

Roj: ATS 2432/2000 - **ECLI:**ES:TS:2000:2432A

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 562/1997

Nº de Resolución:

Fecha de Resolución: 20/06/2000

Procedimiento: Exequatur

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

Exequatur. Denegación. Laudo arbitral dictado en la Cámara Internacional de París. Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1.958. Prejudicialidad: existencia de procedimiento en España entre las mismas partes.

Encabezamiento

AUTO

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Nogueira, en representación de la entidad danesa "DANSKE MEJERIERS FAELLESORGANISATION", formuló solicitud de exequatur del laudo de 31 de julio de 1.995, dictado por el árbitro D. Yves Derains, en procedimiento arbitral seguido ante la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia, por el que se condenó a la mercantil "AGRARIA DEL TORMES, S.A.", a D. Jose Daniel, D. Gregorio y D. Juan Pablo, a abonar a aquélla las cantidades que en la resolución por reconocer se detallan.

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

3.- Se han aportado los documentos siguientes: copia auténtica y apostillada del laudo cuyo reconocimiento se pretende; certificaciones de la Cámara de Comercio Internacional de París acreditativas de las formalidades seguidas en el procedimiento de origen en cuanto a las notificaciones y emplazamientos a los demandados, así como de la ejecutoriedad del laudo, todo ello con las debidas garantías de autenticidad y traducidas; copia del Reglamento de Conciliación y de Arbitraje CCI.

A requerimiento de la Sala, se ha aportado a los autos testimonio íntegro del juicio Declarativo de Menor Cuantía núm. 366/91, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zamora.

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: a) falta de legitimación activa; b) prejudicialidad al existir en

España un litigio entre las mismas partes y fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, que se tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora; c) vulneración del orden público del foro; d) no firmeza de las contingencias fiscales que fueron objeto en el procedimiento arbitral; y d) incongruencia del laudo arbitral.

5.- El Ministerio Fiscal dijo que procedía el exequatur.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. D.Xavier O'Callaghan Muñoz

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La solicitud de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad de los laudos arbitrales dictados por la Cámara de Comercio Internacional de París los días 25 de octubre de 1.994 y 31 de julio de 1.995 se debe examinar a la luz de las disposiciones del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de *sentencias arbitrales extranjeras de 10 de junio de 1958* , al que España se adhirió el 12 de mayo de 1.977 -sin declaración ni reserva alguna-, y que entró en vigor para nuestro país el 10 de agosto del mismo año. Dicho Convenio, que resulta materialmente aplicable al caso conforme a lo dispuesto en su artículo 1º , goza de preferencia respecto del Convenio celebrado entre España y Francia sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1.969 -ratificado el 15 de enero de 1.970 y publicado el instrumento de ratificación el 14 de marzo de 1.970-, que invoca la parte oponente, no ya sólo porque el artículo 16 de este último contiene una cláusula de salvaguardia en favor de los convenios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materias especiales, sino por el principio mismo de especialidad y de favorecimiento al exequatur, como instrumento para lograr la circulación internacional de las resoluciones a cuyo fin tienden las normas convencionales sobre la materia, principio éste que lleva a examinar comparativamente los requisitos exigidos por los textos convencionales en liza con arreglo a criterios de máxima eficacia, y que aquí obliga a decantarse necesariamente a favor del Convenio multilateral, vistos los presupuestos a los que condiciona el reconocimiento, y atendidas las específicas causas de oposición esgrimidas por la parte contra las que se dirige la acción de exequatur. Es éste, por demás, el criterio que esta Sala ha seguido en casos precedentes en los que también se daba una concurrencia normativa, haciendo prevalecer la especialidad y la mayor eficacia de cara a la homologación que resulta de la aplicación del Convenio de Nueva York sobre otros convenios bilaterales de carácter general (en particular, respecto del Convenio Hispano- francés, ATS 2-3-99).

2.- La parte solicitante de exequatur ha aportado los documentos a los que se refiere el artº. 4º, en relación con el artº. 2º, del Convenio , con las debidas garantías y, en su caso, oportunamente traducidos; ello, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la existencia de convenio arbitral y de su vinculación a él de las partes en litigio, de cara a este procedimiento de homologación. Por demás, el objeto que dió lugar al arbitraje es claramente susceptible de ser sometido en España al juicio de árbitros (artº. 5º, 2-a).

3.- Se ha de salir al paso, en primer lugar, de los defectos que la parte oponente refiere al poder de representación de la mercantil actora, por cuanto tales defectos afectarían a la postulación procesal en este procedimiento. El posterior otorgamiento de un poder para pleitos en España despeja cualquier duda sobre la personalidad del procurador de la actora, tanto más cuanto tras haber sido aportado a las actuaciones, nada volvió a alegar la parte oponente al respecto en los diferentes y sucesivos trámites de audiencia que le fueron conferidos. Y en lo que se refiere a una posible falta de legitimación activa en este procedimiento, si es que los demandados quieren que la alegación que esgrimen opere también como excepción de carácter procesal, baste decir en este punto que la legitimación

actora viene dada por su posición en el pleito arbitral como parte demandante, sin que quepa hacer ahora mayores consideraciones que habrían de afectar a la relación jurídica que determina la sujeción al arbitraje, cuyo examen, en lo que atañe a los presupuestos para el reconocimiento, se deja para más adelante.

4.- El núcleo de la oposición al exequatur se centra en la vulneración del orden público interno que se entiende producida por tres diferentes motivos: primero, por faltarle al demandante la necesaria legitimación activa; segundo, por existir prejudicialidad ante órganos jurisdiccionales españoles; y tercero, por reclamarse una deuda que no es firme ni definitiva. A ello se añade, también aparentemente bajo la denuncia de la transgresión del orden público, la supuesta incongruencia de la parte dispositiva del laudo arbitral. Tales alegaciones, en cuanto constituyen, en realidad, diferentes causas de oposición no siempre y en todo caso reconducibles a la específicamente contemplada en el *artº. 5º, 2-b) del Convenio de Nueva York*, deben analizarse separadamente y a la luz de cuanto dispone ese mismo artículo, tanto en su apartado primero como segundo.

5.- La falta de legitimación activa que oponen los demandados ha de entenderse referida tanto a la legitimación procesal en el pleito de origen, considerada como la peculiar situación jurídica respecto del objeto del proceso que confiere un poder de disposición sobre él, cuanto a la legitimación causal, o poder de disposición sobre el objeto de la relación jurídica material que faculta al legitimado para ejercitar la correspondiente acción, en tanto que aquélla permitiría actuar en el proceso la oportuna pretensión. En este caso, la negación de la legitimación *ad procesum* vendría dada por la negación de la legitimación *ad causam*, por cuanto al no admitirse, como seguidamente se verá, la subrogación de la actora en el marco de la relación jurídica preexistente con los demandados, no se reconoce tampoco la capacidad para ser parte en este procedimiento de exequatur.

El alegato merece una respuesta que debe partir, como presupuesto, del carácter netamente homologador del procedimiento de exequatur, puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional (*STC 132/91*) e igualmente destacado por numerosos autos de esta Sala (cf. *AATS 5-5-98* , *8-9-98* y *27-4-99* , entre otros).

Los demandados oponen la falta de legitimación de la actora para hacer actuar la cláusula arbitral y, subsiguientemente, para someter la reclamación a arbitraje, con base en la calificación del negocio jurídico celebrado el día 21 de enero de 1.991 como una cesión de contrato y no como una simple cesión de derechos y facultades, de suerte que faltando el consentimiento necesario de la parte cedida -los aquí oponentes-, no se daría el requisito que precisa el ordenamiento jurídico español para que la cesión fuese válida y eficaz. La cuestión de la determinación del objeto y naturaleza del referido negocio fue ampliamente discutida en el arbitraje de origen, y debidamente resuelta en el laudo preliminar de fecha 25 de octubre de 1.999. Por lo tanto, su nuevo examen en esta sede, tanto de la calificación del negocio jurídico -y con arreglo a qué ley debe hacerse-, como de sus efectos, excede de las facultades que corresponden a esta Sala como tribunal llamado a resolver sobre la homologación del laudo extranjero, pues afectaría a una materia propia del procedimiento de origen cuya revisión no viene consentida por afectar al orden interno, toda vez que la falta de legitimación que se invoca no constituye materia propia de él, al no alcanzar a los principios básicos y esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el contenido netamente constitucional del concepto de orden público -en sentido internacional-, identificado, principalmente, con los principios y los derechos fundamentales y libertades consagradas en la Carta Magna. El alegato tiene, ciertamente, otra lectura, relevante a los efectos de resolver sobre la procedencia de la homologación: se trataría de reconducir esa falta de legitimación hacia la inexistencia de convenio arbitral vinculante entre las partes y, por tanto, oponible eficazmente por la actora frente a los demandados, ya sea por no

quedar incluida la cláusula compromisoria en el conjunto de los derechos y facultades cedidos, ya por faltar el consentimiento del cedido respecto de la cesión del convenio arbitral, y en ambos casos con fundamento en la autonomía del acuerdo de arbitraje respecto del contrato en el que se halla incluido. El enfoque encuentra entonces acomodo en la causa de oposición recogida en el *artº. 5º, 1-a) del Convenio de Nueva York*, y justifica la alegación de la nulidad del convenio arbitral que hacen los demandados, empleando su propia expresión. La autonomía de la cláusula compromisoria determinaría, pues, que no se considerase incluida en el contenido de las facultades o derechos cedidos, lo cual sirve tanto para el caso de que se entienda el negocio de cesión como una cesión de derechos o como una cesión de contrato, exigiéndose siempre el consentimiento del cedido para que pueda hacerse valer el acuerdo de arbitraje por persona distinta de quienes fueron parte en él, es decir, para que opere la cesión de dicho convenio arbitral. La argumentación, como se puede ver, no apunta a la invalidez o ineficacia de la cláusula arbitral "per se", sino a la ineficacia del acuerdo, por considerarse que el demandante carece de poder de disposición para instar su actuación al faltar el consentimiento de la otra parte. Llegado este punto, resulta oportuno recordar que la norma que regula el reconocimiento, el *Convenio de Nueva York, parte de un claro principio de favorecimiento del exequatur, desplazando hacia la parte contra la que se dirige la ejecución la carga de acreditar la concurrencia de alguna de las causas de oposición que describe el artº. 5, apartado 1*. De manera que, excluida la caracterización del alegato como cuestión de orden público, ha de ser de cuenta de la parte oponente acreditar que de acuerdo con la ley rectora del contrato arbitral, y en su caso, conforme a los usos y prácticas y los precedentes judiciales aplicables, tal cesión fue ineficaz, tanto porque presentaba autonomía respecto de los derechos y facultades cedidos, como porque requería el consentimiento expreso y singular del cedido; ley rectora que no resulta ser la española, ya se atiende a lo dispuesto en el apartado a) del citado artº. 5.1 del Convenio -aunque, se insiste, no es propiamente tal lo que en realidad se opone-, ya se atiende a la norma de colisión autónoma, visto el tenor de los contratos en donde quedan incluidas las sucesivas cláusulas arbitrales y el ordenamiento jurídico al que quedan sometidos. Así las cosas, al no haberse desarticulado la legitimación para promover el arbitraje de origen, resulta evidente la capacidad de la actora para ser parte en este procedimiento, que deriva de su intervención en aquél y en el hecho de ser parte favorecida por la decisión arbitral.

6.- La oposición al exequatur de los demandados continúa mediante la alegación de la prejudicialidad originada como consecuencia de la interposición de una demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles, concretamente ante el Juzgado de 1ª Instancia de Zamora, demanda que dió lugar a los autos del juicio de mayor cuantía nº 366/91, seguido ante el Juzgado número 4 de los de aquella capital. El motivo de oposición se ampara en el ordinal 4º del artículo 4 del Convenio suscrito entre Francia y España el 28 de mayo de 1969, Convenio que, como se ha visto, no constituye la norma rectora de los presupuestos para la homologación del laudo arbitral extranjero, por lo que la alegación debe reconducirse hacia el *art. 5, 2º b) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958*. El obstáculo al reconocimiento se sitúa, por lo tanto, y dentro del contenido del orden público del foro, en la pendencia en España de un procedimiento cuya decisión habría de ser inconciliable con los efectos propios de la resolución extranjera que se pretende ejecutar.

Para analizar la virtualidad obstativa de este alegato conviene tener cerca los criterios que esta Sala ha ido formando en torno a los efectos de la pendencia de un procedimiento en el foro respecto del singular cauce del exequatur, y particularmente aquellos que han servido para delimitar la causa de oposición al reconocimiento prevista en el *artº. 5, 2º b) del Convenio de Nueva York*. La caracterización del concepto de litispendencia en el concreto ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, más específica si cabe que la litispendencia internacional - ésta impositiva de la

decisión del pleito promovido en el foro-, se basa en la necesidad de evitar la concurrencia, siquiera posible, de dos resoluciones que en sí mismas o por sus efectos sean de imposible coexistencia, condición ésta que no exige, en principio, que deba mediar una identidad de partes y una absoluta coincidencia de objetos y de causas, ni que el proceso pendiente en España se haya iniciado necesariamente con anterioridad al promovido en el extranjero o a la solicitud de reconocimiento de la resolución que le puso término. Evidentemente, la concurrencia de semejantes circunstancias tendrá gran transcendencia a la hora de dotar a la litispendencia de efectos impeditivos del exequatur, pero no constituyen requisitos de ineludible presencia que formen el contenido de aquélla, en el sentido internacional indicado, y de cara a actuar como obstáculo al reconocimiento (*AATS 1-12-98* , *19-1-99* y *16-11-99*). De este modo, la litispendencia se conceptúa ampliamente, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro. Es ésta, por demás, la tendencia que se sigue en el ámbito del reconocimiento de decisiones dentro de la Comunidad Europea, en donde se ha buscado dotar a la litispendencia de un contenido autónomo (cf. *SSTJCE asuntos Overseas, de 27 de junio de 199, Gubisch, de 8 de diciembre de 1987* , y *Tatry, de 6 de diciembre de 1994*), y, en general, en la esfera internacional, en aquellos campos que, como el que se refiere al reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, aparecen regulados por normas convencionales específicas, encaminadas decididamente a favorecer la libre circulación de resoluciones.

Pues bien, la proyección de los criterios expuestos al presente caso determina ineludiblemente la estimación de la causa de oposición que se analiza. El arbitraje tuvo por objeto obtener frente a los demandados una declaración de responsabilidad por las deudas fiscales de la sociedad adquirida finalmente por la mercantil solicitante del exequatur y la condena a satisfacer a ésta las cantidades resultantes de la liquidación tributaria, declaración y condena que tenían su fundamento, en primer término, en los contratos de compraventa de acciones y en las cláusulas y contratos de garantía accesorios de tales transmisiones, especialmente el suscrito el 19 de septiembre de 1990, y en último término, en la subrogación de la demandante en la posición de la primitiva adquirente de las acciones, respecto de los derechos y acciones que ésta tuviese frente a los vendedores, los demandados aquí oponentes. Por su parte, el juicio promovido por éstos en España -cuya demanda ha sido admitida a trámite, estando en la actualidad en curso la citación y emplazamiento de uno de los codemandados a través de comisión rogatoria, y habiéndose personado en autos el otro codemandado-, tiene por objeto la declaración de nulidad de los contratos firmados con fechas 4 y 19 de septiembre de 1990, con fundamento en los *arts. 1261 y siguientes del CC* , alternativamente su resolución con base en el *artº. 1124 CC* ., y, asimismo, la resolución de los contratos de fecha 26 de septiembre de 1985 y 9 de mayo de 1989, por aplicación del *artº. 1124 CC* . Se observa, por lo tanto, que aun cuando no se da una absoluta identidad entre los sujetos, objeto y causa de ambos procedimientos, resulta innegable la interrelación entre ellos, y entre los efectos y las consecuencias derivadas de la resolución arbitral y la que eventualmente ha de decidir el litigio promovido en España, desde el punto y hora en que en él se pretende la resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa de acciones, de los que trae causa la legitimación de la mercantil demandante de origen frente a los demandados a resultas de su posterior adquisición de las acciones y subsiguiente subrogación en la posición de la primitiva adquirente, y desde el momento -y esto es determinante- en que se solicita la declaración de nulidad, y alternativamente su resolución, del contrato de garantía que sirve de fundamento a la pretensión de la declaración de responsabilidad y de condena de aquéllos. Así las cosas, evidentes razones de seguridad jurídica, necesariamente anudada al presupuesto del reconocimiento que ahora se examina, aconsejan la denegación del exequatur en tanto no se resuelva el procedimiento seguido en el foro, y sin perjuicio de los efectos que pudiera

tener la eventual sentencia que le ponga término frente a una nueva solicitud de reconocimiento del laudo extranjero. Y no puede, en fin, dejar de ponerse de manifiesto que el procedimiento promovido en España se inició el día 4 de septiembre de 1991, fecha en que la demanda tuvo entrada en el correspondiente registro del órgano jurisdiccional, habiendo sido admitida a trámite por Providencia de fecha 30 de septiembre del mismo año, en cuyo momento se producen los efectos de la pendencia del pleito; aspecto éste último, el del nacimiento de los efectos de la pendencia, que en los casos de litispendencia internacional, y particularmente en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras, ha de venir determinado por los criterios imperantes en el ordenamiento jurídico del foro, que, por cierto, no son distintos de los que la propia parte solicitante invoca, pero su eficacia obstativa, que, al contrario de lo que sostiene, conducen a apreciar en el presente caso, una vez admitida como ha sido la demanda y producido el emplazamiento de los demandados. El procedimiento arbitral, por su parte, se promovió con posterioridad a esa fecha -el 26 de agosto de 1992-, habiéndose dictado un primer laudo -el Preliminar- el día 25 de octubre de 1994, y posteriormente el de fecha 31 de julio de 1995. Y, por último, la solicitud de reconocimiento tuvo lugar el 13 de febrero de 1997, fecha en la que se presenta la demanda de exequatur. Esta sucesión cronológica permite excluir con un cierto grado de seguridad la presencia de posibles conductas fraudulentas de los demandados encaminadas a utilizar el proceso seguido en España de forma abusiva y con el único y exclusivo fin de impedir la eficacia de la decisión arbitral extranjera, conclusión que se mantiene no obstante el dilatado período de tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda, pues una vez examinadas las actuaciones, cuyo testimonio fue remitido por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Zamora a requerimiento de la Sala, no puede atribuirse de forma decidida a los allí actores y aquí oponentes al exequatur la responsabilidad en semejante dilación, cuya causa parece encontrarse fundamentalmente en las incidencias surgidas con motivo de la determinación de los sujetos que debía figurar como demandados -incidencias motivadas, a su vez, por las complejas transmisiones de acciones de unas y otras compañías-, y, especialmente, en la tramitación de la comisión rogatoria cursada para citar y emplazar a una de las codemandadas, con domicilio social en Dinamarca.

6.- En cuanto a las costas causadas en este procedimiento, procede imponerlas a la parte demandante, de acuerdo con los principios que rigen en la materia y que emanan del *art. 523 de la LEC*.

LA SALA ACUERDA

1.- Denegamos el exequatur al laudo arbitral de fecha 31 de julio de 1.995 dictado por el Árbitro D. Yves Derains, en procedimiento arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia, promovido por la mercantil "DANSKE MEJERIERS FAELLESORGANISATION" contra la sociedad "AGRARIA DEL TORMES, S.A.", D. Jose Daniel, D. Gregorio y D. Juan Pablo.

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

3.- Devuélvase el laudo arbitral y la demás documentación aportada a las actuaciones.

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