

Roj: ATSJ CAT 324/2014 - **ECLI:**ES:TSJCAT:2014:324A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 16/2014
Nº de Resolución: 114/2014
Fecha de Resolución: 16/10/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CARLOS RAMOS RUBIO
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Arbitraje (exequátur) núm. 16/2014

A U T O núm. 114

Presidente :

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Magistrados :

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 16 de octubre de 2014.

Antecedentes de hecho

Primero.- La procuradora Sra. Inmaculada Lasala Buxeres, en nombre y representación de la mercantil con domicilio en la localidad suiza de Ginebra **MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY, S.A.** (en adelante **MSC**), y bajo la dirección técnica de los letrados Sres. Francisco Javier Zabala Landa y Mercedes Duch Cabo, ha presentado un escrito solicitando el reconocimiento del Laudo extranjero firme dictado en Londres el día 26 de febrero de 2014 por los árbitros Sres. Fernando(en adelante Fernando) y Marino(en adelante Marino), de la *Asociación de Árbitros Marítimos de Londres* (LMAA), siendo parte demandada la mercantil española **FRUTA DEL PACÍFICO, S.A.** (en adelante **FDP**), con sede en Barcelona.

Segundo.- Por diligencia de ordenación de 26 de mayo de 2014 se admitió a trámite la solicitud de exequátur y se acordó dar traslado a la parte demandada para que en el plazo de 9 días pudiese alegar sobre la cuestión planteada, notificándole y emplazándole al efecto en el domicilio facilitado por la solicitante.

Por nueva diligencia de ordenación de 12 de junio de 2014 se tuvo por presentado escrito de oposición a la solicitud de exequátur del procurador de **FDP** , Sr. Pedro Larios Roura, al que se tuvo por designado en acta de apoderamiento del día 27 siguiente, habiendo asumido la dirección letrada el Sr. Román Gómez Ponti.

Tercero.- Por diligencia de ordenación del mismo día 27 de junio de 2014 se dio traslado al Ministerio Fiscal a fin de que informase sobre la solicitud presentada por **MSC** , lo que efectivamente hizo mediante escrito presentado el 18 de julio, en el sentido de que procedía otorgar el exequátur interesado.

Cuarto.- Mediante diligencia de ordenación de 21 de julio se dio traslado a la solicitante **MSC** para que formulara alegaciones frente a los motivos de oposición alegados por la representación de **FDP** , lo que efectivamente llevó a cabo, mediante escrito presentado el 2 de septiembre pasado.

Quinto.- Por providencia de 15 de septiembre de 2014 se dispuso señalar el día 6 de octubre, a las 11,00 horas de su mañana, para la deliberación, votación y fallo de este procedimiento, lo que efectivamente tuvo lugar con arreglo a los preceptos legales correspondientes.

Ha sido ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio.

Razonamientos jurídicos

Primero.- 1. Es **competencia** de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (en el presente caso, de Cataluña, por radicar el domicilio social de la demandada en el territorio de su Comunidad Autónoma) la petición de exequátur del laudo arbitral extranjero -dictado en el Reino Unido (UK)-, en virtud de lo dispuesto en el art. 73.1.c) LOPJ, siendo aplicable la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* firmada en Nueva York, el 10 de junio de 1958(en adelante Convenio de Nueva York), de conformidad con lo establecido en el art. 46 de la Ley de Arbitraje(LA), tal y como expone en su solicitud la representación de **MSC** .

2. De acuerdo con las normas contenidas en el citado *Convenio de Nueva York* , al que el Reino Unido (UK) se adhirió el 24 de septiembre de 1975 y España, el 12 de mayo de 1.977, habiendo entrado en vigor en ambos países el 23 de diciembre de 1975 y el 10 de agosto de 1977 respectivamente, ha quedado justificado, en el caso examinado que:

La **resolución** cuyo reconocimiento se pretende se encuentra entre las comprendidas en el artículo I del citado Convenio;

han sido aportados por la solicitante los **documentos** a que se refiere el artículo IV, es decir:

una copia auténtica de la **sentencia arbitral** emitida el 26 de febrero de 2014 por los árbitros designados (Fernando y Marino), con sus firmas legalizadas, y debidamente apostillado, con la correspondiente traducción jurada, que condena a **FDP** a pagar los fletes reclamados en el procedimiento arbitral (USD 962.725,00), más intereses y costas;

una copia auténtica del **acuerdo arbitral** contenido en el contrato de transporte marítimo de fruta suscrito (sin fecha) entre **FDP** (propietarios de la carga y consignatarios) y **MSC** (porteadores) y del que resulta la efectiva sumisión al arbitraje, según se desprende de su cláusula 9, en la que consta que " *si surge alguna disputa de este contrato, la*

cuestión en disputa será referida a tres personas en LONDRES, cada parte del contrato nombrará a una de ellas; y la tercera será nombrada por las otras dos elegidas; su decisión o de cualquiera de ellos dos será definitiva ", así como su correspondiente traducción jurada; y

copia debidamente traducida de la **correspondencia** cruzada entre los abogados de las dos partes y los árbitros Fernando Marino en los meses de noviembre y diciembre de 2013, de la que resulta la conformidad del representante jurídico de **FDP** con que el laudo arbitral fuera dictado por dos árbitros " *con el fin de reducir los costes "* y el compromiso de que " *no llevará a cabo actuación alguna en ningún procedimiento de ejecución con el fin de dejar sin efectos el laudo por el hecho de haber sido emitido por dos árbitros y/o por el hecho de que el laudo debería haber sido emitido por tres árbitros en lugar de dos "*;

el **objeto** que dio lugar al arbitraje es de los que son susceptibles de ser sometidos en España al juicio de árbitros, conforme al artículo V.2.a).

Segundo.-1. Se opone **la representación de FDP** , sin embargo, a la solicitud de reconocimiento por considerar:

con base en el artículo V.1.d) del Convenio de Nueva York, que la constitución del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, que exigía la intervención de tres árbitros, no pudiendo las partes alterar *a posteriori* la estructura del órgano jurisdiccional por tratarse de una materia indisponible; y

con base *a sensu contrario* en el artículo V.1.c) del citado Convenio, que el tribunal arbitral ha omitido resolver la reconvencción presentada por **FDP** ante la reclamación de los fletes efectuada por **MSC** , fundada en los perjuicios derivados de los incumplimientos de esta -" *dejó de tocar muchos puertos que contractualmente habían sido acordados y omitió muchos otros puertos de destino, llegando en muchas ocasiones a un inaceptable incumplimiento de los tiempos de tránsito acordados "*-, lo que se traduce en una " *absoluta falta de motivación "* de la desestimación de cuestiones efectivamente planteadas dentro del procedimiento.

2. Por el **Ministerio Fiscal** se informa que procede otorgar el exequátur solicitado, por entender que la solicitante **MSC** ha presentado todos los documentos exigidos para ello por el Convenio de Nueva York y que, no siendo indisponible el número de árbitros que deban integrar el tribunal arbitral y habiéndose acordado por las partes que los árbitros fueran dos para abaratar los costes del procedimiento arbitral, no ha existido infracción del apartado d) del art. V.1 de dicho Convenio. No se efectúa (s.e.u.o.) ninguna consideración en el informe del Ministerio Fiscal sobre la segunda causa de oposición.

Por su parte, **la representación de MSC** , a la que se dio vista de la causa de oposición para que alegare lo que a su derecho conviniera, manifiesta que:

la constitución del tribunal arbitral se adecuó a lo que propuso la propia representación jurídica de **FDP** , a fin de reducir costes, que fue aceptado por la representación de **MSC** y, por tanto, no puede considerarse defectuosa, existiendo un compromiso de no plantear este motivo para oponerse a la ejecución del laudo, por lo que la actitud de **FDP** debe considerarse " *desleal "* y " *dilatoria "* de la condena impuesta; y

la segunda causa de oposición no tiene encaje en el artículo V del *Convenio de Nueva York* y, además, supone un vano intento de revisar el fondo de la resolución arbitral y la aplicación del derecho realizada por los árbitros para resolver la controversia.

Tercero .- 1. Para decidir sobre la presente solicitud de exequatur, además de los datos relacionados en el FD1º.2, es preciso tener en cuenta también los siguientes:

El laudo dictado el 26 de febrero de 2014 constituye un " *laudo parcial* " por el flete de los transportes efectuados entre el 9 de febrero y el 19 de marzo de 2013, junto con los intereses y las costas solicitados por **MSC** frente a **FDP** ;

FDP aceptó expresamente ante los árbitros londinenses que el flete reclamado por la demandante era " *vencido y exigible* ", que se adeudaba a **MSC** y que debía ser pagado con independencia de cualquier reclamación del consignatario;

en este punto de la controversia arbitral, **FDP** se limitó a alegar que **MSC** no tenía derecho a los intereses ni a las costas debido a que no se avino a someterse a una mediación para dirimir los diversos incumplimientos del contrato de prestación de servicios de transporte que aquella denunciaba y por razón de los cuales, en definitiva, dejó de pagar el flete;

los árbitros decidieron que, a diferencia de los tribunales de Justicia, ellos no podían ordenar que las partes sometieran sus diferencias a mediación, ni extraer consecuencia punitiva alguna de la negativa de una parte a someterse a ella, por tratarse de una cuestión ajena al arbitraje;

en consecuencia, concluyeron que la instantánea **MSC** tenía derecho a los intereses (5%), con el carácter de compensatorios del retraso en el pago del flete, y a las costas soportadas por la contraria en el procedimiento arbitral, sin reducción alguna basada en cuestiones ajenas al arbitraje;

a principios de marzo de 2014, el laudo fue notificado a las dos partes del procedimiento arbitral, sin que conste que por ninguna de ellas se haya reclamado su nulidad ante los tribunales de la Justicia Inglesa.

2. Como hemos avanzado, el 1er motivo de oposición se funda en el apartado d) del artículo V.1 del Convenio de Nueva York, que permite denegar el reconocimiento de la sentencia arbitral cuando la parte que se oponga al mismo pruebe que la constitución del tribunal arbitral no se ha ajustado " *al acuerdo celebrado entre las partes* " o, en su defecto, " *a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje* ".

En el presente caso, es cierto que el acuerdo inicial preveía que el tribunal arbitral estaría integrado por " *tres personas en Londres* ", pero, en la correspondencia cruzada entre los representantes jurídicos de las partes una vez iniciado el procedimiento arbitral -la propuesta fue del propio representante designado por **FDP** - y después de elegida una *persona* por cada una de ellas, se pactó que para la reclamación de los fletes, sus intereses y las costas presentada por **MSC** el laudo podía ser dictado solo por dos árbitros, con el fin de abaratar el coste del arbitraje, siempre que estos se mostrasen plenamente de acuerdo en la decisión, como ha sido el caso.

Pues bien, teniendo en cuenta que es perfectamente posible modificar o integrar el *acuerdo* inicial de las partes por el " *canje* " o " *intercambio* " de cartas entre ellas o sus representantes -así lo dispone el art. II.2 del Convenio de Nueva York, el art. 9.3 de nuestra LA y la jurisprudencia de nuestros TTSSJJ (por todas, STSJ Madrid 70/2013 de 16 sep. FD2)-, no es posible mantener que la constitución del tribunal no se haya adecuado a lo convenido.

En última instancia, la Ley inglesa de arbitraje (1996) permite la constitución por acuerdo de las partes de tribunales arbitrales integrados solo por dos árbitros (& 16.4).

Cuestión distinta es si un laudo emitido por un tribunal integrado solo por dos árbitros puede ser reconocido en nuestro país, habida cuenta lo dispuesto en elart. 12 de nuestra Ley de Arbitraje (LA 2003) -al igual que elart. 13 LA 1988, elart. 21 LA 1953 y elart. 791 LEC 1881-, que exige que el número de árbitros sea " *siempre* " impar, lo que ha llevado a la jurisprudencia a disponer su nulidad ex art. 6.3 C.C. en tales casos cuando se trata de arbitrajes celebrados aquí (cfr.SSTS 1ª 14 abr. 1976 [RAJ 1810],13 jul. 1982[RAJ 4232] y865/2007de 18 jul. FD2).

Así las cosas, solo es posible abordar esa cuestión al amparo delart. V.2.b) del Convenio de Nueva York, que permite denegar -incluso de oficio (STC 132/1991 de 17 jun. FJ4)- el reconocimiento a la sentencia arbitral " *si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba... que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al **orden público** de ese país* ".

A este respecto y por lo pronto, no cabe duda de que lo que sí sería contrario al orden público es permitir que la parte que hubiere provocado el defecto eventualmente determinante de la nulidad de un procedimiento arbitral pudiera obtener provecho de anular por dicho motivo el laudo de que se trate, después de haber comprobado que le ha sido desfavorable (art. 11.1y2 LOPJ). Si se permitiera, se estaría dando carta de naturaleza al fraude y propiciando el desentendimiento respecto de los compromisos libremente asumidos (cfr.ATS 1ª 20 marzo 2001 [RJ2001520]).

Por otra parte, tampoco sería posible argumentar la concurrencia de *indefensión* cuando la parte de que se trate hubiere consentido -más aún si la iniciativa hubiese sido suya- el vicio o defecto, si pretendiera presentar el alegato desde la vertiente de las garantías procesales que forman indudablemente parte esencial del contenido del orden público considerado en sentido internacional (cfr.ATS 1ª de 28 noviembre 2000[RJ 200103]).

En última instancia, dado el concepto de *orden público* utilizado por la jurisprudencia en aplicación delConvenio de Nueva York, no es posible sostener su plena identificación en materia de arbitraje internacional privado con el de *norma imperativa* interna. El orden público de que se trata en el art. V.2.b) de dicho Convenio requiere otros requisitos adicionales aparte de la simple imperatividad que refuerzan la excepcionalidad de su aplicación como obstáculo a la homologación del laudo extranjero (vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.*- as. C-126/97-).

En nuestro país, su definición se ha dejado en manos de la doctrina jurisprudencial llevada a cabo por nuestros jueces y tribunales y, en especial, por la jurisprudencia del TC, de manera que ha sido así identificado con los contenidos esenciales de nuestra Carta Magna -en especial pero no solo, en materia de derechos fundamentales-, sin olvidar, también los principios civiles, procesales y sustantivos que rigen nuestro ordenamiento.

En este sentido, es cierto que la norma delart. 12 LA -que p.e. no aparece recogida en la Ley Modelo UNCITRAL- está relacionada con el principio fundamental de imparcialidad (art. 24.2 CE), pero, al igual que ocurre con las causas de abstención y/o recusación de los jueces -o de los árbitros- conocidas por las partes y no objetadas oportunamente (cfr.STS 1ª 540/2013 de 13 sep. FD5, sobre elart. 223.1 LOPJ), dicha imparcialidad no se halla

comprometida cuando -como ocurre en este caso- la constitución del tribunal arbitral por dos árbitros ha sido consentida -más aún, propuesta- por la parte que pretende oponerla para impedir el reconocimiento del laudo extranjero en nuestro país.

En consecuencia, procede desestimar este primer motivo de oposición al reconocimiento de la sentencia arbitral.

2. El segundo motivo de oposición se refiere a una supuesta incongruencia omisiva que pretende hallar fundamento normativo a sensu contrario en el artículo V.1.c) del citado Convenio, por haber dejado de resolver el tribunal arbitral sobre la reconvención presentada por **FDP** ante la reclamación de los fletes efectuada por **MSC** , fundada en los perjuicios derivados de los incumplimientos de esta.

Sobre la posibilidad de alegar la incongruencia del laudo extranjero como cuestión de orden público frente a la solicitud de exequátur, dijimos en otra ocasión (ATSJC 97/2012 de 30 may. FD5) que es preciso distinguir " *entre la incongruencia por falta de identidad o por exceso del laudo en relación con los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, la cual se encuentra prevista como causa específica de oposición en el art. V.1.c) del Convenio de Nueva York (cfr. AATS 1ª 28 mar. 2000 y 4 mar. 2003), y la falta de identidad de las cuestiones resueltas en el laudo respecto de las que fueron sometidas al árbitro por vía de demanda o de reconvención, que podría hallar acomodo, según los casos, bien en la causa de oposición prevista en el art. V.1.b) bien en la contemplada en el art. V.2.b) de dicho Convenio (cfr. AATS 1ª 24 mar. 1982 , 20 jun. 2000 y 20 jul. 2004), a pesar de reconocer la dificultad de conjugar la causa de oposición que apela al "orden público" del foro con la prohibición de revisar el fondo del asunto* ".

Pues bien, aun cuando no conste que esta circunstancia le hubiera sido planteada al propio tribunal arbitral, no sería posible evitar el examen propuesto puesto que -como dijimos en nuestro ATSJC 97/2012, de 30 mayo (FD5)- debe distinguirse entre las del apartado 1 del art. V, respecto de las cuales, según los casos, habrá que atender a la Ley nacional de las partes, a la Ley a la que éstas se hubieran sometido o a la Ley del país en que se hubiere dictado el laudo, y las del apartado 2, para las que solo cabe considerar la Ley del país donde se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo: " *en estas circunstancias, además de no venir impuesto en el Convenio que para oponerse al exequátur deban agotarse los recursos ante los tribunales del país donde hubiere sido dictado el laudo, no resulta razonable exigir que se invoque previamente ante estos el orden público del país donde la resolución arbitral deba producir sus efectos* ".

Y así, siguiendo en esta materia el criterio de otras Salas civiles y penales (vid.ATSJ País Vasco 19 abr. 2012FD1) que es, en definitiva, el que previamente ha venido manteniendo el TS (por todos,AATS1ª 20 jun. 2000y20 jul. 2004), las alegaciones de incongruencia del laudo, las relativas a la imposibilidad de hacer valer en el procedimiento arbitral los medios de defensa, y, en fin, las que tuvieren que ver con la contrariedad de aquél con el orden público, deben examinarse teniendo presente en todo caso la naturaleza y el objeto específico del procedimiento de exequátur, que vedan cualquier intento de revisar el fondo del asunto y de convertir este trámite, estrictamente homologador, en la ocasión para revisar el " *juicio de hecho y de derecho* " efectuado por el árbitro o los árbitros de los que emane la resolución, lo que no obsta para que el análisis alcance a las razones que fundamentan la decisión adoptada en el procedimiento arbitral, es decir, a la motivación del laudo, a fin de comprobar si responde al canon de razonabilidad y si contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión y si ésta no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable o

incurrir en un error patente.

En el presente caso se comprueba que **FDP** aceptó el pago del flete y simplemente reconvino para no ser condenada a abonar los intereses por el retraso en el pago ni las costas del arbitraje, por haberse negado **MSC** a someterse a una mediación a fin de dirimir las eventuales compensaciones que pudieran derivarse de los incumplimientos denunciados por aquella.

Por lo tanto, no formaba parte de la reconvención que el tribunal arbitral decidiera por la eventual compensación, sino solo sobre los efectos de la negativa de MSC a la mediación.

Pues bien, sobre este extremo, el tribunal arbitral inglés resuelve expresamente en el sentido de no estar autorizado a tomar en consideración dicha circunstancia para suprimir o reducir los intereses y las costas, de manera que ninguna incongruencia se advierte en el laudo.

En consecuencia, se desestima el segundo motivo de oposición al reconocimiento del laudo, por lo que procede estimar la solicitud instada por **MSC** contra **FDP**.

Cuarto.- Han de imponerse las costas a la parte demandada (**FDP**), de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC.

Dispositiva

La SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

ESTIMAR la demanda de exequátur instada por MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY, S.A., contra la entidad FRUTA DEL PACÍFICO, S.A., y **ACORDAR el reconocimiento del laudo arbitral** dictado en Londres el día 26 de febrero de 2014 por los árbitros Sres. Fernandoy Marino, que condena a la sociedad demandada a abonar a la actora las cantidades expresadas en la parte dispositiva del indicado laudo arbitral extranjero, con imposición de las costas de este procedimiento a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, señalándose que contra la misma, no cabe recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.