisión adoptada el 7 de julio de 2006 [*Documentos oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones*, suplemento n^o 17 (A/61/17), anexo II], que el citado art. II.2^o de la Convención sea interpretado en el sentido de que se reconozca que las circunstancias descritas en la norma no son exhaustivas. Es por ello por lo que la declinatoria podría –eso sí, cuando así lo considere el Juez que conozca de ella– acogerse incluso cuando para la celebración del convenio arbitral se empleen medios funcionalmente análogos, señaladamente, el fax o el correo electrónico.

⁹ Parece que sea ésta la opinión mayoritaria en la doctrina (*vid.* M. Virgós Soriano, “El convenio arbitral...”, *loc. cit.*, p. 16) y se corresponde, asimismo, con el acuerdo de la Asamblea General de la Uncitral citado en la nota anterior, donde se recomienda que el art. VII.1^o se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

¹⁰ En este sentido, considera válido, “en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

nacionales. Para los arbitrajes internacionales¹¹, el art. 9.6º LA prevé una norma claramente favorable a la validez del pacto de sumisión, declarando que “el convenio arbitral será válido [...] si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español”. A la vista de que resulta sumamente infrecuente la designación, en el contrato de transporte, de una normativa específica aplicable al convenio arbitral, la validez de la cláusula habrá de enjuiciarse con recurso, bien a la Ley rectora del fondo de la controversia¹², bien al Derecho español. Y éste declara válido el acuerdo que conste por escrito, pero también el que se haya celebrado mediante intercambio de comunicaciones escritas (incluso telemáticas) (art. 9.3º LA) o cuando figure en otro documento al que se hayan remitido las partes (art. 9.4º LA).

En fin, el convenio arbitral puede hallarse inserto, asimismo, en una cláusula predispuesta por una de las partes a la que se hubiera adherido la otra, en cuyo caso deberá estarse, para determinar su validez, a “las normas aplicables a ese tipo de contrato” (art. 9.2º LA). No puede analizarse aquí con detenimiento la cuestión, por tratarse de una problemática común a todas las cláusulas de sumisión a arbitraje insertas en condiciones generales de la contratación, pero sí conviene subrayar que, también en el ámbito que aquí nos interesa, el adherente puede tener la condición, ya sea de empresario o profesional, ya sea de consumidor o usuario. En el primero de los casos, la inclusión de la cláusula compromisoria en un contrato de adhesión no determina *per se* la invalidez de la misma, pero habrá de respetarse los requisitos formales para su incorporación al contrato de transporte en cuestión¹³, de un lado, y el contenido de tal cláusula debe resistir el control que a tal efecto establezca la Ley aplicable¹⁴, de otro. En caso de que no se cumplan los re-

¹¹ Dado el amplio elenco de supuestos en que el arbitraje será de carácter internacional (art. 3.1º LA), no parece que aquél pueda tener la consideración de interno cuando se trate de controversias surgidas de un contrato de transporte sujeto al CMR, ya sea porque las partes en el convenio arbitral tienen sus domicilios en Estados diferentes (*lit. a*), ya sea porque el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones asumidas (aquí, la toma en carga de la mercancía o su entrega al destinatario) se encuentra en un Estado distinto del domicilio de las partes (*lit. b*) o, en fin, porque la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta a intereses del comercio internacional (*lit. c*).

¹² Ya se ha visto que, de acuerdo con la opinión aquí patrocinada, no puede extraerse del CMR ninguna regla en materia de validez formal del convenio arbitral. Por tanto, la legislación aplicable al fondo a que se refiere el art. 9.6º LA será la que derive de la aplicación del art. 5 Reglamento nº 593/2008 (Roma I).

¹³ Y, para ello, ha de estarse nuevamente a lo que disponga la normativa aplicable al convenio arbitral. Pero ello no obsta para entender que el convenio arbitral es plenamente válido cuando el consentimiento de las partes se refiere a la inclusión de las condiciones generales en su conjunto (siempre y cuando se haya advertido al adherente de contratar con condiciones generales y éste haya tenido una posibilidad real de conocer su contenido), sin que sea preciso un acuerdo específico sobre la incorporación del convenio arbitral. Es éste el supuesto de hecho contemplado en los AATS 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 760) y 31 de mayo de 2005 (JUR 2005, 167348).

¹⁴ Si esta fuera la española, y a pesar de que el control de cláusulas abusivas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación se extiende únicamente a los contratos celebrados con consumidores (art. 8.2º LCGC), la nulidad podría basarse todavía en los arts. 1.255, 1.257 y 1.258 Cc

quisitos para la incorporación de la cláusula al contrato de transporte en cuestión, podría aún constituir una oferta de sumisión a arbitraje que podrá ser aceptada por el adherente en cualquier momento posterior (*v.gr.*, mediante la presentación de una reclamación arbitral), sin que la contraparte pueda alegar la inexistencia de convenio arbitral¹⁵.

Mayor especificidad reviste, en el ámbito que aquí nos interesa, la contratación con condiciones generales cuando la contraparte tenga la consideración de consumidor o usuario. Sabido es que, en este caso, el art. 57.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) declara válidos, únicamente, los compromisos arbitrales alcanzados una vez surgida la controversia, salvo que se trate de la sumisión al sistema de arbitraje de consumo o a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o supuesto específico, siendo nulo cualesquiera otro convenio arbitral. En este mismo sentido, el art. 90.1º TRLGDCU declara abusivas las cláusulas compromisorias insertas en condiciones generales de la contratación, salvo que remitan a una de las instituciones citadas en el art. 57.4º del Texto Refundido¹⁶. Ahora bien, a la vista de que los arts. 37 y 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y 6 ss del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT)¹⁷ prevén un sistema arbitral específico a través de las llamadas Juntas Arbitrales del Transporte, las cláusulas compromisorias –tanto si se han negociado individualmente como cuando se insertan en condiciones generales– que sometan la solución

[así, R. Bercovitx Rodríguez-Cano, en *id.* (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 268]. La cláusula compromisoria será nula, entonces, cuando a) venga impuesta por una de las partes que actúe desde una posición de privilegio; b) la otra no haya manifestado expresamente su voluntad de sumisión a arbitraje; c) la cláusula sea contraria a las exigencias de la buena fe; y d) la sumisión a arbitraje genere una situación de desigualdad a la parte adherente y que en su desarrollo se le cause indefensión. *Vid.* V. Pérez Daudí, “La nulidad del convenio arbitral incluido en los contratos de adhesión”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, 4, pp. 1045–1074, p. 1049. Así, la cláusula podría considerarse nula cuando la imparcialidad de los árbitros no se halla garantizada por apreciarse una especial vinculación entre éstos y una de las partes [cf. el citado ATS 31 de mayo de 2005, así como la SAP Barcelona nº 138/2008, de 23 de abril (AC 2008, 1107), aunque finalmente despachan la ejecución por no probarse suficientemente el riesgo de falta de imparcialidad].

¹⁵ Así, L.M. Piloñeta Alonso, “Arbitraje de transportes...”, *loc. cit.*, p. 95.

¹⁶ El carácter abusivo de tales cláusulas puede ser apreciado de oficio por el Juez (cf. STJCE 27 de junio de 2000, asuntos C-240/98 a C-244/98: *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, aps. 26 ss., si bien respecto de una cláusula de sumisión a un Tribunal jurisdiccional concreto), incluso en el momento de decidir sobre el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral ya firme, y ello porque la protección conferida a los consumidores en el art. 6 Directiva 93/13 (y en las normas de transposición del precepto a los ordenamientos internos) tienen la consideración de normas de orden público [*vid.* la STJCE 6 de octubre de 2009, as. C-40/08, *Asturcom*, aps. 51 ss., así como el AAP Barcelona nº 109/2010, de 23 de junio (JUR 2010, 377386); *contra*, AAP Madrid nº 68/2010, de 5 de marzo (JUR 2010, 234740)].

¹⁷ Aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre.

del litigio al arbitraje institucional de estos órganos han de considerarse válidos incluso en contratos celebrados con consumidores y usuarios¹⁸.

De todo cuanto antecede se desprende con facilidad que, en aras de evitar los problemas asociados a la falta de cumplimiento de las exigencias formales consignadas en la Ley rectora del convenio arbitral, las partes deberían plasmar por escrito su consentimiento acerca de la sumisión a arbitraje de las controversias futuras. El lugar natural para ello es, en los contratos de transporte tanto nacional como internacional, la carta de porte. En este sentido, no debe ofrecer dudas acerca de su validez formal la cláusula compromisoria incluida en una carta de porte firmada tanto por el cargador como por el transportista¹⁹, y ello porque “[l]a carta de porte da fe, salvo prueba en contrario, de las condiciones del contrato” (art. 9.1º CMR). El carácter como medio privilegiado de prueba de dicho documento se extiende, por tanto, no sólo a la existencia del contrato de transporte, sino también a su contenido, incluida una eventual cláusula de sumisión. En caso de que ésta se hallase preimpresa en la carta de porte sin que su contenido se hubiera negociado previamente, se estaría ante una oferta de sumisión y la firma del documento por la contraparte supondrá normalmente su aceptación, sin perjuicio de la aplicación de los criterios antes mencionados en sede de contratos de transporte con consumidores y usuarios y, en general, de cláusulas predispuestas en contratos de adhesión. Si sólo se hubiera estampado la firma de una de las partes en el documento, habrá de distinguirse en función de quién la hubiera suscrito. Si es el redactor material del documento, se estaría igualmente ante una oferta de sumisión que podrá aceptarse, incluso después de producido el hecho que diera lugar a la controversia, por la contraparte (*v.gr.*, mediante la

¹⁸ Menos nítida se presenta la situación cuando, en ausencia de convenio arbitral expreso, se quiere hacer valer la sumisión presunta a la competencia de las Juntas Arbitrales del Transporte prevista en el art. 38.1º LOTT para controversias cuya cuantía no exceda de 6.000 euros. De hecho, son muchos los laudos dictados en ausencia de convenio arbitral en los que las Juntas basan su competencia en el art. 38 LOTT, incluso en aquellos casos en que el reclamado excepcione la falta de competencia por no cumplirse los requisitos del art. 33 CMR [los datos corresponden a un estudio inédito, con cita de muchos laudos, de F. Sánchez-Gamborino –a quien queremos agradecer el permitirnos la consulta del mismo–, a cuyo juicio el art. 38 LOTT resulta plenamente aplicable al transporte internacional, *inter alia*, porque se trata de una norma procesal, de observancia obligada en actuaciones sustanciadas en territorio español (art. 8.1º Cc); con idéntico resultado, J.G. Helm, *Frachtrecht II – CMR*, 2ª ed., Berlín, de Gruyter, 2002, Art. 33 CMR, nm 2 (p. 609)]. También la jurisprudencia de las Audiencias se muestra, en ocasiones, favorable a la admisión de la sumisión presunta de las Juntas en litigios surgidos de contratos sometidos al CMR. Así, SSAP Asturias nº 564/2000, 18 de octubre (JUR 2000, 311840) y nº 178/2001, 9 de abril (JUR 2001, 158022); Salamanca nº 284/2003, 9 de julio (JUR 2003, 234758); Guipúzcoa nº 2264/2009, 29 de julio (JUR 2009, 499021). *Contra*, exigiendo un convenio arbitral expreso, SSAP Sevilla nº 816/2000, 4 de octubre (JUR 2001, 58338); y A Coruña nº 425/2001, 16 de noviembre (AC 2002, 300). Parecido, L.M. Piloñeta Alonso, “Arbitraje de transportes...”, *loc. cit.*, p. 119, para quien, además, la ausencia de convenio expreso supone un obstáculo prácticamente insalvable para el reconocimiento y la ejecución del laudo en el extranjero.

¹⁹ A tal efecto, se ha considerado suficiente que, como viene a ser habitual en la práctica, la carta de porte sea suscrita por el conductor del camión que recibe la mercancía en nombre del porteador. Así, SAP Alicante nº 587/2004, de 26 de octubre (AC 2004, 2112).

presentación de una solicitud de arbitraje). Si fuera la otra parte, su firma conlleva –con las precisiones antes expuestas– la aceptación de la oferta.

4. En cuanto a la validez formal *intrínseca* del convenio, ya se ha visto que el art. 33 CMR exige inequívocamente que la cláusula prevea que el tribunal arbitral²⁰ debe aplicar, al dirimir la controversia, el CMR²¹. Ésta es, por lo demás, la única cuestión resuelta por la Audiencia en el Auto objeto de comentario donde, como ha quedado apuntado *supra sub 2*, la cláusula compromisoria es declarada inválida por faltarle la referencia expresa a la necesidad de que la Junta Arbitral aplique las reglas previstas en el Convenio al fondo del asunto. La razón para ello ha de buscarse en el deseo de preservar la composición de intereses efectuada en el CMR frente a los intentos de sustraer la solución del litigio a las normas –imperativas– del Convenio mediante un arbitraje de equidad, en aras de la seguridad del tráfico y de la defensa de la buena fe contractual²². En particular, se trataría de conservar la limitación de la responsabilidad del transportista (sobre todo en lo que se refiere a los límites cuantitativos del monto indemnizatorio) que podría verse inaplicada si el arbitraje lo fuera de equidad²³.

Por esta mismo razón, es comúnmente aceptada la idea de que no es suficiente que la cláusula compromisoria prevea la aplicación al fondo de un Derecho nacional del que forme parte la CMR (en España, *ex art. 96.1º CE*)²⁴, ya que no puede garantizarse, por un lado, que el Convenio se conciba en todos los países como normativa de aplicación obligatoria con independencia de la voluntad de las partes²⁵ y, por otro, que los árbitros, las partes y los Tribunales sepan apreciar la referencia indirecta a la aplicación obligatoria del CMR²⁶. La necesidad de que la referencia sea expresa deriva, además,

²⁰ A pesar de que el art. 33 CMR habla, también en las dos únicas versiones fehacientes (el inglés y el francés), de un “tribunal arbitral”, no debe entenderse en el sentido de que se excluye la posibilidad de designar un único árbitro. *Vid.* A.L. Calvo Caravaca y C. Llorente Gómez de Segura, “El arbitraje de transporte”, *loc. cit.*, p. 869; A. Pesce, *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada*, Pádua, Decam, 1984, p. 350; F.J. Sánchez-Gamborino, *El contrato...*, *op. cit.*, ap. 1391 (p. 308).

²¹ El hecho de que, con ello, se esté añadiendo una condición adicional a los requisitos de forma del art. II del Convenio de Nueva York no parece que deba plantear dudas respecto de su aplicación imperativa (arg. *ex art. VII.1º* del Convenio). Con idéntico resultado, A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 257–383, p. 349.

²² L.M. Piloñeta Alonso, “Arbitraje de transportes...”, *loc. cit.*, p. 110.

²³ *Vid.* B. Hanotiau, “L’arbitrabilité”, *Recueil des Cours*, t. 296, 2002, pp. 25–253, p. 243.

²⁴ I. Koller, *Transportrecht*, *op. cit.*, Art. 33 CMR, nm 1 (p. 1268); P. de Meij, *Samenloop van CMR–Verdrag en EEX–Verordening*, Kluwer, Deventer 2003, p. 190; K.F. Haak, *The Liability of the Carrier under the CMR*, La Haya, Stichting Vervoeradres, 1986, pp. 284 ss; A. Messent y D.A. Glass, *Hill & Messent CMR*, *op. cit.*, p. 257; F.J. Sánchez-Gamborino, *El contrato...*, *op. cit.*, ap. 1393 (p. 308); L.M. Piloñeta Alonso, “Arbitraje de transportes...”, *loc. cit.*, p. 111. En la jurisprudencia comparada, *vid.* la sentencia de la *Queen’s Bench Division* de 1 de diciembre de 1981 (*Bofors–UVA vs. Skandia Transport*). *Contra*, J. Basedow, “Art. 33 CMR”, *loc. cit.*, nm 1 (p. 1240).

²⁵ *Vid.* K. Demuth, “Art. 33”, *loc. cit.*, nm 3 (p. 873); H. Jesser–Huss, “Art. 33 CMR”, *loc. cit.*, nm 2 (p. 1197).

²⁶ J.G. Helm, *Frachtrecht II*, *op. cit.*, Art. 33 CMR, nm 5 (p. 610).

del hecho de que el laudo dictado sin tener en cuenta el CMR cuando debía hacerlo (*v.gr.*, por formar parte del ordenamiento interno correspondiente) no puede, en muchos países, declararse nulo, pero sí aquel que se dicten en contravención del deseo manifestado expresamente por las partes²⁷.

De forma parecida, se ha entendido que no es suficiente con que las condiciones generales aplicables al contrato de transporte prevean, en una cláusula distinta a la de sumisión a arbitraje, la aplicación de los preceptos contenidos en el CMR “en la medida en que no existan cláusulas contractuales en sentido diverso”, puesto que no quedaría garantizada la aplicación, por parte del tribunal arbitral designado, del Convenio al fondo de la controversia²⁸. Pero incluso de no existir el inciso que hacía prevalecer los pactos alcanzados por las partes sobre las normas del CMR, tal modo de proceder no satisfaría, a nuestro juicio, las exigencias formales específicas del art. 33 CMR, pues éste exige que sea la propia cláusula compromisoria la que obligue a los árbitros a aplicar el CMR (“a condición de que *esta cláusula* prevea” [la cursiva es nuestra]), como así lo señala la AP de Madrid en el auto aquí reseñado.

Con todo y con ello, la cláusula que más litigiosidad internacional ha generado en este punto es la contenida en el art. 23.7^o de las *Dutch Forwarding Conditions – General Conditions of the FENEX* de la *Netherlands Association for Forwarding and Logistics* (FENEX), de 1 de julio de 2004²⁹. Respecto del tenor de la versión anterior de la cláusula³⁰, la *Court of Appeal* inglesa dictaminó, si bien en *obiter dictum*, que la expresión “including the provisions of international transport treaties” sólo puede referirse al CMR, por lo que debe entenderse satisfecho el requisito de forma exigido por el art. 33 del Convenio³¹. En cambio, el *Oberlandesgericht Hamm*, en Alemania,

²⁷ Vid. M.A. Clarke, *International Carriage of Goods by Road: CMR*, 4^a ed., Londres, LLP, 2003, ap. 47 (p. 148).

²⁸ Así, la sentencia del *Obersten Gerichtshofs* austriaco, de 20 de marzo de 2007 (10Ob20/07z). Vid. H. Jesser-Huss, “Aktuelle transportrechtliche Probleme in Österreich”, en *Transportrecht*, 3-2009, pp. 109-116, en p. 116. La cláusula objeto de litigio preveía la competencia exclusiva de la Junta Arbitral del Transporte de Madrid.

²⁹ “The arbitrators shall make their award as good men in equity, subject to their liability to observe the applicable imperative legal stipulations. Where applicable, they shall also apply the provisions of the international transport treaties, among which, *inter alia*, the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)”

³⁰ Se encuentra, todavía hoy, en la cl. 15.7 de los *Terms and Conditions for Value Added Logistics* de la FENEX, de 15 de noviembre de 1995: “The Arbitrators shall make their award as good men in fairness and under obligation to observe the compulsory legal provisions, including the provisions of international transport treaties”.

³¹ Decisión de 30 de septiembre de 1998 (*Inco Europe Ltd vs. First Choice Distribution*). Vid. D. Joseph, *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*, Londres, Thomson-Sweet&Maxwell, 2005, pp. 207 ss. El Juez de instancia había denegado la declinatoria al entender que no cumplía con lo dispuesto en el art. 33 CMR una cláusula de sumisión “multiuso”, esto es, que no precisaba que el Tratado al que se refería era el CMR. En realidad, la *Court of Appeal* declaró que había lugar a la apelación porque la cuestión de fondo que había de resolverse en primer lugar era la de si se trataba de un contrato de transporte, sujeto al CMR, o más bien de un contrato de *freight forwarding* o de comisión de transportes, al que no se aplicaría dicho Convenio; y era esta, en opinión

declaró nula la cláusula³² por entender que ésta se limitaba a ordenar que los árbitros, que fallarán según su leal saber y entender (se trataría, por tanto, de un arbitraje de equidad), sólo habrían de “tener en cuenta” los preceptos imperativos de los Tratados internacionales en materia de transporte, dejando abierta la cuestión acerca de si pueden o no inaplicar el Convenio cuando les parezca adecuado. Esta misma cuestión ha sido enjuiciada, si bien con respecto al tenor actual de la cláusula, por el *Oberlandesgericht Koblenz*, igualmente en Alemania, a cuyo juicio el tribunal arbitral no puede, a pesar de la referencia al arbitraje de equidad, inaplicar el Convenio, ya que la cláusula le exhorta a respetar las normas imperativas contenidas en el CMR³³.

A la vista del rigor mostrado por los Tribunales de los países de nuestro entorno³⁴ al enjuiciar la validez formal de las cláusulas de sujeción a arbitraje, éstas deberían prever expresamente que los árbitros han de aplicar el CMR al decidir sobre el fondo de la controversia. Y ello incluso cuando la cláusula se inserta en unas condiciones generales inicialmente pensadas para formar parte de otro contrato distinto, sobre todo de *freight forwarding*, en la medida en que la realización material del transporte por parte del comisionista (*Selbsteintritt*) o la oferta por parte de éste de servicios de grupaje (*Sammelladungsspedition*) o, en general, de un precio global por los servicios prestados que no especifique los distintos conceptos que engloba (*Fixkostenspedition*) le convierte en transportista en el sentido del CMR³⁵.

de la Corte de Apelación, la cuestión que las partes habían sometido a arbitraje. Con idéntico resultado (las cláusulas de arbitraje incluidas en contratos de *freight forwarding* –nuevamente sobre la base de las condiciones FENEX– no tienen por qué cumplir los requisitos estrictos del art. 33 CMR), la sentencia del *Hoge Raad* neerlandés de 25 de enero de 2008 (*GSM/Peterson*). Vid. F. Kroes y M. Lok, M., “Developments in Dutch Arbitration Law”, *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2008*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 126–144, pp. 134 ss.

³² Sentencia de 29 de junio de 1998 (18 U 19/98). En el mismo sentido, la sentencia del *Oberlandesgericht Köln*, de 2 de agosto de 2005 (3 U 21/05), aunque admite, en *obiter dictum*, que el tenor hoy vigente de la cláusula (que no resultaba aplicable al litigio por referirse a hechos que se habían producido con anterioridad) sí cumpliría tal requisito.

³³ Sentencia de 22 de febrero de 2007 (6 U 1162/06). Vid. J. Mark, H Plassmeier y D. Quinke, “New Developments in German Arbitration Law”, *The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2007*, Wolters Kluwer, 2008, pp. 41–62, pp. 43 ss.

³⁴ No conocemos –al margen del auto comentado– ninguna otra decisión de un Tribunal español que se pronuncie sobre el particular.

³⁵ Vid., en lugar de muchos, I. Köller, *Transportrecht*, Art. 1 CMR, nm 3 (p. 995). En España, la distinción entre contrato de transporte y contrato de comisión de transportes (*Spedition, freight forwarding*) carece de relevancia en la práctica en la medida en que el art. 5.1 i.f. de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, sólo permite que, excepcionalmente, se alegue la contratación del transporte en nombre ajeno “cuando se acredite que así se había hecho constar de forma expresa y suficiente en el momento de contratar, indicado [sic] la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata, y que la intermediación se realizó con carácter gratuito”. La norma trae causa, por un lado, del art. 379 Ccom, hoy derogado, y, por otro, del art. 120.2º LOTT, que establece la obligación de que las agencias de transporte contraten en nombre propio tanto con el transportista como con el usuario o cargador. Consecuentemente, el art. 140.18.1 LOTT contempla como infracción muy grave la realización de las actividades propias de las agencias de transporte sin ocupar la posición de porteador frente al cargador y de cargador frente al transportista.

El último aspecto digno de reseñar en este contexto gira en torno a si es necesario que se cumplan los requisitos formales del art. 33 CMR también cuando la sumisión a arbitraje se acuerda una vez suscitada la controversia o si, por el contrario, el compromiso arbitral no resulta sujeto a exigencias específicas en cuanto a su forma. Ciertamente, la cuestión no tiene fácil solución por cuanto el precepto citado no se pronuncia al respecto, y las razones que se aducen para fundamentar la regla especial del art. 33 CMR (en particular, la necesidad de conservar la composición de intereses entre transportistas y cargadores) podrían llevar a entender que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral deben obligar a los árbitros a observar las normas imperativas del Convenio³⁶. Ahora bien, a la vista de que, en este caso, se trataría no ya de disciplinar un litigio futuro sino de un acto de disposición sobre los propios intereses o derechos ya adquiridos, no existen, a nuestro juicio, razones que impidan que la controversia ya generada sea dirimida, ya sea en aplicación de un determinado Derecho nacional, ya sea recurriendo al arbitraje de equidad. Es por ello por lo que la tesis mayoritaria en la doctrina aboga por prescindir del requisito formal del art. 33 CMR en los compromisos arbitrales³⁷.

5. En cuanto a los *efectos* del convenio arbitral válidamente celebrado, tampoco existe consenso acerca de si aquél despliega eficacia meramente prorrogatoria sin que resulten afectados los foros previstos en el art. 31 CMR o si, por el contrario, deroga las reglas sobre competencia internacional del precepto citado. La diferencia es fundamental en la medida en que, en el primero de los casos, el perjudicado estaría facultado —que no obligado— a acudir al arbitraje, aunque, si lo hiciera, la contraparte no podría alegar la falta de competencia del órgano arbitral. En el segundo, en cambio, se vería en la obligación de formular una solicitud de arbitraje, ya que de presentarse una demanda ante la jurisdicción ordinaria la contraparte podría interponer con éxito una declinatoria por falta de jurisdicción. Nuevamente, el texto del Convenio no ofrece ninguna solución concluyente y las opiniones vertidas en la doctrina y en la jurisprudencia son contradictorias.

A favor de la primera opción pugna el hecho de que, al regular la competencia *judicial* internacional, el art. 31.1º CMR sólo admite pactos de sumisión expresa con efecto prorrogatorio, por lo que el demandante podrá siempre elegir entre el foro —adicional— pactado de común acuerdo por las partes y los foros legales de las letras a) y b) del citado precepto (y, si así lo hace,

³⁶ Así, J. Basedow, "Art. 33 CMR", *loc. cit.*, nm 1 (p. 1240); parecido, A. Pesce, *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 348, nt. 96, quien entiende que la libertad de disposición de los propios derechos no subsiste respecto de una norma imperativa como es el art. 41 CMR.

³⁷ Vid. K. Demuth, "Art. 33 CMR", *loc. cit.*, nº 4 (p. 873); K.-H., Thume, "Art. 33 CMR", *loc. cit.*, nº 3 (p. 817); R. Loewe, *Commentary...*, *op. cit.*, ap. 269 (p. 70); A. Messent y D.A. Glass, *Hill & Messent CMR*, *op. cit.*, p. 258; Helm, J.G., *Frachtrecht II*, *op. cit.*, Art. 33 CMR, nm 7 (p. 611), quien estima que el peligro de que con ello se perjudique a la parte menos informada de la relación contractual puede paliarse, en cierta medida, con recurso a la prohibición del abuso del derecho; así como H. Jesser-Huss, "Art. 33 CMR", *loc. cit.*, nº 4 (p. 1197), para quien dicha conclusión se impone a la vista de que el art. 41 CMR sólo se refiere a acuerdos alcanzados con anterioridad al siniestro.

carecería de fundamento una eventual declinatoria por falta de jurisdicción)³⁸; como consecuencia, una cláusula de elección de foro exclusivo y, por tanto, con efecto derogatorio habría de considerarse nula en virtud del art. 41.1^o CMR. Aplicando la *ratio* del art. 31.1^o CMR a las cláusulas compromisorias, las partes sólo podrían prever la sumisión a arbitraje como medio *adicional* de solución de controversias, quedando abierta la posibilidad de acudir a los foros alternativos previstos en el art. 31.1^o CMR³⁹. Por ello, podría entenderse que una cláusula de sumisión exclusiva a un único tribunal arbitral sería nula de pleno derecho (art. 41.1^o CMR)⁴⁰, aunque cabría ensayarse la posibilidad de reinterpretar tal convenio arbitral en el sentido de que lo único que produce es una prorrogación de la competencia⁴¹.

Con todo y con ello, creemos que los mejores argumentos abogan por entender que la sumisión a arbitraje puede, si así se estipula en la cláusula compromisoria, derogar la competencia de los tribunales estatales⁴². A ello apunta, en primer lugar, la ausencia de cualquier apoyo para la tesis contra-

³⁸ Ello deriva claramente del tenor inglés del precepto, de acuerdo con el que "*the plaintiff may bring an action in any court or tribunal of a contracting country designated by agreement between the parties and, in addition, in the courts or tribunals of a country within whose territory*" (la redonda es nuestra) se halla alguno de los lugares fijados en la norma (el de la residencia habitual del demandado, su domicilio principal o sucursal por medio de la cual se hubiera celebrado el contrato, así como aquel en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para la entrega de la misma).

³⁹ Cf. K.U. Bahnsen, "Art. 33 CMR", *loc. cit.*, nm 6 (p. 1153).

⁴⁰ Vid. la reciente sentencia del *Obersten Gerichtshofs* austriaco de 5 de mayo de 2010 (7Ob216/09d), donde la cláusula compromisoria preveía el arbitraje de la Junta Arbitral del Transporte de Madrid con carácter exclusivo.

⁴¹ Así, para una cláusula de elección de foro judicial exclusivo, el mismo *Oberster Gerichtshof* austriaco, a cuyo juicio la nulidad es sólo parcial por cuanto cabe convertir la cláusula de sumisión exclusiva en otra de fijación de un foro adicional con respecto a los previstos en el art. 31.1^o CMR (sentencia de 27 de noviembre de 2008, 7Ob194/08t). En idéntico sentido, K.V. Boesche, "Art. 31 CMR", en C.Th. Ebenroth *et al.* (dirs.), *Handelsgesetzbuch, op. cit.*, nm 12 (p. 1139); J.G. Helm, *Frachtrecht II, op. cit.*, Art. 31 CMR, nm 21 (p. 521). *Contra*, por entender que la cláusula es nula y no puede reinterpretarse en el sentido de que prorroga la competencia prevista en el art. 31.1^o CMR, K. Demuth, "Art. 31", en K.-H. Thume (dir.), *Kommentar...*, *op. cit.*, nm 29 (p. 793); así como la sentencia del *Oberlandesgericht Oldenburg* (Alemania) de 5 de enero de 2000 (4 U 34/99).

⁴² Vid. I. Koller, *Transportrecht*, Art. 33 CMR, nm 1 (pp. 1267 y s.), modificando la opinión contraria mantenida en ediciones anteriores del comentario (*vid.*, *v.gr.*, la 5^a ed., 2004, p. 1332); F. Sparka, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents*, Berlín, Springer 2010, p. 112; F.J. Sánchez-Gamborino, *El contrato...*, *op. cit.*, ap. 1385 (p. 306); K.F. Haak, *The Liability...*, *op. cit.*, pp. 282 ss, en cuya opinión la mayoría de los autores no analizan la cuestión al entender que la sumisión a arbitraje es exclusiva por naturaleza. En la jurisprudencia comparada, *vid.* las sentencias del *Oberlandesgericht Koblenz* de 22 de febrero de 2007 (*cit.*), del *Landgericht Gießen* de 31 de julio de 2008 (8 O 81/07) y del *Landgericht Rostock* de 13 de marzo de 2009 (todos en Alemania). Una vez constatado que el CMR no se opone a la derogación de los foros establecidos en su art. 31 mediante una cláusula compromisoria, la existencia o no de efecto negativo habrá de determinarse conforme a la *lex fori* [J. Basedow, "Art. 33 CMR", *loc. cit.*, nm 2 (pp. 1240 ss); M.A. Clarke, *International Carriage...*, *op. cit.*, ap. 47 (p. 148)]; P. Jiménez Blanco, *El contrato internacional a favor de tercero*, Univ. de Santiago de Compostela, 2002, p. 164]. Por su parte, el art. II.3^o del Convenio de Nueva York obliga a los Tribunales judiciales de los Estados contratantes a remitir a las partes al arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral sea válido, eficaz y aplicable.

ria en el art. 33 CMR. Desde un punto de vista de sistemática legislativa, la independencia de este precepto respecto del art. 31 CMR queda patente si se tiene en cuenta que entre ambas normas se ha insertado otra que nada tiene que ver con la determinación del órgano competente para la solución de controversias relacionadas con el contrato de transporte, el art. 32 CMR, que se refiere a la prescripción de las acciones nacidas del contrato de transporte. Pero el argumento decisivo ha de buscarse, a nuestro juicio, en el hecho de que el arbitraje es considerado generalmente como una alternativa exclusiva (y no opcional) a la jurisdicción de los Tribunales judiciales; y parece poco probable que los redactores del Convenio hubieran omitido cualquier referencia a ello en el texto del Convenio si hubieran querido apartarse de este principio general (como sí ha ocurrido respecto de la competencia judicial internacional en el art. 31 CMR)⁴³.

Por esta misma razón, creemos que el efecto derogatorio no se extiende, únicamente, a la competencia *objetiva* de los Tribunales de justicia para dirimir controversias nacidas de un contrato que contenga una cláusula compromisoria (esto es, quedaría vedado el recurso a la vía judicial), sino también a los foros de competencia internacional consagrados en el art. 31.1º CMR. En este sentido, la sumisión a un tribunal arbitral concreto impediría la iniciación de cualquier tipo de procedimiento –aunque sea arbitral y no judicial– en los Estados señalados en las letras a) y b) del art. 31.1º CMR distintos del de la sede del tribunal arbitral designado en la cláusula compromisoria⁴⁴. Con todo, también aquí habrán de respetarse las normas de orden público cuando una de las partes del convenio arbitral tenga la consideración de usuario o consumidor.

6. El segundo aspecto digno de reseñar en relación con los efectos del convenio arbitral válidamente pactado –y último que vamos tratar aquí– se refiere a la extensión del mismo a terceros que no hubieran participado en su celebración. En el auto objeto de comentario, la cuestión acerca de la eficacia relativa de la cláusula compromisoria se plantea en una doble dimensión (aunque los defectos de forma relevan al Tribunal de decidir sobre el particular): por un lado, respecto de la demandante, aseguradora de la mercancía y, como tal, ajena al contrato de transporte; y, por otro, en relación a los demandados, de los que, al parecer, sólo uno había firmado la carta de porte⁴⁵.

⁴³ Vid. Glass, D.A., "CMR: Putting Practice into Theory", en *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1984, p. 39, nt. 24, citado por Haak, K.F., *The Liability...*, *op. cit.*, p. 283, nt. 45. Parecido, P. de Meij, *Samenloop...*, *op. cit.*, p. 190. *De lege ferenda*, aboga por modificar el art. 33 CMR en el sentido de constatar expresamente que la competencia de los árbitros es exclusiva, Haak, K.F., "Revision der CMR?", en *Transportrecht*, 2006, pp. 325–335, en p. 335.

⁴⁴ Así, la citada sentencia del *Oberlandesgericht Koblenz* de 22 de febrero de 2007. *Contra*, J.G. Helm, *Frachtrecht II*, *op. cit.*, Art. 33 CMR, nm 1 (p. 609). El efecto meramente prorrogatorio de las cláusulas compromisorias a favor de un tribunal arbitral concreto es reconocido, *v.gr.*, en el art. 22.3º Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo). *Cf.*, asimismo, el art. 34.2º Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 de mayo de 1999 (Convenio de Montreal).

⁴⁵ La parquedad del relato de hechos no permite apreciar a qué se refiere la Audiencia cuando declara que, a la hora de fundamentar el recurso de apelación, "también se alegaba [por la aseguradora,

Sabido es que el principio de la eficacia relativa de los contratos limita los efectos de los mismos a las partes que los hubieran otorgado (*cf.* art. 1.257 1ª Cc). La cláusula compromisoria, dado su origen convencional, no es ajena a esta regla y no vincula, al menos en línea de principio, a los terceros que no hubieran participado en su celebración. El contrato de transporte, en la medida en que contiene estipulaciones a favor de tercero (art. 1.257 2ª Cc)⁴⁶, se revela como especialmente apto para delimitar los efectos del convenio arbitral, pero –dada la extensión limitada del presente comentario– la cuestión más controvertida (*id est*, la extensión de la eficacia de la cláusula de sumisión al destinatario) no puede analizarse aquí⁴⁷. Nos limitaremos, por ello, a esbozar brevemente la eficacia del convenio en caso de pluralidad de porteadores, por un lado, y cuando se produzca una subrogación a favor de la ase-

se entiende] que solo algunas de las partes en este litigio fueron las firmantes de la carta de porte”. Y ello porque puede referirse tanto a la propia aseguradora recurrente o su asegurado como a los transportistas demandados. Al margen de ello, es muy probable que sólo la hubieran suscrito el cargador y el porteador efectivo, pero no el “comisionista” (esto es, la agencia de transportes / el transitario).

⁴⁶ Nada obsta a que cargador y destinatario sean la misma persona (bien porque el cargador–expedidor dirige la carga a otro establecimiento perteneciente a su propia empresa, bien porque es el cargador–destinatario quien organiza el desplazamiento de las mercancías desde las instalaciones del expedidor hasta las suyas propias), pero lo más habitual es que se trate de personas distintas. En este caso, el destinatario no es parte inicial en el contrato de transporte, ni tampoco se adhiere a él con posterioridad (así, sin embargo, B. Mercadal, *Droit des transports terrestres et aériens*, París, Dalloz, 1996, p. 84), sino que, únicamente, se le faculta para ejercitar los derechos en él consignados (J.G. Helm, *Frachtrecht II*, *op. cit.*, Art. 13 CMR, nm 3). Es por ello por lo que la doctrina mayoritaria en el continente europeo (si bien con notables excepciones) recurre a la figura de la estipulación a favor de tercero para explicar la relación entre los distintos sujetos involucrados en la ejecución del transporte. Así, en lugar de muchos, M. Broseta y F. Martínez Sanz, *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 17ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, p. 158; C. Llorente Gómez de Segura, “El contrato de transporte terrestre de mercancías”, en J.Mª de la Cuesta (dir.), *Contratos mercantiles*, t. II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2009, pp. 1004 ss.

⁴⁷ Baste, por ello, con señalar que algunos comentaristas del Convenio abogan por una extensión de ambos efectos (positivo y negativo) del convenio arbitral al destinatario. Así, *v.gr.*, K. Demuth, “Art. 33”, *loc. cit.*, nm 6 (p. 873); Jesser–Huss, H., “Art. 33 CMR”, *loc. cit.*, nm 5 (p. 1198); Bahnsen, K.U., “Art. 33 CMR”, *loc. cit.*, nm 7 (p. 1153), para quien el cargador sólo puede proporcionar derechos al destinatario en la forma en que los ha constituido para con el transportista; o I. Koller, *Transportrecht*, *op. cit.*, Art. 33 CMR, nm 1 (p. 1268), aunque en otro lugar [Art. 31 CMR, nm 5 (p. 1244)] sostiene que la prorrogación de la competencia a favor de un foro *judicial* distinto de los mencionados en el art. 31 CMR sólo puede oponerse frente al destinatario si la sumisión consta en la carta de porte (arg. *ex art.* 13.2º a.i. CMR). Frente a esta opinión se alza la de quienes mayor atención han prestado a los convenios arbitrales incluidos en contratos que contengan estipulaciones a favor de tercero: la cláusula compromisoria no obliga al tercero destinatario a someter el litigio a arbitraje (se rechaza, por tanto, el efecto negativo de la misma) pero sí le faculta para ello, pudiendo prevalerse del efecto positivo de dicha cláusula. Y ello por entender que el convenio arbitral no puede generar obligaciones –pero sí derechos– para el tercero, salvo que la cláusula de sumisión se haya erigido en carga que, con la aceptación de la mercancía (y, con ella, del convenio arbitral), se convierte en obligación para el destinatario. *Vid.* P. Jiménez Blanco, *El contrato internacional...*, *op. cit.*, pp. 163 ss; parecido, L.M. Piloñeta Alonso, “Arbitraje de transportes...”, *loc. cit.*, pp. 100 ss. Niega asimismo la posibilidad de excepcionar la falta de competencia de los tribunales de justicia frente al destinatario, la SAP Zamora nº 279/1999, de 15 de septiembre (AC 1999, 8682).

guradora que hubiera liquidado el daño, por otro, dada su estrecha vinculación con la decisión estudiada.

Respecto del primero de los supuestos, ninguna duda debe plantear, a nuestro juicio, la extensión de la cláusula compromisoria a todos los porteadores que participan en la cadena de transporte cuando se está ante lo que se ha venido en llamar transporte "sucesivo" de mercancías (arts. 34 ss CMR)⁴⁸. En tales casos, el hecho de que exista *un único* contrato de transporte al que se van adhiriendo los porteadores sucesivos mediante la aceptación de la mercancía y de la carta de porte (cf. art. 34.1º CMR) hace que todos ellos formen parte de una sola relación contractual con el cargador, por lo que la cláusula compromisoria válidamente pactada les compromete a todos ellos por igual⁴⁹. Sin embargo, a la vista de que los derechos y obligaciones de los porteadores sucesivos son únicamente aquellos que deriven del contenido de la carta de porte⁵⁰, ésta habrá de reflejar necesariamente la cláusula compromisorio so pena de que sólo vincule al porteador contractual.

Distinto es el caso del llamado "transporte unitario con subtransporte", en el que el porteador contractual se obliga a trasladar las mercancías desde el origen hasta el destino, pero subcontrata todo o parte del recorrido con otro u otros (sub)porteadores. En la medida en que éstos son reacios a asumir la responsabilidad adicional que supone la participación en un transporte sucesivo y aquél no querrá desvelar las condiciones económicas de la operación reflejadas en la carta de porte, el transporte sucesivo es muy poco frecuente y el transporte unitario con subtransporte constituye hoy día la modalidad más utilizada en la práctica. Al no existir en tales supuestos una única relación contractual con el cargador⁵¹, el convenio arbitral pactado entre cargador y porteador contractual sólo vinculará a los subporteadores si éstos han consentido en ello; por esta misma razón, la cláusula arbitral pactada entre el porteador contractual y el subporteador no es oponible frente al cargador⁵².

Para el segundo de los supuestos, la existencia habitual de preceptos que ordenen la subrogación *ope legis* del asegurador en los derechos y en las obligaciones del asegurado permite llegar a una solución parcialmente distinta. En tales casos, la vinculación o no de la compañía aseguradora al convenio arbitral deberá determinarse conforme a la ley rectora del contrato de

⁴⁸ Dada la desafortunada redacción del art. 28 LOTT, la terminología en España es equívoca [se habla, indistintamente, de transporte sucesivo, (a)cumulativo o, incluso, combinado]. Sin embargo, hoy día puede considerarse consolidada la expresión "transporte sucesivo", utilizada tanto en los arts. 34 ss. CMR como en los arts. 64 ss. LCITM.

⁴⁹ A. Pesce, *Il contratto...*, op. cit., p. 349; A.L. Calvo Caravaca y C. Llorente Gómez de Segura, "El arbitraje...", loc. cit., p. 869, nt. 95; L.M. Piloñeta Alonso, "Arbitraje de transportes...", loc. cit., pp. 104 ss.

⁵⁰ Vid. I. Koller, *Transportrecht*, Art. 34 CMR, nm 6 (p. 1273); J.G. Helm, *Frachtrecht II*, Art. 34 CMR, nm 25 (p. 626). Es por ello por lo que el art. 34 CMR exige la "aceptación" de la carta de porte por cada porteador sucesivo, sin que sea suficiente con que éste la "reciba". La expedición de una nueva carta de porte por parte del porteador sucesivo impide hablar de un contrato de estas características.

⁵¹ Existe, más bien, un contrato de transporte entre el cargador y el porteador contractual y otros tantos entre éste y el o los subporteadores.

⁵² L.M. Piloñeta Alonso, "Arbitraje de transportes...", loc. cit., p. 105.

seguro⁵³. Cuando ésta sea la española, el art. 43.1º LCS dispone que “[e]l asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”. Como quiera que el citado precepto se refiere, genéricamente, a los derechos y acciones que correspondieran al asegurado, la extensión de los efectos de la cláusula compromisoria a la compañía de seguros no debería plantear dudas, por cuanto la acción que ejercita la aseguradora es la misma que la que respondería a su asegurado⁵⁴. De lo contrario, se produciría la consecuencia injusta de que aquélla pueda invocar el contrato del asegurado en lo que a ella le beneficie sin quedar obligado en lo que le resulte perjudicial⁵⁵. La aseguradora quedará, por tanto, sujeta al convenio arbitral cuando éste sea vinculante para el asegurado, en aplicación de los criterios expuestos *supra*, sub 3.

* * *

⁵³ Así, P. Jiménez Blanco, P., *El contrato internacional...*, op. cit., p. 157.

⁵⁴ Vid. STS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8152).

⁵⁵ Así, si bien respecto del art. 780 Ccom en sede de seguro marítimo (de tenor prácticamente idéntico), las SSTs nº 942/1993, de 13 de octubre (RJ 1993, 7514); y nº 64/2003, de 6 de febrero (RJ 2003, 850), que casa la SAP Pontevedra nº 102/1997, de 25 de marzo (AC 1997, 427), que entendía que no podía oponerse la cláusula compromisoria a la aseguradora que no había participado en su celebración. En la jurisprudencia menor, el AAP Tarragona nº 40/2004, de 23 de octubre (AC 2005, 838). En idéntico sentido, L.M. Piloñeta Alonso, “Arbitraje de transportes...”, loc. cit., p. 109. *Contra*, SAP Vizcaya de 26 de julio de 1994 (AC 1994, 1262).