

Roj: ATSJ CAT 103/2012 - **ECLI:**ES:TSJCAT:2012:103A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 195/2011
Nº de Resolución: 51/2012
Fecha de Resolución: 29/03/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: NURIA BASSOLS MUNTADA
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Arbitraje núm. 195 / 11

(Exequátur)

A U T O núm. 51 / 12

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols Muntada

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 29 de marzo de 2012.

HECHOS

Primero.- Por la procuradora D^a. Montserrat Llinás Vila en nombre y representación de "MS AMAZON RIVER I CV" se interpuso el 24 de noviembre de 2011 escrito solicitando el reconocimiento del laudo arbitral extranjero dictado en Londres en fecha 7 de septiembre de 2011 por el árbitro D. Christopher J. W. Moss.

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 11:30 horas de

su mañana.

Ha sido ponente la Magistrada de esta Sala **Ilma. Sra. D^a Núria Bassols Muntada**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de abordar la procedencia de la concesión de reconocimiento, a los efectos de posterior ejecución del laudo arbitral descrito, esta Sala debe de dejar sentado que: por la misma procuradora Dña. Montserrat Llinás Vila, en nombre y representación de "EUROCONDAL SHIPPING COMPANY LIMITED" se presentó el mismo día 24 de noviembre de 2011 , contra la misma compañía fletadora EUROCONDAL SHIPPING S.A." un escrito prácticamente idéntico al que originó este procedimiento de exequátur, solicitando el reconocimiento de un laudo de características análogas al que nos ocupa , dictado también en Londres, al igual que el que se promueve en este procedimiento, pero en aquel caso por el árbitro D. Patrick O'Donovan , con fecha 19 de octubre de 2011.

Dicha petición dio lugar al dictado de un auto (37/12) el pasado 15 de marzo cuyo contenido debe de coincidir casi en su integridad con la resolución que ahora se aborda, habida cuenta la similitud del problema planteado. En la parte dispositiva del laudo de 15 de marzo se acordó :

" 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.

Procede en consecuencia resaltar que, en el supuesto que ahora se trata, la instante del exequátur es la mercantil MS AMAZON RIVER I CV, que 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 7 de septiembre de 2011 por el árbitro D. Christopher J.W. Moss.

Asimismo, en el trámite de audiencia concedido a la entidad fletadora, que según se razonó en el laudo dictado en Londres incumplió la póliza de fletamento , se opone la empresa EUROCONDAL SHIPPING S.A. , 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 el art. 24 de la Constitución española, por falta de notificación del laudo arbitral, pero no por falta de notificación de la designación del árbitro (que sí se adujo en el procedimiento tramitado en esta sala con el número 195/2011, al cual se hace continua alusión).

SEGUNDO.-Legislación aplicable y competencia .

En la resolución del presente exequátur , se ha de coincidir en lo que atañe a legislación aplicable y la competencia de este Tribunal Superior de Justicia, con lo dicho en el Auto de 15 de marzo de 2012, consiguientemente procede seguir las pautas derivadas 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 el artículo 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 la Ley 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 el art. II, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción (art. 4). Y otros, de fondo, constatables de oficio relacionados con la ley del Estado donde 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 2003 y ATSJ 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 el primer motivo de oposición, en el sentido de comprobar, tal como afirma la parte que se opone al reconocimiento del laudo emitido, si el reconocimiento se opondría al orden público español por infringir el principio constitucional de tutela judicial efectiva establecido en el art. 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 del art. V, 2 b) y art. V i, a) en relación con el artículo 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. Consiguientemente pretende ignorar los correos electrónicos que obran a los autos, aportados por la peticionante como documento número 2, de los cuales se desprende, que tal como se dice en el escrito inicial, en éste supuesto fue precisamente la compañía fletadora EUROCONDAL SHIPPING SA, con domicilio en Barcelona la que realizó la petición de fletamento, aceptando en su encargo, la póliza de fletamento en cuya cláusula 61 figura el sometimiento al arbitraje en la forma en que se llevó a cabo a instancias de la compañía armadora ante el incumplimiento del contrato por la contraria.

Seguidamente y contradictoriamente con las afirmaciones más arriba hechas, se dice que para comprobar si el consentimiento prestado es o no válido debemos estar al Reglamento CEE 593/2008 y al artículo 5 de 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 Arbitrajespañola.

De este modo, en el correo electrónico objeto del documento nº 2 acompañado por la actora, los intermediarios de la compañía fletadora con el mail "chartering@absehamburg se ponen en contacto con el intermediario de la armadora Gerard Glazenburg, para realizar el encargo que provocó esta petición de exequátur; en dicho encargo se acompañaba el clausulado de la póliza "de fletamento por tiempo" del modelo impreso tipo Baltim 1939 (revisión 2001), en el que obra la cláusula 61 de arbitraje LMAA, que el mentado Gerard Glazenburg aceptó en su mail del 8 de abril.

Consiguientemente resulta indiscutible la aceptación por ambos contratantes de la sumisión al arbitraje de la Asociación de árbitros marítimos de Londres y el sometimiento del contrato a la ley inglesa .

A lo expuesto hay que añadir , que en el supuesto que nos ocupa no se alega que se ignoraba el sometimiento al arbitraje , ya que tal desconocimiento se opondría frontalmente a lo reflejado en el laudo dictado por D. Cristopher JW Moss precisa: a) que en fecha 12 de mayo de 2011, " *habían sido informados por los abogados londinenses Holman Fenwick & Willan de que habían sido designados para la representación del fletador en este asunto* "; b) que el 20 de junio de 2011 los abogados citados declararon que ya no estaban actuando en representación de los fletadores en el arbitraje, y que en la misma fecha, el despacho Mestre Abogados de Barcelona había sido designado para representar el fletador; c) a su vez el 27 de junio de 2011 el despacho Mestre Abogados comunica al árbitro *londinense* " *gracias por sus mensajes. Desafortunadamente no hemos recibido ninguna instrucción de los Sres. Mauricio* " ; d) consiguientemente se dictó el laudo arbitral el " *séptimo día de septiembre de 2011*", sin que Mauriciohubiera hecho ningún alegato en tiempo oportuno, desprendiéndose de lo manifestado por sus letrados que incluso parecía aquietarse a lo que en su día decidiera el árbitro único designado a instancias dela contraria .

Consiguientemente, no hay ni tan siquiera indicios de que dicha empresa desconociera la cláusula arbitral (Auto TS 7-10-2003); sino que puede , incluso, afirmarse lo contrario.

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 el art. 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 2000 y 26 de Febrero del 2002 y los que en ellos se citan).

De igual forma dice al efecto el AT 31 Mayo 2005 que:

"... 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 Mauriciodebidamente notificada del procedimiento de arbitraje, razón que le ha impedido hacer valer sus medios de defensa.

Ya hemos dicho más arriba que la documental aportada por la peticionante demuestra lo contrario, con lo cual es absurda la alegación hecha por la mercantil demandada, en el sentido 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

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, con independencia de cuál haya debido ser el procedimiento para llevar a cabo dichas notificaciones, que deben avenirse 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 112/93,153/93,364/93,158,94y262/94,178/95,18/96,137/96,99y140/97y44/98, 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 el art. 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 MS AMAZON RIVER I CV del laudo arbitral dictado en Londres, con fecha 7 de septiembre de 2011, por el árbitro D. Christopher J. W. Moss 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.