

Roj: ATS 1173/2001 - **ECLI:**ES:TS:2001:1173A

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 4687/2000

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 02/10/2001

Procedimiento: Exequatur

Ponente: JOSE RAMON VAZQUEZ SANDES

Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

Exequatur. Laudo arbitral dictado por la Cámara de Comercio Central de Finlandia. Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958.

Encabezamiento

AUTO

En la Villa de Madrid, a dos de Octubre de dos mil uno.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Ortiz Cornago, en representación de la Compañía "FORTUM Engineering OY -o Ltd-", formuló solicitud de exequatur del laudo de 21 de noviembre de 1.997, dictado por el Tribunal Arbitral designado por el Consejo de Arbitraje de la Cámara de Comercio Central de Finlandia, con Sede en Suecia, por el que se condenó a la mercantil española "Global Steel Wire, S.A." a abonar a aquélla las cantidades que en la resolución por reconocer se detallan.

2.- La parte solicitante de exequatur estaba domiciliada en Finlandia, en tanto que la parte contra la que se dirige lo estaba en España.

3.- Se han aportado, entre otros, los documentos siguientes: a) original del laudo cuyo reconocimiento se pretende, debidamente apostillado y traducido, y con certificación de su firmeza; b) testimonio expedido por el Secretario del Tribunal Arbitral acreditativo de los documentos aportados al mismo por la parte demandante; c) acta notarial de fecha 15 de diciembre de 1995 por la que se comunica a la parte demandada la petición de nombramiento del Tribunal arbitral; d) acta notarial de fecha 20 de mayo de 1.998 por la que se notifica a la parte demandada el laudo objeto del presente procedimiento.

4.- Citada la parte contra la que se pide el reconocimiento y emplazada en forma, ésta, una vez personada, se opuso al reconocimiento solicitado en base a los motivos que a continuación se sintetizan: 1) inexistencia del convenio arbitral (art. IV, 1. b., en relación al art. II del Convenio multilateral); 2) vulneración del orden público español (art. V.2.b); 3) incapacidad de las partes según la ley española (art. V.1.a); y 4) el laudo arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso entre las partes (art. V.1.c)

5.- El Ministerio Fiscal, en Informe de fecha 5 de abril de 2.001, dijo que:

".....Cumpliéndose los requisitos determinados en los *artículos I, IV y V del referido Convenio* , así como los arts. 56 a 59 de la *Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre* , no se opone a la ejecución del laudo arbitral referido".

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.José Ramón Vázquez Sandes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- De acuerdo con las normas contenidas en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de *sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de Junio de 1.958* , al que España se adhirió el 12 de Mayo de 1.977 y entró en vigor para España el 10 de Agosto del mismo año , aplicables al caso, al ser la resolución cuyo reconocimiento se pretende de las comprendidas en el artículo I del Convenio, han sido aportados por el solicitante los documentos a que se refiere el artículo IV, 1ª-a), debidamente traducidos al castellano y habiéndose acreditado, asimismo, la firmeza de la sentencia arbitral de que se trata.

2.- El objeto que dio lugar al arbitraje es susceptible de ser sometido en España al juicio de árbitros (artículo V, 2º-a).

3.- Opone la mercantil "GLOBAL STEEL WIRE, S.A.", en primer término, la inexistencia de cláusula compromisoria o de convenio arbitral entre las partes, alegando el incumplimiento del requisito impuesto por el *art. IV, 1º b) del Convenio de Nueva York* . El argumento continúa en el segundo motivo de oposición, si bien desde la perspectiva de la vulneración del orden público interno con la denuncia de la infracción del *art. 24 CE* , al entenderse transgredido el derecho al juez predeterminado por la Ley. En uno y otro caso se considera infringido el *art. IV, 1º b) del Convenio de Nueva York* . No obstante semejante encuadramiento normativo, la argumentación que emplea la mercantil oponente evidencia una equívoca formulación de los motivos de oposición al exequatur, entremezclado el requisito formal impuesto por el *art. IV. 1-b)*, en relación con el *art. II del Convenio de Nueva York* con las condiciones de eficacia del acuerdo arbitral que el Tribunal del exequatur debe analizar a instancia de la parte frente a la que se pretende el exequatur, conforme a lo dispuesto en el *art. V. 1-a)* de la norma supranacional . La correcta técnica impone, sin embargo, el examen diferenciado de los presupuestos del reconocimiento, comenzando por el establecido en el mencionado *art. IV. 1-b)* del Convenio .

4.- Tal y como se expone en el Auto de fecha 31 de Julio de 2000 (exequatur nº 332/2000), que cita la parte solicitante, y que recoge el criterio interpretativo sentado, entre otros, en los anteriores de fecha 17 de abril y 29 de febrero y 21 de marzo de 1999, y 29 de febrero y 21 de marzo de 2000 , esta Sala, a la hora de abordar el examen del cumplimiento del presupuesto del reconocimiento establecido en el repetido *art. IV, 1º b)* de la norma uniforme , y con el fin de verificar la efectiva aportación, junto con la demanda, del original o copia auténtica del acuerdo a que se refiere el *art. II, ha atendido al sentido finalista y teológico del precepto, que busca facilitar al Tribunal requerido la constancia escrita -en alguno de los modos a los que se refiere el art. II del Convenio , completado, en su caso, con el art. I del Convenio Europeo* hecho en Ginebra, de fecha 21 de abril de 1.961 , sobre arbitraje comercial internacional-, de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido de un contrato o, en sentido más amplio, de un negocio jurídico, una cláusula de compromiso, y, en general, de someter las controversias surgidas en la ejecución del negocio o en el desarrollo de la relación jurídica al juicio y decisión de uno y más árbitros, integrados o no en una institución arbitral; voluntad ésta que, a falta de su exteriorización y plasmación en un documento suscrito por las partes, cabe encontrar en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y en las actuaciones llevadas a cabo entre una

y otra parte de la relación negocial (cf. AATS 5-5-98 , 17-2-98 , 7-7-98 , 17-4-98 , 29-9-98 , 27-4-99 , 4-5-99 , 29-2 y 21-3-2000).

5.- Proyectando el criterio expuesto a las circunstancias que concurren en el caso objeto de examen, se aprecia que, a falta de acuerdo arbitral firmado por ambas partes, la solicitante ha aportado las diversas y recíprocas comunicaciones -cursadas por telefax, inicialmente- realizadas entre ellas con motivo de la celebración de un contrato que tenía por objeto el suministro de determinados componentes y material eléctrico (específicamente conductores y alambre revestido de acero), y que aquélla habría de destinar al proyecto de instalación de una línea de distribución de energía eléctrica en Etiopía. El referido contrato fue precedido de una serie de actos previos, que se iniciaron con la solicitud de licitación que IVO-Engineering Ltd -hoy FORTUM Engineering Ltd- dirigió a TYCSA -hoy GLOBAL STEELWIRE, SA- el 2 de noviembre de 1992 invitándola a que presentase su mejor oferta con relación al suministro del material eléctrico requerido. En ella se indica -bajo el epígrafe 2.4 "Condiciones de compra"- que "se aplicaría a la entrega cuando proceda las Condiciones Generales ECE 188 que se adjuntan modificadas por IVO 30/85". Dichas Condiciones Generales responden al Formulario preparado por la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas, en cuya cláusula 13, "Arbitraje y Legislación Aplicable", se dispone que "cualquier disputa derivada del contrato se resolverá definitivamente, de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por medio de uno o más árbitros designados de conformidad con dichas Normas"; y en cuanto a la ley aplicable reza: "a menos que se acuerde de otro modo, el Contrato se regirá por la Ley del país del vendedor". Tales previsiones, no obstante, quedaban modificadas por las condiciones contractuales contenidas bajo la denominación "IVO 30/85", en cuya estipulación 13.3 se dispone que "el contrato y las relaciones legales entre el vendedor y el comprador se regirán por la legislación pertinente de Suecia. Cualquier disputa que se derive del presente contrato se resolverá por medio de arbitraje. La Junta de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Helsinki nombrará los árbitros y se aplicará al arbitraje el reglamento de esta Junta". La referida solicitud de licitación fue seguida de la oferta que TYCSA cursó mediante telefax de fecha 25 de noviembre de 1992, siempre con referencia al número bajo el que se identificaba la solicitud (92 NH 2051 ETIOPÍA) y al fax de IVO de 24 de noviembre. Con posterioridad, el 2 de septiembre de 1993, ésta formuló pedido en firme, identificado con el número 1065L3 -también con referencia a la oferta de 25 de noviembre de 1992-, y en el que se especificaba nuevamente que se aplicarían a la entrega las Condiciones Generales ECE 188 modificadas por IVO 30/85, a la vez que se indicaba que el pedido original y los apéndices se enviaban en esa misma fecha por correo, y se solicitaba del suministrador la pertinente confirmación. En autos obra copia compulsada del telefax mediante el que se cursó el pedido en el que figura manuscrita la confirmación requerida.

6.- Evidentemente, la certificación expedida por el Tribunal arbitral no es hábil para tener por satisfecho el requisito exigido por el art. IV. 1-b del Convenio : corresponde al Tribunal del exequatur verificar su concurrencia, a los efectos del reconocimiento de la eficacia del laudo extranjero, al margen y con independencia del juicio del árbitro o del órgano arbitral sobre la celebración del acuerdo sobre el arbitraje. Pero en este caso ha de compartirse la conclusión a la que éste llega, vista la documentación aportada, pues del intercambio de comunicaciones entre las partes cabe inferir que la relación contractual quedaba sometida a una determinada ley material, y que las controversias surgidas habían de ventilarse a través del arbitraje institucional referido en las modificaciones introducidas a las Condiciones Generales que constituían la *lex contractus*. La mercantil oponente alega que no recibió dichas Condiciones Generales ni las modificaciones a ellas, y arguye que no puede darse valor vinculante al silencio a los efectos de tener por cumplido el requisito impuesto por el art. IV. 1-b) de la norma uniforme . Dicho alegato, sin embargo, no se compadece con el hecho de que, por un lado, en sus respuestas a la solicitud de licitación y al pedido de

suministro no hubiese introducido ninguna variación, enmienda o alteración de las Condiciones modificadas unilateralmente por el adquirente, aquí demandante del exequatur. Los faxes no aportados, y a los que se refieren tanto las comunicaciones obrantes en autos como el propio laudo arbitral, parecen tener por objeto determinados aspectos técnicos y meramente comerciales de la operación, sin afectar a los estrictamente jurídicos relativos a la ley aplicable y a la sumisión a arbitraje. Por otro lado, resulta difícil de explicar que un diligente comerciante no haya reclamado las condiciones que iban a regular la vida del contrato -pues no consta que así lo hubiese hecho-, llevando a cabo, en cambio los actos típicos convenidos para llegar a la perfección del mismo e, incluso, perfeccionándose éste, cuestión por demás no discutida. Semejante inactividad no tiene explicación si no es porque, de ser como efectivamente afirma la oponente, conocía en cualquier caso el contenido de dichas condiciones y de sus modificaciones. Y en lo que concierne al valor del silencio o inactividad de esa parte, no se trata, al contrario de lo que afirma, de atribuir eficacia a la conducta omisiva, pues se realizaron actos suficientemente demostrativos de la voluntad de aceptar los términos del negocio jurídico que iba a celebrarse considerados en su conjunto, y, por lo tanto, las Condiciones Generales de Contratación modificadas que habrían de integrar su contenido, entre las cuales se encuentra, como ya se ha visto, el acuerdo arbitral. Esos actos típicos no sólo se refieren a las fases previas a la perfección del contrato, sino también, una vez efectuado el pedido del suministro, a la confirmación de éste que perfecciona el contrato según lo estipulado en las propias Condiciones Generales, confirmación que la mercantil contra la que se dirige la ejecución no niega más que en el puntual extremo referido a la cláusula arbitral, aceptando, en cambio, que el contrato se perfeccionó según lo dispuesto en tales condiciones.

Se debe, por tanto, considerar satisfecho el requisito que establece el art. IV, 1-b) del Convenio en la medida en que se han aportado con la demanda de exequatur documentos de los que razonadamente cabe inferir la voluntad concorde de las partes de someter las controversias surgidas en la ejecución del contrato a la decisión arbitral, y que se manifiesta en la aceptación de las Condiciones Generales en su conjunto, con las modificaciones introducidas por la compradora - y, en consecuencia, del acuerdo arbitral también modificado contenido en ellas-, las cuales, conforme a las exigencias de una ordenada y diligente contratación, deben presumirse conocidas por la oponente al exequatur; voluntad aquella que se exterioriza, además, por la realización de los actos típicos que llevan a la perfección del contrato sin efectuar observaciones, enmiendas o propuestas de modificación a tales Condiciones más que, al parecer, en lo atinente a aspectos puramente técnicos o comerciales. De todo lo cual, y teniéndose en cuenta las prácticas comerciales internacionales, se puede cabalmente inferir la aquiescencia al conjunto de las estipulaciones que habrían de regir el contrato, incluida la referida a la ley aplicable y a la sumisión a arbitraje, no obstante la indiscutible autonomía que esta última presenta respecto del resto de las cláusulas.

7.- La cuestión se desliza, pues, hacia otro motivo distinto de denegación del exequatur: la inexistencia, invalidez e ineficacia de la cláusula arbitral, cuestión que trasciende de lo puramente formal para situarse en el ámbito del examen conflictual que impone el art. V. 1-a) del texto uniforme, una vez invocado ese motivo de oposición por aquel frente a quien se pretende la homologación del laudo extranjero. Pero tampoco desde esta perspectiva la oposición al exequatur puede llegar a buen puerto. Si se quiere afirmar la inexistencia de convenio arbitral porque la aceptación de los términos y condiciones del contrato exteriorizada en la realización de los actos típicos que abocaron a su perfección no alcanzaba a la cláusula sumisoria, la tesis choca ineludiblemente con la constatada conformidad con el contrato en su conjunto, sin que se haya acreditado que fueron rechazadas algunas de sus cláusulas, particularmente la relativa al arbitraje, y sin que se haya probado que, conforme a la ley aplicable determinada por el citado art. V, 1-a) del

Convenio , la perfección del acuerdo arbitral exigía una aceptación expresa o sometida a una determinada formalidad. Y si se sostiene su ineficacia argumentándose que, conforme a lo previsto en las propias Condiciones Generales de Contratación, sus modificaciones -y por tanto la relativa al acuerdo arbitral- exigían un acuerdo expreso y por escrito firmado por ambas partes, no se tiene en cuenta que ya desde la primera comunicación dirigida a la vendedora o suministradora se indicaba cuál iba a ser el régimen al que habría de quedar sujeto el contrato, que no era otro que el de las Condiciones Generales ECE 188 modificadas por IVO 30/85, de tal modo que esas modificaciones formaban parte del régimen inicial del contrato. La estipulación que invoca la oponente, pues, presenta, en recta interpretación, tan sólo operatividad frente a ulteriores alteraciones de ese régimen integrado con la inicial -anterior, en realidad- modificación, a cuyo bloque de condiciones aquélla se adhiere.

8.- Así las cosas, la excepción de orden público que se opone al amparo del *art. V , 2-b) del Convenio , con invocación del art. 24 C .E .* , por violación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley -y que en este caso ha de entenderse necesariamente referido al árbitro o Tribunal arbitral al que han querido someterse las partes, directa o indirectamente-, se revela inconsistente, a la vista de lo anteriormente expuesto. Lo cual conduce al examen de la alegación de la concurrencia de la causa de denegación del reconocimiento contemplada en el *art. V. 1-a) del texto uniforme* , la incapacidad de las partes en el acuerdo arbitral en virtud de la ley que les es aplicable. El alegato es de por sí confuso: como es lógico, la mercantil oponente no pone en duda su propia capacidad, ya jurídica, ya de obrar, para celebrar el contrato del que se trae causa; pero se confunde la falta de capacidad del interviniente en el contrato con la falta de representación de la entidad, bien orgánica, bien voluntaria, y esta última con aquélla. Se afirma primero que quien suscribió el acuerdo arbitral no formaba parte de los órganos de representación de la sociedad, y después que el arbitraje no se encontraba dentro de las facultades que tenía conferidas. En realidad, salvada esa contradicción, la mercantil oponente no niega que quien intervino en la operación era una persona dependiente de ella con uno u otro rango dentro del esquema organizativo de la empresa, y tampoco niega que careciese de facultades, como tal factor o dependiente, para vincular a la sociedad con terceros, pues acepta sin discusión la validez y eficacia del contrato; rechaza, en cambio, que como tal dependiente pudiese obligar a la mercantil a un arbitraje sin contar con un apoderamiento especial, que a su entender, resultaba preciso toda vez que el acuerdo sumisorio constituía un acto al margen del giro o tráfico ordinario de la empresa.

Desde el punto de vista del reconocimiento, la cuestión debe analizarse a partir de la norma de conflicto que incorpora el *art. V.1-a) del Convenio de Nueva York* : la capacidad de las partes en el acuerdo de arbitraje -y por extensión la representación- se regirá por la ley que les es aplicable según la norma de conflicto interna del Estado receptor. Tratándose de la representación, si es la orgánica inherente a la persona jurídica, se regirá por la *lex societatis*, conforme a lo dispuesto en el *art. 9 , 11 del CC* . Pero se acaba de decir que no es ésta la cuestión que verdaderamente se suscita, pues no se discute si la persona física que intervino en la celebración del contrato formaba parte o no del órgano de representación de la sociedad, ni el contenido o extensión de sus facultades como tal órgano. Se parte de reconocer que la intervención de aquél lo fue como dependiente o factor de la empresa, y, por tanto, ostentando la representación voluntaria de la sociedad. En sus relaciones externas, esta representación se regirá por la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas -no donde surtan efecto-, de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 10 , 11 del CC* , ley que en este caso es la española. Con arreglo a ella, pues, debería examinarse si el factor puede obligar al principal, bajo qué condiciones, y si el representante queda también obligado frente al tercero, así como todas las cuestiones relativas al poder de representación -su existencia, alcance, duración, renovación...-, si ha habido abuso o extralimitación del poder, sus efectos, y si cabe hablar de representación sin poder y la

confirmación por parte del principal de los actos del representante.

En apariencia, la excepción opuesta por la parte frente a la que se pretende el exequatur parece dirigida en ese sentido: el factor no podía, conforme a la legislación española, obligar al principal a someterse a un arbitraje sin contar con un poder especial, pues no quedaba dentro del giro o tráfico de la empresa. Pero con independencia de que tal cosa sea o no como se afirma, la cuestión debe reconducirse a sus justos términos, pues no se trata en puridad de la representación de la sociedad, de su alcance, y, en general, de las relaciones externas que deben regirse por la ley del país en donde se ejerciten las facultades de representación, sino de cuestión diversa, atinente a la capacidad contractual, cuando de lo que se trata, como aquí ocurre, es de dilucidar si el contrato en cuestión -de arbitraje- puede o debe celebrarse válidamente a través de representante, y si es necesario para ello un poder especial o basta el general. En este caso, según la más autorizada doctrina, la ley rectora ha de ser la del contrato, o tratándose del control de los requisitos del reconocimiento, la que señala el *art. V.1-a) del Convenio de Nueva York*, en la medida en que se cuestiona la eficacia de un contrato celebrado por quien conforme a esa ley carece de capacidad contractual o poder de representación bastante. Siendo así, el motivo de oposición esgrimido ha de decaer, toda vez que no se ha logrado acreditar que, conforme a la ley aplicable, el contrato resultara ineficaz por esa causa.

9.- Alega por último la oponente al reconocimiento, y como motivo subsidiario a los anteriores, que el laudo arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula arbitral (*art. V.1-c) del Convenio de Nueva York*). A tal efecto, argumenta que la aplicación de las condiciones del contrato quedaban supeditadas a que se diera la prevista en la estipulación 2.3, a saber, que procediese la entrega de los materiales objeto de suministro. El alegato debe rechazarse por infundado, pues se sostiene desde la particular interpretación que la parte oponente hace del clausulado del contrato. La pretendida incongruencia del laudo arbitral no encubre, de nuevo, más que la afirmación de la ineficacia de la cláusula de sumisión a arbitraje, esta vez porque no llegó a cumplirse la condición a la que se supeditaba su eficacia. De nuevo una recta interpretación conduce a rechazar el argumento y la causa de denegación del reconocimiento encubierta, pues no se puede desconocer que la aludida estipulación se incluyó en la inicial solicitud de licitación dirigida a la ahora oponente y se reprodujo en el posterior pedido de suministro de la mercancía que estaba sujeto a la confirmación por parte del vendedor, de tal manera que no puede entenderse orientada sino a determinar el régimen jurídico aplicable al contrato que habría de perfeccionarse con tal acto, mediante la referencia a la prestación principal que habría de llevar a cabo aquél, pero en modo alguno permite considerar que la perfección del contrato, y la subsiguiente sujeción a las Condiciones Generales, quedaba supeditada a dicha entrega, ni que, aunque perfeccionado, su eficacia estaba sometida al cumplimiento de dicha condición, lo que sería tanto como dejar en manos de la parte vendedora la determinación del momento en que el contrato comenzaría a surtir efectos.

LA SALA ACUERDA

1.- Otorgamos el exequatur al laudo arbitral de 21 de noviembre de 1.997, dictado por el Tribunal Arbitral designado por el Consejo de Arbitraje de la Cámara de Comercio Central de Finlandia, con Sede en Suecia, en el procedimiento arbitral promovido por la Compañía "FORTUM Engineering OY -o Ltd-" contra la sociedad "Global Steel Wire, S.A.".

2.- Líbrense los despachos a que se refiere el *art. 958 de la LEC de 1881*

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al

margen, de lo que com Secretario, certifico