Roj: ATS 1770/2002 - **ECLI:**ES:TS:2002:1770A
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1876/2001
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 08/10/2002
Procedimiento: Exequatur
Ponente: ANTONIO ROMERO LORENZO
Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

Exequatur. Laudo arbitral dictado en el Reino Unido. Convenio de Nueva York de fecha 10 de junio de 1958. Denegación de las causas de oposición.

Encabezamiento

AUTO

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

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Procurador de los Tribunales Sr. Ortíz Cornago, en representación de las Compañías "SCANDLINES AB" y "SCANDLINES DANMARK A/S", formuló solicitud de exequatur del Laudo Interino Definitivo (Interim Final Award) de 8 de febrero de 2001, dictado por el Arbitro inglés Mr. Michael Baker-Harber en procedimiento arbitral seguido en Londres contra la mercantil española "Ferrys del Mediterráneo, S.L." y por el que se declaró que los demandantes rescindieron valida y legítimamente, el 15 de noviembre de 2000, el contrato de arrendamiento a casco desnudo del buque "FELIX" celebrado en fecha 22 de agosto de 2000, ordenando a los demandados la inmediata restitución del buque fletado.

2.- Las compañías solicitantes de exequatur estaban domiciliadas en Suecia ("SCANDLINES AB") y Dinamarca ("SCANDLINES DANMARK A/S"), en tanto que la parte contra la que se dirige lo estaba en España.

3.- Se han aportado, entre otros, los documentos siguientes: testimonio judicial de la copia protocolizada ante Notario sueco y apostillada del original del contrato de fletamento de 22 de agosto de 2000, comprensivo de la cláusula de sumisión a arbitraje; testimonio judicial del original del laudo cuyo reconocimiento se pretende, debidamente apostillado y traducido, y con certificación de su obligatoriedad; sendas comunicaciones de fecha 15 de noviembre de 2000 remitidas por los Abogados de las demandantes a la demandada y por medio de las cuales, de un lado, se declaraba resuelto el contrato celebrado, exigiendo la restitución del buque fletado, y, de otro, se notificaba el inicio de arbitraje en Londres, comunicando la designación de Mr. Michael Baker-Harber como árbitro e invitando a la demandada a nombrar árbitro; comunicaciones remitidas por los abogados de la entidad demandada al árbitro nombrado; solicitud de adopción de medidas cautelares formulada ante los Juzgados de Primera Instancia de Algeciras y resolución adoptada en relación con las mismas; diversos dictámenes relativos al derecho extranjero; otros.

4.- Citada la parte contra la que se pide el reconocimiento y emplazada en forma, ésta, una vez personada, se opuso al reconocimiento solicitado con base en los motivos que a continuación se sintetizan: 1) Existencia de graves incumplimientos por parte de las entidades solicitantes del contrato de arrendamiento a casco desnudo del buque "FELIX"; 2) Renuncia al convenio arbitral como consecuencia de la sumisión tácita a la jurisdicción de los tribunales españoles a raíz de la solicitud de adopción de medidas cautelares; 3) Ilegalidad del laudo arbitral por incumplimiento de los requisitos legales según el ordenamiento competente; 4) Falta de obligatoriedad del laudo arbitral por haberse dictado en contra de las leyes procesales del foro que excluyen la competencia del árbitro para resolver; 5) Indefensión motivada por la continuación del procedimiento sin audiencia ni contradicción.

5.- El Ministerio Fiscal, en informe de fecha 7 de mayo de 2002, dijo que: ".....Los motivos de oposición al reconocimiento no son admisibles. La alegación de indefensión que se dice producida por falta de audiencia y contradicción en el procedimiento es manifiestamente improcedente. De los documentos aportados se desprende con total evidencia que el inicio del procedimiento arbitral, incluidos los actos previos de designación del árbitro, fue conocido por FERRYMED que, al dirigirse al árbitro postulando su incompetencia para conocer del procedimiento arbitral, optó voluntariamente por no actuar en dicho procedimiento, de suerte que su pretendida indefensión a ella misma es imputable. Las alegaciones sobre la litispendencia y la sumisión tácita a la jurisdicción española, determinantes, según la parte opositora de la ineficacia de la cláusula arbitral y consiguientemente de la incompetencia del árbitro, son igualmente inconsistentes. El hecho de instar medidas cautelares ante la jurisdicción española dirigidas a lograr el embargo del buque situado en territorio español en ningún caso constituye una forma de sumisión tácita respecto al procedimiento principal, como se deduce del *art. 24 de la Convenio de Bruselas de 1968* y del *art. 722, párrafo 2º de la LEC 2000* . Finalmente y en cuanto a lo que constituyen alegaciones sobre el fondo de la cuestión -presunto incumplimiento contractual de la parte contraria- basta con recordar la naturaleza homologadora del procedimiento de exequatur que veta cualquier examen sobre el fondo del asunto salvo las impuestas por el respeto al orden público interno (*AATS. 5-5-1998* y *8-9-1998* , entre otros)".

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Antonio Romero Lorenzo

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, ha sido aportado por el solicitante el documento a que se refiere el artículo IV, 1-a), debidamente traducido al castellano y habiéndose acreditado, asimismo, la obligatoriedad 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, 2-a).

3.- Por lo que respecta a la verificación de oficio por este Tribunal del requisito exigido en el *artículo IV,1-b) en relación con el art. II del Convenio de Nueva York* , y analizando la documentación aportada por la parte solicitante -a quien incumbe, recuérdese, la carga de aportación al proceso de los documentos que se citan en el art. IV del Convenio-

se encuentra unido a las actuaciones el contrato de arrendamiento a casco desnudo del buque "FELIX" celebrado en fecha 22 de agosto de 2000 y en cuya Cláusula 26.1 se contenía el acuerdo sumisorio en los siguientes términos: "Esta póliza se regirá por Derecho Inglés y cualquier disputa surgida de esta Póliza será referida a arbitraje en Londres, siendo un árbitro nombrado por cada parte, conforme a la Ley de Arbitraje de 1996 o cualquier otra modificación estatutaria o promulgación que en su caso estuviera en vigor. A la recepción por una de las partes del nombramiento por escrito del árbitro de la otra parte, la parte nombrará a su árbitro en los catorce días siguientes, y si no lo hiciere se aplicará la decisión del único árbitro nombrado. Si dos árbitros nombrados correctamente no se pusieren de acuerdo, nombrarán a un árbitro dirimente cuya decisión será definitiva". Así, y a los efectos de la verificación del presupuesto establecido en el repetido art. IV de la norma convencional se ha de afirmar que el solicitante ha acreditado el cumplimiento del requisito exigido por el art. IV,1-b) del Convenio.

4.- Por lo que respecta a las causas de oposición al exequatur, la mercantil "Ferrys del Mediterráneo, S.L." se opone al exequatur sin precisar con claridad cuáles son las causas que, conforme a lo previsto en los *arts. IV y V del Convenio de Nueva York* , han de determinar el rechazo del exequatur. En primer término alega la recurrente tanto la existencia de graves incumplimientos por parte de las entidades solicitantes del contrato de arrendamiento a casco desnudo del buque "FELIX", como el no acogimiento por parte del Arbitro de la excepción de litispendencia ante él formulada. En relación con tales alegaciones, se ha de poner de manifiesto el desconocimiento mostrado por la parte respecto de la naturaleza y sustantividad del procedimiento de exequatur, que se circunscribe, como es sabido, a la verificación del cumplimiento de los requisitos impuestos por la norma rectora del reconocimiento, principalmente de carácter formal o procesal, sin alcanzar, por tanto, al examen del fondo del asunto, que queda al margen de la comprobación sin más excepciones que las impuestas por el necesario control del orden público (cf. *STC 132/91* y *AATS de 3-12-96* , *21-4-98* , *5-5-98* , *8-9-98* y *27-4-99*), y únicamente en la medida en que se vea afectado, lo que no consiente una indiscriminada revisión de los pronunciamientos del laudo arbitral, lo que ineludiblemente impide a esta Sala la revisión de la conducta de la partes durante la vigencia del contrato y la valoración que de las mismas hiciera el Arbitro, así como del acogimiento o rechazo que de las excepciones alegadas hubiera llevado a cabo aquél, razonamientos que han de ser combatidos en el procedimiento de origen, incluso por vía de recurso en el supuesto de que tal posibilidad estuviera prevista conforme a la ley aplicable.

5.- A continuación esgrime la demandada una serie de causas de oposición que, desde distintas ópticas, se orientan a hacer valer la sumisión tácita a los tribunales españoles y, en consecuencia, la renuncia a la sumisión a arbitraje pactada en el contrato litigioso. Al respecto se ha de significar que, tal y como se deduce de la documentación aportada, las entidades demandantes de exequatur solicitaron ante los Juzgados de Algeciras la adopción de medidas cautelares tendentes a obtener la reposesión del buque "FELIX" mediante el nombramiento del Capitán Anders Hellback. La solicitud formulada se fundamentaba en el *art. 24 de la Convención de San Sebastián de 26-5-89 sobre ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil; en los arts 1* y *3.1 del Convenio de Bruselas de 10-5-52* para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques; en el *art. VI del Convenio de Nueva York de 10-6-58* sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; en el *art. VI, 4 del Convenio Europeo de 21 de abril de 1961* sobre arbitraje comercial internacional; en el *art. 1 de la Ley 2/1967, de 8 de abril* , sobre embargo preventivo de buques; y, por último, en lo dispuesto en el *art. 1428 de la LEC de 1881* . Mediante "otrosí digo" se solicitaba del Juzgado la concesión de un "plazo de 3 meses para formalizar la demanda de fondo conforme al *artículo 7.3 del Convenio de Bruselas de 10-5-52* ". La solicitud fue resuelta mediante *Auto del Juzgado de Primera*

Instancia nº 4 de Algeciras, de fecha 30-1-2001 , en el que, con base en lo dispuesto en el *art. 1428 de la LEC de 1881* , se acordaba la reposición a las entidades demandantes de la posesión efectiva del buque "FELIX", con expresa prohibición de abandono del puerto en que se hallaba amarrado.

A partir de tales hechos la entidad oponente alega que "la solicitud realizada por las mercantiles "SCANDLINES" mediante la formulación de una medida cautelar con base en el *art. 1428 de la LEC de 1881* ante la jurisdicción ordinaria española supuso de manera incuestionable su sumisión tácita y, en consecuencia, la caducidad del convenio arbitral pactado en la póliza de fletamento y la renuncia al foro que en dicha póliza se había pactado". En tal sentido sostiene que puesto que el *art. 1428 de la LEC de 1881* excluye el arbitraje como principio general, la solicitud formulada supone de manera indubitada la sumisión a los Tribunales españoles. Cita la entidad demandada en apoyo de su tesis una *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 12 de junio de 1991* , aceptando como única excepción a la imposibilidad de que con base en el *art. 1428 de la LEC de 1881* se puedan acordar medidas cautelares a fin de asegurar el desarrollo de un posterior proceso arbitral o la ejecución de la resolución en el recaída, la contenida en el *artículo VI núm 4 del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961* sobre Arbitraje Comercial Internacional -a cuyo tenor "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".-, precisando, no obstante lo anterior, que dicho Convenio resulta inaplicable toda vez que ni Dinamarca ni Suecia resultan Estados contratantes. Excluida la aplicabilidad del Convenio de Ginebra, se opone igualmente a la posibilidad de adopción de medidas cautelares -sin que ello suponga renuncia al arbitraje pactado- con base en el Convenio de Bruselas de 1968 habida cuenta de la exclusión del arbitraje del ámbito material de aplicación del Convenio. A fin de respaldar su tesis, entrecomilla la demandada un párrafo de la *Sentencia, de 17 de noviembre de 1998* , dictada por el Tribunal Internacional de Justicia de la Comunidad Europea en el Asunto "Van Udem Maritime BV vs Kommandittgesellschaft in Firma Deco Line" y según el cual: "Cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no pueden adoptarse medidas provisionales o cautelares basándose en lo dispuesto en el *número 1 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968* ". La causa de oposición expuesta se esgrime igualmente a través de la alegación de ilegalidad del laudo arbitral por incumplimiento de los requisitos legales según el ordenamiento competente y falta de obligatoriedad del laudo arbitral por haberse dictado en contra de las leyes procesales del foro que excluyen la competencia del árbitro para resolver.

6.- Pues bien, la causa de oposición así formulada ha de ser desestimada al no poder sostenerse que la solicitud ante los Tribunales españoles de la adopción de medidas cautelares suponga una sumisión tácita a aquéllos y, en consecuencia, una renuncia a la sumisión a arbitraje expresamente pactada. Al respecto y en relación con las alegaciones formuladas por la demandada se ha de señalar que si bien es cierto que Suecia no ha entrado a formar parte del Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional, sí lo ha hecho Dinamarca quien procedió a su firma el 21 de abril de 1961, ratificándolo el 22 de diciembre de 1972. Sea como fuere, lo cierto es que al margen del referido Convenio existen otros dos instrumentos internacionales -citados expresamente por las solicitantes de la medida cautelar- que ampararían la competencia de los Tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares sin que dicha solicitud supusiera renuncia al arbitraje previamente aceptado, lo que, en todo caso, haría decaer la causa de oposición esgrimida. En primer lugar, resulta de aplicación el Convenio de 10 de mayo de 1952, relativo a la unificación de reglas en relación con el embargo preventivo de buques, que ratificado por

España por Instrumento de 11 de septiembre de 1953, fue firmado por Dinamarca el 30-3-89 y ratificado el 2-5-89, siendo la fecha de su entrada en vigor para el citado Estado el 2-11-89. A dicho Convenio se adhirió Suecia el 30-4-93. Pues bien, el Convenio, concretamente en los *números 2* y *3 de su art. 7º, prevé la posibilidad de que un Estado acuerde el embargo de un buque sin tener competencia sobre el fondo del asunto, bien por existir una cláusula atributiva de esa competencia a otra jurisdicción, bien por existir una cláusula arbitral. En segundo lugar, a la aplicación de dicha norma* convencional aun se ha de añadir la posibilidad contemplada en el propio Convenio de Bruselas y negada por la oponente citando de manera parcial e interesada una sentencia del *TJCE, concretamente la Sentencia, de 17 de noviembre de 1998* , dictada en el Asunto "Van Udem Maritime BV vs Kommanditgesellschaft in Firma Deco Line" y que si se examina de manera detenida lleva a la conclusión opuesta a la propugnada por la oponente, es decir, a que resulta posible solicitar la adopción de medidas cautelares ante los Tribunales de un Estado contratante sin que ello suponga sumisión tácita a la jurisdicción de los mismos y en relación con un litigio sometido a arbitraje y aunque dicha materia se halle excluida del ámbito de aplicación del Convenio por el número 4, del párrafo segundo, de su art. 1. Del examen de la sentencia comentada - y en la que las cuestiones planteadas se referían a la posibilidad de que un órgano jurisdiccional nacional pudiera fundarse a fin de adoptar medidas cautelares o provisionales en lo previsto en los arts 5.1 y 24 del Convenio- se desprende que si bien con carácter preliminar es pacífico que un Tribunal competente para conocer del fondo del asunto conforme a los artículos 2 y 5 a 18 el Convenio también lo es para adoptar medidas provisionales o cautelares que resulten necesarias -por lo que resultaría imposible su adopción en un asunto en que las partes se hubiesen sometido a arbitraje al estar esta materia excluida del ámbito material del Convenio, tesis sostenida por la entidad demandada-, lo cierto es que el art. 24 añade una regla de competencia que no forma parte del sistema expuesto en los arts. 2 y 5 a 18 y según la cual un Tribunal está autorizado para adoptar medidas provisionales o cautelares incluso en el supuesto de que no sea competente para conocer del fondo. Así se indica en la sentencia comentada que, en principio, el objetivo de las medidas cautelares no es aplicar un procedimiento arbitral, sino que éstas se adoptan paralelamente a tal procedimiento y están destinadas a apoyarlo. El objeto de estas medidas no se refiere al arbitraje como materia, sino a la salvaguardia de derechos de naturaleza muy variada y su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio viene determinada no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan. En la medida en que el objeto de una demanda de medidas provisionales se refiere, como en el procedimiento principal, a una cuestión comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio -en el presente supuesto responsabilidad contractual-, éste último se aplica y su art. 24 puede fundamentar la competencia del Juez de medidas provisionales, aunque ya se haya iniciado o pueda iniciarse un procedimiento sobre el fondo, incluso aunque este procedimiento deba desarrollarse ante árbitros. La tesis expuesta no es sino concreción de la que, a "sensu contrario" se contenía ya en la *STJCE de 27 de marzo de 1979* , dictada en el Asunto 143/78 "Jacques De Cavel contra Luise De Cavel" y en la que se negó la posibilidad de adoptar medidas de aseguramiento provisionales -como colocación de precintos o embargo de bienes de los cónyuges- con base en el art. 24 del Convenio en relación con un proceso de divorcio dado que dichas medidas afectaban o estaban estrechamente vinculadas a cuestiones relativas al estado de las personas implicadas en el proceso de divorcio o bien a relaciones jurídico patrimoniales que resultaban directamente del vínculo conyugal o de su disolución, materia que está expresamente excluida del ámbito de aplicación, lo que no acontece en el supuesto ahora examinado y en el que el objeto del litigio es una disputa contractual en la que el arbitraje es el medio elegido para su solución. En suma y por las razones expuestas, las causas de oposición examinadas han de ser rechazadas.

7.- Por último, la causa de oposición referida a la indefensión que dice haber sufrido

en el procedimiento de origen la mercantil demandada como consecuencia del desarrollo del procedimiento sin audiencia ni contradicción ha de correr la misma suerte desestimatoria. La referida causa de oposición habría de incardinarse en el *art, V.1-b) del Convenio de Nueva York* -por tanto, entre las causas de oposición alegables únicamente a instancia de parte- y a cuyo tenor, se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia si la parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución "Que (...) no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa". Se ha de resaltar cómo el sistema diseñado por el Convenio de Nueva York desplaza la carga de la prueba de tales extremos a la parte que quiere oponerse al exequatur, prueba que en modo alguno puede sostenerse que acontezca en el presente supuesto, en el que la oponente se limita a denunciar la indefensión que a su entender se le ha causado "como consecuencia del desarrollo del procedimiento sin audiencia ni contradicción", alegación formulada de forma totalmente genérica y carente de concreción alguna, lo que impide a este Tribunal examinar la concurrencia de la indefensión denunciada. Es por ello que, desconociéndose en que forma o medida se ha impedido a la oponente hacer valer sus medios de defensa en el procedimiento arbitral, no puede entenderse cumplido el principio de distribución de carga de la prueba establecido en el Convenio, desestimándose, en consecuencia, la causa de oposición formulada.

A mayor abundamiento, se ha de indicar que de la documentación aportada no se desprende atisbo alguno de la indefensión denunciada. Consta en autos que la entidad demandada tuvo conocimiento tanto del nombramiento de árbitro por las empresas demandantes, como de la posibilidad de proceder al nombramiento de un segundo árbitro. Así se desprende de las comunicaciones de fechas 1 de diciembre de 2000, 2 y 15 de enero de 2001, 5 de febrero de 2001 y 6 de junio de 2001- documentos nº 10, 11, 12, 13 y 22 de los acompañados con la demanda- dirigidas bien a las entidades demandantes, bien al árbitro Mr. Baker-Harber, bien a unas y otro, y en las que la entidad demandada, habiendo tenido noticia de la designación de árbitro por las demandantes, si bien negaba la competencia del árbitro -solicitando de éste el examen de su propia competencia a la vista de la solicitud de medidas cautelares formuladas ante los Tribunales españoles-, lo cierto es que también realizaba alegaciones relativas al fondo del litigio. En consonancia con ello, el árbitro Sr. Baker tuvo por comparecidos a los demandados, representados por el Estudio Jurídico Rodrigo de Larrucea, refiriéndose en el Laudo cómo las partes remitieron las correspondientes alegaciones por escrito a través de sus abogados y significándose la no celebración de vista oral al no haber sido solicitada por ninguna de las partes.

Y agotando todas las posibilidades, ha de añadirse que aún cuando se entendiera -en contra de lo reflejado en el propio laudo- que la entidad demandada no puede ser considerada como parte personada en el procedimiento arbitral, limitándose su posición procesal a excepcionar la incompetencia del árbitro inglés, lo que, en principio, llevaría a situar a la demandada en una situación de rebeldía "por convicción" -propia de quien no comparece ante el Tribunal por entender que carece de competencia- y, en consecuencia, obstativa del reconocimiento instado, lo cierto es que dicha rebeldía habría de ser calificada de manera definitiva, y a la vista de lo erróneo de la interpretación realizada por la demandada en relación con las consecuencias derivadas de la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales españoles, no como por "convicción" sino como "por conveniencia" y, por tanto, en modo alguno obstativa del otorgamiento del reconocimiento y ejecución solicitados (*AATS de 22-4-97* , *23-9-97* , *20-1-98* , *18-4-2000* y *18-12-2001* , entre otros).

8.- En cuanto a las costas causadas en este procedimiento, procede imponerlas a la parte oponente a la que no le han sido estimadas sus pretensiones, de acuerdo con los

criterios que emanan del *art. 394 de la LEC* .

LA SALA ACUERDA

1.- Otorgamos el exequatur al Laudo Interino Definitivo (Interim Final Award) de 8 de febrero de 2001, dictado por el Arbitro inglés Mr. Michael Baker-Harber en procedimiento arbitral seguido en Londres contra la mercantil española "Ferrys del Mediterráneo, S.L.".

2.- Se imponen las costas causadas en el presente procedimiento a la mercantil oponente de exequatur.

3.- Líbrense los despachos a que se refiere el *art. 958 L.E.C* . de 1.881.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que com Secretario, certifico.