Roj: ATSJ CAT 184/2013 - **ECLI:**ES:TSJCAT:2013:184A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 32/2012
Nº de Resolución: 46/2013
Fecha de Resolución: 25/03/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Arbitraje núm. 32/2012

(Exequátur)

A U T O núm. 46

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilma. Sra. Dña. Mª Eugenia Alegret Burgués

Barcelona, 25 de marzo de 2013.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. Cristina Borrás Mollar, en nombre y representación de la mercantil SIERRA-AFFINITY,LLC, se presentó el 26 de octubre de 2012 escrito solicitando el reconocimiento del laudo arbitral extranjero firme dictado en Los Ángeles por el árbitro Marc. R. Stein de la Corte Arbitral Internacional de la IFTA que condena a la entidad mercantil "Wide Pictures.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 7 de noviembre de 2012, tal como establece elartículo 956 de la antigua LECde aplicación al presente caso, previamente a resolver sobre lo solicitado, se acordó oír a la parte contra la que va dirigida la acción arbitral, la entidad mercantil "Wide Pictures, S.L.", para que en el plazo de nueve días pudiese alegar sobre la cuestión planteada.

Dicha entidad mercantil realizó en plazo las pertinentes alegaciones oponiéndose a la

contraria y por diligencia de ordenación de 26 de noviembre de 2012 se acordó que con carácter previo a resolver sobre su admisión a trámite, deberá regularizar su personación ante este Tribunal mediante la intervención de Letrado y Procurador que la defienda y represente, respectivamente, en estas actuaciones.

TERCERO.- La entidad mercantil "Wide Pictures, S.L." presentó en esta Sala en tiempo y forma escrito cumplimentando el requerimiento efectuado y por diligencia de ordenación de 17 de diciembre de 2012 se acordó tener por comparecido y parte al Procurador Sr. Jesús De Lara Cidoncha en representación de la mencionada Entidad y se le requirió, a la vez que al Letrado D. Vidal Correonero Barbero, para que ratificase el escrito de alegaciones en su día presentado por "Wide Pictures, S.L", lo cual verificaron en tiempo y forma.

Por diligencia de ordenación de 20 de diciembre de 2012 se dio traslado al Ministerio Fiscal por término de nueve días a fin de que pudiese alegar sobre la cuestión planteada, el cual realizó el correspondiente informe en fecha 3 de enero de 2013 interesando la desestimación de los motivos de oposición formulados al reconocimiento del laudo arbitral.

Por diligencia de ordenación de 10 de enero de 2013 se dio traslado a las partes comparecidas del escrito presentado por el Ministerio Fiscal y se dio nuevamente traslado a la parte solicitante del exequátur para que en el plazo de nueve días pudiese hacer alegaciones respecto de los motivos de oposición formulados por la contraparte, lo cual realizó mediante escrito de 29 de enero de 2013.

Por providencia de fecha 31 de enero de 2013 se señaló para su votación y fallo el día 14 de marzo de 2013 a las 11 horas de su mañana.

Ha sido ponente la **Ilma. Sra. Dña. Mª Eugenia Alegret Burgués** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil SIERRA-AFFINITY, LLC 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 20-7-2012 por el árbitro único Sr. Marc R. Stein contra la sociedad Wide Pictures SL.

En el trámite de audiencia concedido se opone dicha empresa al reconocimiento del laudo referido alegando, de un lado, la invalidez del convenio y, de otro, 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 Española.

SEGUNDO.- Legislación aplicable, competencia y procedimiento

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 elarticulo 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 del 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. Solo 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).

La homologación que establece el antes citado Convenio de Nueva York de 1958 parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral.

En efecto, aunque el mencionado Convenio no articula un sistema de reconocimiento automático, sí que se parte de un principio favorable al reconocimiento y ejecución pues configura un sistema de homologación cuyo fundamento se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del convenio de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia del laudo arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, trasladando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir (ATS de 5-5- 1998)

Respecto del procedimiento se ha de señalar que los trámites por los que debe sustanciarse la petición de reconocimiento y ejecución del laudo son los establecidos en losartículos 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, declarados vigentes por el apartado 1.3 de la Disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y al tratarse de un laudo extranjero, pronunciado fuera del territorio español.

La doctrina jurisprudencial ha considerado que el procedimiento de exequátur es esencialmente de homologación como se señala enSentencia del Tribual Supremo de 23 de enero de 2007aunque la parte contra el que se pida el reconocimiento pueda oponerse al mismo y articular prueba para acreditar la concurrencia de alguno de los motivos contemplados en el CNY.

TERCERO. - Motivos de oposición del laudo.

Visto que se han cumplido los requisitos de carácter formal exigidos en el Convenio

de Nueva York y que la materia sobre la que ha versado el laudo -incumplimiento por parte Wide Pictures SL del contrato de licencia para la distribución en España y en Portugal de la película "Rabbit Hole" -para la que la licenciataria española, según indica el laudo, no abonó cantidad alguna a la licenciante- es susceptible de arbitraje en nuestro país, procede examinar, si como afirma la parte que se opone al reconocimiento del laudo emitido, el convenio arbitral contenido en el contrato de licencia y en virtud del cual las partes se someten al arbitraje de la Independent Film & Television Alliance (IFTA) puede estimarse inválido y consecuentemente nulo.

La causa de invalidez parece residenciarla la parte oponente en su extenso y disperso escrito de alegaciones en que el convenio se halla inserto en un contrato de adhesión ante el cual nada pudo negociar y haberse encargado la administración del arbitraje a una institución de la que forma parte integrante la sociedad instante y que representa los intereses de los productores de cine norteamericanos.

Estima la demandada que ello atenta contra el orden público y que deben aplicarse las normas contenidas en la Ley de condiciones generales de la contratación 7/1998 de 13 de abril.

Conforme al artículo V, 1 del CNY: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) que el acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia."

Las partes se sometieron en el convenio a la ley del Estado de California y desde luego nada ha probado la parte demandada sobre que entre dos empresarios de un mismo sector como son las empresas litigantes el sometimiento de las controversias a arbitraje sea nulo conforme a las leyes de dicho Estado cuando la cláusula se halle inserta en un contrato de adhesión.

Como ya declaramos en los Autos TSJC de 15-3-2012 o 29-3-2012siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en Auto de 21-5-2005la citada norma 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 del tratado de NY resulta preferente también en esta materia de conformidad con lo dispuesto en elart. 3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratacióna cuyo tenor, y después de indicar que la LCGC debe aplicarse también a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español (tampoco consta acreditado en nuestro caso al haber indicado en el texto del escrito de oposición que la contratación se produce en realidad en Santa Mónica) y tenga en éste su residencia habitual, añade *sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales.*

Es por ello que no puede aplicarse al caso la Ley de Condiciones generales de la contratación española .

De cualquier forma, aunque así no fuese, y nos hallásemos, como claramente parece, ante contratos concluidos bajo condiciones generales y mediante prestación del consentimiento por adhesión, ello no comportaría automáticamente la nulidad de la cláusula arbitral puesto que la regulación de las cláusulas nulas por abusivas referidas a consumidores (entre las que se encuentran el sometimiento a arbitrajes diferentes a los de consumo exart.8,2 LCGC en relación con elart. 8,b) y90 del Texto refundido de Ley Generalpara la defensa de los consumidores y usuarios de 2007) no pueden ser aplicadas sin más, a las relaciones entre empresarios, como es el caso, ni en consecuencia pueden integrar el orden público nacional (ATSJC de 17-11-2011).

Para obtener en derecho interno -no aplicable como se ha dicho en el presente caso- por tal motivo la nulidad de una condición general habría que combatir o bien las circunstancias de incorporación conforme a los artículos 5 y 7 de la LCGC, efectivamente aplicables a todo adherente y que tienden a asegurar el conocimiento por parte de éste de la condición general, o bien impugnar el contenido acudiendo a las normas generales de la nulidad contractual según las reglas jurídicas de las obligaciones y contratos (art. 9,2 de la Ley de Arbitraje de 2003yart. 7,1255,1256,1258,1261 y concordantes del CC), para lo cual debería demostrarse efectivamente la posición de dominio del predisponente y el grave desequilibrio producido en beneficio de éste entre las obligaciones y deberes de las partes.

Cabe recordar cómo el Tribunal Supremo en un asunto similar (ATS 31-5-2005) declaró 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 quese 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."

De otro lado, ningún vicio del consentimiento (dolo, violencia o error), acredita Wide Pictures SL tuviese lugar en la contratación, ni siquiera a la vista del Reglamento de la corte arbitral sobre cuyo contenido se realizan una serie de elucubraciones carentes de interés en el caso, siendo el sistema de nombramiento de los árbitros de entre los designados por la institución arbitral similar a la de otros arbitrajes administrados.

No puede olvidarse que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones y una urgente solución de los conflictos mediante técnicas eficaces, siendo por tal razón y con el fin de eludir la complicación y lentitud de las jurisdicciones estatales por las que se acuerda el sistema arbitral entre las empresas en la contratación internacional.

CUARTO.- Alega también la parte demandada que un convenio arbitral contenido

en un contrato de adhesión por el que se obliga a una parte a acudir a un arbitraje institucional de una Asociación de la que forma parte uno de los contratantes vulnera el orden público del Estado en su vertiente de la tutela judicial efectiva delart. 24 de la CE, en la medida en que la IFTA no puede considerarse como una institución arbitral imparcial e independiente de los terceros que contratan con sus miembros.

Expone Wide Pictures SL que los productores de cine americano independiente -diferentes de las majors- han organizado el mercado conforme a sus propias reglas y usos entre los que están la conclusión de los contratos bajo condiciones generales y la agrupación en una Asociación- la IFTA- que es la que proporciona los contratos y administra los arbitrajes en caso de conflicto razón por la cual no puede estimarse una administración arbitral neutral para los extranjeros que contratan con miembros de la Asociación, lo que vulneraria el derecho constitucional a ser juzgado por un juez o árbitro imparcial.

En el sistema español y en el marco de un arbitraje internacional, el orden público es entendido por la mejor doctrina tanto en sentido procesal como material como una garantía de mínimos identificada con los principios del derecho internacional imperativo y con los valores esenciales de nuestra Constitución (CE). Como señaló el Tribunal Constitucional en laSTC 43/1986, de 15 de abril(cuya doctrina han reiterado posteriormente lasSSTC 54/1989, de 23 de febrero;132/1991, de 17 de junio, y91/2000, de 30 de marzo) son los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados constitucionalmente los que definen la nueva dimensión que el concepto de orden público ha adquirido a partir de la vigencia de la Constitución de 1978.

Por su parte elTribunal Supremo en Auto de 4 de marzo de 2003interpreta también en forma restrictiva tal concepto cuando afirma que el ord *en* publico, "en *el plano internacional,... se identifica, esencialmente, con los derechos y garantías constitucionalmente consagradas en relación con la proscripción de la indefensión impuesta por el art. 24.2 CE , que ha de ser material, real y efectiva, no meramente formal, siendo relevante tan sólo aquella en la que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos e intereses (SSTC 290/93 , 185/94 , 1/96 , 89/94 y 44/98 , entre otras)"*

En este sentido, es claro que la noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquellos otros que, por discutibles que sean, no conculcan los principios básicos de nuestra convivencia, para lo cual deberá comprobarse que el respeto de la autonomía y defensa del arbitraje internacional, que la ley y nuestros compromisos internacionales imponen, no suponga sacrificar los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos internos.

Ello expuesto, la causa de oposición invocada no puede prosperar toda vez que la instada no ha satisfecho la carga de la prueba que le corresponde respecto de la acusación realizada en orden a la parcialidad de la institución arbitral a la que se sometió.

Cabe recordar en relación con el deber de imparcialidad lo resuelto en losATS de 27-4-1999oATS de 7-10-2003en los que se indica que si bien *"... la imparcialidad, tanto subjetiva como objetivamente considerada, es una cualidad consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional y una consecuencia que ha de venir de la independencia y la predeterminación legal de sus titulares, y, que, en tal medida, integra, en efecto, el contenido del orden público internacionalmente considerado, no menos cierto es que la misma, ya como cualidad moral, ya como deber jurídico, se encuentra ineludiblemente*

atemperada cuando se trata de un arbitraje, en donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene capital presencia e importancia, y alcanza, o puede alcanzar, tanto a la determinación de quiénes han de integrar el órgano arbitral, como a la forma de su designación, como, en fin, al procedimiento en el que se ha de desenvolver el arbitraje. Pero es que, con independencia de ello, no cabe desconocer que la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97 , comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza."

Debe ya resaltarse que la compañía demandada es un empresa del sector audiovisual cuyo objeto social según el escrito de oposición es la producción compra, venta, alquiler, importación, exportación, distribución y exhibición de filmes cinematográficos, cintas de video, DVD, así como otros productos de reproducción de imagen y que aunque fuese creada en el año 2006, quien firma la contestación a la demanda de reconocimiento como administrador de Wide Pictures SL, es una persona vinculada al sector empresarial descrito desde hace muchos años por lo que conoce el marco comercial -usos y costumbres - y jurídico en el que actúa. No es cierto que la IFTA esté formada únicamente por productores americanos sino que, como puede comprobarse de la lista aportada -fl.238- forman parte de ella productores y distribuidores americanos y extranjeros entre ellas, al menos, dos empresas españolas (Deaplaneta y Filmax). No es ilícito que los profesionales de un mismo sector se agrupen en asociaciones y en base a la autonomía de la voluntad en materias de libre disposición, decidan resolver sus disputas entre ellos mediante el sistema arbitral; otra cosa sería si por la circunstancia de estar una de las partes asociadas y la otra no, la primera hubiese influido en la administración del concreto arbitraje o hubiese ocupado cargos directivos asociativos en el momento de su administración, o que el árbitro designado por la IFTA tuviese relación con la parte actora o hubiese dado un trato desigual a las partes, lo que no se afirma ni se justifica en forma alguna en esta causa.

El árbitro dio a la instada la oportunidad de participar en la designación del árbitro según el Reglamento de la IFTA y de oponerse a las pretensiones de la otra parte; no consta que el árbitro diese o pretendiese dar un tratamiento no igualitario a los litigantes. Wide Pictures SL, permaneció en el proceso en situación de rebeldía intencionada con el fin de oponerse a la ejecución del laudo en España, tal y como advirtió, acabado el tramite de alegaciones, en su única comunicación al árbitro. Tal conducta no se aviene con el principio de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales ni por tanto puede ampararse a quien, so pretexto de vulneración del orden público procesal, se opone a lo convenido cuando el laudo le ha resultado adverso.

Como ya expusiera elTS en el Auto de 31-5-2005en cuanto a la misma institución arbitral:

" *Y debe añadirse que tampoco hay la necesaria constancia de que el arbitraje institucional convenido lo fuera en favor de una institución que, por representar exclusivamente los intereses de los productores cinematográficos, determine el carácter abusivo de la cláusula arbitral, como impedimento de orden público para el reconocimiento, ni tampoco, desde esta misma perspectiva - si bien en el plano o vertiente procesal-, que por tal razón se haya visto vulnerado el derecho del particular a obtener una tutela efectiva*

de sus intereses legítimos mediante una resolución dictada por un organismo imparcial, pues no hay una sólida base para rechazar la presunción de imparcialidad que cabe predicar de una institución arbitral que interviene como tal en el tráfico jurídico.."

En el mismo sentido elAuto Sección 15 Audiencia Provincial de Barcelona de 23-4-2008:

"Que esta asociación procure arbitrajes parciales y tendenciosamente beneficiosos para las productoras norteamericanas, es una cuestión central que debe ser acreditada mínimamente, rompiendo la presunción de que parte el CNY. De hecho, y como expone la ejecutante, el mismo Tribunal Supremo, en su auto de 31 de mayo de 2005 , habiendo alegado también entonces LAURENFILM la parcialidad de la AFMA, rechazó el argumento por falta de consistencia. Lo mismo hizo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 que desestimó la demanda interpuesta por la aquí apelada, en el asunto 27/2005, precisamente aquél que ésta esgrime como fuente de prueba de la parcialidad...".

Recuerda el mismo Auto que siendo cierto que existen casos en los que la institución arbitral está directamente vinculada con los abogados de las partes o con ellas mismas y se impone el arbitraje a empresarios de otros sectores en un paquete de asesoramiento legal, arbitraje y ejecución de la resolución a favor del predisponente, no consta suficientemente acreditado que sea éste uno de estos casos, por lo que el argumento debe decaer.

QUINTO.- Costas.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DECIDE:

Otorgamos el exequátur solicitado por la Procuradora Dña. Cristina Borrás Mollar, en nombre y representación de la mercantil SIERRA-AFFINITY,LLC del laudo arbitral dictado en fecha 20 de julio de 2012 en Los Ángeles por el árbitro Marc. R. Stein de la Corte Arbitral Internacional de la IFTA que condena a la entidad mercantil "Wide Pictures" en los términos que se establecen en el laudo, con imposición de las costas a la parte oponente al exequátur.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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