Roj: ATSJ CAT 100/2012 - **ECLI:**ES:TSJCAT:2012:100A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 194/2011
Nº de Resolución: 37/2012
Fecha de Resolución: 15/03/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Arbitraje núm. 194/11

(Exequatur)

A U T O núm. 37/12

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilma. Sra. Dª. Mª Eugenia Alegret Burgués

Ilma. Sra. Dª. Nuria Bassols Muntada

Barcelona, 15 de marzo de 2012.

HECHOS

Primero.- Por la procuradora Dª. Montserrat Llinás Vila en nombre y representación de "STARLIO SHIPPING COMPANY LIMITED" se interpuso el 24 de noviembre de 2011 escrito solicitando el reconocimiento del laudo arbitral extranjero dictado en Londres en fecha 19 de octubre de 2011 por el árbitro D. Patrick O'Donovan, contra la mercantil "EUROCONDAL SHIPPING S.A.".

Segundo.- En dicha solicitud y por medio de Otrosí la parte actora solicitó la adopción de medidas cautelares, circunstancia que fue desestimada por auto de fecha 9 de diciembre de 2011, quedando a salvo el derecho de la parte a promover su adopción ante el órgano competente.

Tercero.- Después de que la parte demandada y el Ministerio Fiscal emitieran los correspondientes escritos sobre la cuestión planteada, por providencia de fecha 9 de febrero

de 2012 se señaló para su votación y fallo el día 12 de marzo de 2012 a las 11:00 horas de su mañana.

Ha sido ponente la Magistrada de esta Sala **Ilma. Sra. Dª. Mª Eugenia Alegret Burgués.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil Starlio Shipping Company Limited presenta, al amparo del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, solicitud de homologación del laudo arbitral dictado en fecha 19 de octubre de 2011 por el árbitro único Sr. Patrick O'Donovan contra la sociedad Eurocondal Shipping SA (Aka Eurochartering SA y Euromaq Aduanas SA). En el trámite de audiencia concedido se opone dicha empresa al reconocimiento del laudo referido alegando, de un lado, que la concesión del exequátur vulneraría el orden público español, en concreto, el principio de tutela judicial efectiva consagrado en elart. 24 de la Constitución españolay, de otro, la falta de notificación de la designación del árbitro y del procedimiento arbitral.

SEGUNDO.- Legislación aplicable y competencia.

En la resolución del presente exequátur se ha de estar a los términos del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), al que se adhirió España sin reservas en instrumento de 12 de mayo de 1977, de conformidad con lo dispuesto en elartículo 46,2 de la Ley de Arbitraje 60/2003.

La competencia para el conocimiento y resolución del exequátur ha quedado residenciada, tras la promulgación de la LO. 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 20/2011, de 20 de mayo, de reforma de laLey 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 8) en las Salas civiles y penales de los Tribunales Superiores de Justicia y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil español.

El referido Convenio (CNY) sujeta la obtención de exequátur a la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos. En primer lugar, unos de carácter formal que operan como presupuestos de la correspondiente resolución, consistentes en la aportación junto con la demanda del original o copia autenticada de la resolución arbitral, así como del original o copia autenticada del acuerdo o convenio arbitral descrito en elart. II, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción(art. 4). Y otros, de fondo, constatables de oficio relacionados con la ley del Estadodonde el laudo ha de ser ejecutado como son que el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje (art. V-2 a), y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público de ese país (art. V-2 b). Por el contrario, el examen del fondo del asunto, queda al margen de la comprobación. Otras causas de denegación del reconocimiento son tasadas y se recogen en el art. V del Convenio. Sólo pueden ser estimadas a instancia de parte correspondiendo la carga de la prueba a quien las invoque. Con tal disposición se quiso superar los inconvenientes derivados de la prueba que imponían al solicitante para la acreditación de un numeroso grupo de requisitos previos para su homologación, desplazando hacia la contraparte (extremo fundamental en la interpretación del CNY) la carga de la prueba de la concurrencia o no de los motivos de oposición que se esgrimen y que no deban ser apreciados de oficio por el Tribunal, con la clara finalidad de constituir un instrumento eficaz para el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales (ATS 7 Octubre 2003y ATSJC de 17-11-2011).

TERCERO.- Motivos de oposición.

Sentado que la materia sobre la que ha versado el laudo, incumplimiento por parte de la compañía Eurocondal Shipping SA de las condiciones del fletamento concertado con la compañía instante, es susceptible de arbitraje en nuestro país, procede examinar si como afirma la parte que se opone al reconocimiento del laudo emitido, el reconocimiento se opondría al orden público español por infringir el principio constitucional de tutela judicial efectiva establecido en elart. 24 de la Constitución-en su vertiente de indebida exclusión de la jurisdicción de los tribunales- por no existir convenio arbitral entre las partes, lo que opone Eurocondal Shipping SA al amparo delart. V,2 b) yart. V i, a) en relación con elartículo II del Convenio de Nueva York.

Alega Eurocondal que no existe un acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje las diferencias que puedan surgir entre ellas. Afirma que en el documento nº 6 en el que se recoge un correo electrónico del Sr. Cesareode Eurochartering dirigido a los intermediarios de la solicitante no se recoge ningún consentimiento de ningún empleado representante o apoderado remitiendo las diferencias al arbitraje.

Seguidamente y contradictoriamente con la anterior afirmación se dice que para comprobar si el consentimiento prestado es o no válido debemos estar alReglamento CEE 593/2008 y al artículo 5de la ley española 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, conforme al cual las condiciones generales que la parte instante pretende aplicar no son válidas cuando el predisponente no ha informado expresamente al adherente acerca de su existencia.

Pues bien, del examen de la documentación aportada por la instante se advierte la inconsistencia de las alegaciones de la parte oponente.

De un lado, es doctrina reiterada (AATS 17 abril 98,31 julio 2000;13 de noviembre 2001,26 febrero 2002y7 octubre 2003entre otros) que en esta materia predomina un criterio antiformalista, de modo que si el CNY exige la forma escrita lo es a efectos de que quede constancia de la existencia del pacto, pudiendo resultar el convenio arbitral de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación más modernos que dejen constancia del acuerdo.

De esta forma, como criterio interpretativo, resulta de interés la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del art. II del CNY aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) de 7 de julio de 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, elart. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que debe incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte admite ya elartículo 9.3 de la Ley de Arbitrajeespañola.

De este modo, en el correo electrónico objeto del documento nº 6 acompañado por la actora, las partes (cuenta de Eurocondal AKA Eurochartering SA fl. 201 y ss) se remiten a condiciones ya acordadas en anteriores relaciones comerciales, modificando, adicionando o suprimiendo algunas de ellas -entre las que no sufren modificación la cláusula 61, de sumisión al arbitraje de la Asociación de árbitros marítimos de Londres y sometimiento del contrato a la ley inglesa (doc. 3a fl 100)- haciéndose constar, no obstante, en forma expresa en dicho correo, en el que se recogen las concretas condiciones del fletamento del buque MEKONG SPIRIT aceptadas por CesareoEurochartering Management en nombre de

los fletadores, la siguiente mención: "Arbitraje/GA en Londres, se aplicará la ley inglesa. Ga de conformidad con la reglas Y/A 1994. "(fl. 203). Mal cabe, entonces, alegar inexistencia o desconocimiento de la cláusula de sometimiento al arbitraje.

De igual modo, surgida la controversia y notificado el inicio del proceso arbitral a Eurocondal y a Eurochartering ningún alegato consta de dichas empresas respecto a la inexistencia o desconocimiento de la cláusula arbitral (Auto TS 7-10-2003).

Ello significa que el convenio existió y que la oponente era conocedora de sus términos, por más que adoptase una posición pasiva de conveniencia en cuanto al mismo.

CUARTO.- Tampoco pueden ser acogidas las alegaciones de la parte demandada relativas a la nulidad del convenio arbitral por vulneración de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación de 1998.

De un lado, el artículo V 1. A) del CNY contiene una regla de exequátur de carácter conflictual, que conlleva la necesidad de justificar la alegada ineficacia conforme a la ley a la que se refieren las conexiones que contempla el precepto, y que impide afirmar la improcedencia del reconocimiento mediante la automática invocación de las normas de producción interna, o de otras normas supranacionales, como las que integran el acervo comunitario, en tanto su aplicación no sea traída por la regla conflictual señalada. La aplicación de este tratado resulta preferente también en esta materia de conformidad con lo dispuesto en elart. 3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Las partes se sometieron, como antes hemos dicho, a la ley inglesa. No se ha acreditado que el convenio no sea válido en virtud de la Ley a que las partes han sometido el contrato, incumbiendo la carga probatoria a la parte que se opone.

En cualquier caso, bajo el principio que impera en esta materia, conocido como "Kompetenz-Kompetenz", son los árbitros quienes deben decidir sobre su propia competencia y sobre la existencia y validez del convenio arbitral (art. 22 LA). Los eventuales defectos del convenio debieron ser opuestos en el marco del procedimiento arbitral toda vez que no nos hallamos ante relaciones jurídicas entre un consumidor y un empresario que podría justificar una actuación de oficio en la medida en que fuesen contrarias a las normas nacionales de orden público (TSJCE 6 octubre 2009) sino en el caso de contratación entre empresarios del mismo sector marítimo, en el cual la nulidad quedara condicionada a los elementos de hecho y de derecho aplicables, como declara dicha sentencia con cita de la sentencia Pannon (TJCE 2009, 155), sin olvidar que la jurisprudencia del TS ha admitido la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios, por ser tales cláusulas como su propio contenido usuales en el comercio marítimo (Auto TS 28 de Marzo del 2000y 26 de Febrero del 2002y los que en ellos se citan).

De igual forma dice al efecto elATS 31 Mayo 2005que:

" ... *el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz con fundamento en la existencia de un desequilibrio negocial y en la necesidad de evitar el abuso de la posición de dominio que se predica de la solicitante, toda vez que es harto difícil apreciar en la demandada situación de inferioridad frente a la demandante cuando, por un lado, no puede reconocérsele la condición de consumidor .... cuya protección sea precisa por imperativos de orden público*

en la medida en que los intereses de éstos hayan pasado a nutrir el concepto de orden público en el indicado sentido internacional, tratándose como se trata de dos sociedades mercantiles en las que, por ende, no cabe apreciar otro desequilibrio en lo que concierne a su posición en el mercado, y, en consecuencia, en lo que atañe a su posición contractual, que el que se deriva de la mera afirmación de la que se opone al reconocimiento; y cuando, por otro lado, es práctica comúnmente aceptada en el comercio internacional el recurso de acudir al empleo de condiciones generales que facilitan la contratación y que recogen los usos y prácticas comerciales habitualmente utilizadas en el tráfico."

En consecuencia el motivo se desestima.

QUINTO.- El segundo motivo de oposición al reconocimiento del laudo de fecha 19-10-2011 se fundamenta en no haber sido Eurocondal debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, razón que le ha impedido hacer valer sus medios de defensa.

Afirma la mercantil demandada que la instante debió notificarle personalmente o mediante correo certificado con acuse de recibo el nombramiento del árbitro y los trámites del procedimiento arbitral en su domicilio, en lugar de hacerlo mediante fax dirigido a un lugar no previamente designado por Eurocondal para recibir notificaciones.

Tales argumentos han de rechazarse porque, recayendo la carga de la acreditación de tales hechos a quien los invoca, no ha probado la alegante debidamente las circunstancias de las que deduce el incumplimiento de las formalidades prescritas para la notificación de la designación del árbitro con arreglo a la ley inglesa a la que quedaba sujeto el arbitraje. A esos fines no puede resultar suficiente la cita de determinados artículos de la ley Modelo Uncitral.

A estos efectos no cabe desconocer que en el motivo de oposición al reconocimiento que esgrime la demandada, si bien se dirige a preservar la regularidad de la actuación en el procedimiento de designación del árbitro o árbitros del colegio arbitral, subyace la evidente finalidad de evitar la lesión de las garantías y derechos de defensa del demandado, que pasan por el necesario conocimiento del inicio del arbitraje y la posibilidad de nombramiento de otro árbitro. Pero tampoco puede olvidarse que la indefensión que se alegue ha de tener un contenido material o efectivo. La mercantil oponente no niega la recepción de las cartas en la que se comunica la designación del árbitro y los posteriores trámites del procedimiento (obran unidas al procedimiento) y que fueron remitidas por fax a dos números de teléfono de Barcelona. Tampoco niega que dichos teléfonos correspondan a las empresas. Siendo el fax una forma usual de envío y recepción de documentos, admitida incluso en elart. 155,5 de la Lec 1/2000para las comunicaciones entre los órganos judiciales y las partes, no cabe avalar, con independencia de cuál haya debido ser el procedimiento para llevar a cabo dichas notificaciones -que no consta tampoco fuese otro- alegaciones basadas en meros formalismos, que no se avienen por demás con la rapidez y agilidad que exige el tráfico mercantil (Auto TS de 13-3-2001yAuto TS 3-2-2004).

De otro lado, ninguna objeción hizo a la comunicación de designación del árbitro ni en el curso del procedimiento arbitral puso en conocimiento del árbitro cualquier posible infracción de las formalidades prescritas para el desarrollo del procedimiento arbitral con arreglo a la ley a la que quedaba sujeto el mismo.

Como indica elAuto Tribunal Supremo de 13-3-2001:

" Por ello, no cabe apreciar ninguna vulneración de los principios de audiencia,

contradicción e igualdad que pudiera ser causante de indefensión, ni, de los derechos de defensa de la allí demandada, derivada de la falta de conocimiento de la existencia del procedimiento arbitral y de la designación del árbitro, o del transcurso de los diferentes trámites de alegación y defensa, pues habiendo quedado constatada la noticia de aquellos extremos, y, no quedando constancia de que el procedimiento arbitral se hubiese desviado de su ley rectora, se debe concluir que la demandada bien pudo oponer los motivos y medios de defensa adecuados, tanto en cuanto a la forma como al fondo, en el curso del procedimiento arbitral; siendo, en fin, su voluntaria falta de intervención en el mismo la que impide apreciar la falta de las debidas garantías, dentro del concepto de orden público en sentido internacional, visto su contenido netamente constitucional (SSTC 112/93 , 153/93 , 364/93 , 158 , 94 y 262/94 , 178/95 , 18/96 , 137/96 , 99 y 140/97 y 44/98 , entre otras muchas)."

Por lo expuesto el segundo motivo de oposición también debe ser rechazado.

SEXTO.- Costas.

Procede imponerlas a la parte que se ha opuesto al reconocimiento, de conformidad con elart. 394 LEC.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, ha decidido:

Otorgamos el exequátur solicitado por la mercantil Starlio Shipping Company Limited del laudo arbitral dictado en Londres, con fecha 19 de octubre de 2.011, por el árbitro Patrick O'Donovan por el que se condena a Eurocondal Shipping SA, en los términos que se establecen en el laudo, con imposición de las costas a la parte oponente al exequátur.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados indicados al margen, doy fe.