**Id. Cendoj:** 08019370152000100107
**ECLI:** ES:APB:2000:13153
**ROJ:** SAP B 13153/2000
**Órgano:** Audiencia Provincial
**Sede:** Barcelona
**Sección:** 15
**Nº de Resolución:**
**Fecha de Resolución:** 06/11/2000
**Nº de Recurso:** 98/1999
**Jurisdicción:** Civil
**Ponente:** MARTA RALLO AYEZCUREN
**Procedimiento:** CIVIL
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Idioma:**

Español

---

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA - SECCIÓN QUINCE

ROLLO N° 98/99

Recurso de anulación de laudo

**SENTENCIA**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL

Ilmo. Sr. D. RAFAEL GIMENO BAYÓN COBOS

Ilma. Sra. Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN

Barcelona, 6 de noviembre de 2000

VISTAS, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial de Barcelona, las presentes

actuaciones de recurso de anulación del laudo arbitral de equidad dictado por los árbitros don Jesús

Condomines Pereña, don Jordi Centell Nieto y don Felipe Campos García el día 10 de diciembre de

1998, protocolizado el mismo día ante el notario de Barcelona don Arturo Pérez Morente, con

número de protocolo 2.564. El día 12 de enero de 1999 el laudo fue objeto de aclaración,

protocolizada el día 13 de enero de 1999 ante el citado notario, con número de protocolo 70. Ha

sido recurrente don Lorenzo , representado por el procurador don Antonio de Anzizu

Furest. Ha sido recurrido SECOPAL, SA, representada por el procurador don Fabián Maymó

Obradors.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva del laudo impugnado es del tenor siguiente:

"DECIDIMOS:

1. Rechazar todas las excepciones previas formuladas por la representación del señor Lorenzo , así como la nulidad que pretende de la cláusula 25 del contrato de fecha 1 de enero de 1990.

2. Aplicar la citada cláusula 25 del contrato firmado por las partes según la interpretación o sentido que ha quedado expuesto y en consecuencia condenar al señor Lorenzo a abonar a Secopal, SA la cantidad de veinticuatro millones novecientas once mil ciento treinta y siete (24.911.137) pesetas, con los intereses correspondientes al tipo legal desde que le sea notificado el presente Laudo.

3. Condenar a ambas partes al pago del importe de las costas por mitad".

SEGUNDO: Don Lorenzo interpuso recurso de anulación del referido laudo, que dio lugar al rollo número 98/99 de esta Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Tramitado el recurso, el día 3 de noviembre de 2000 tuvo lugar la celebración de la vista pública.

Ha sido ponente la magistrada Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los motivos alegados por el recurrente don Lorenzo en solicitud de la anulación del laudo dictado son formulados en el escrito de recurso en la forma siguiente:

1. Nulidad del convenio arbitral.

2. Sometimiento de SECOPAL, SA a la jurisdicción ordinaria.

3. Contravención del orden público establecido.

4. La materia objeto del procedimiento arbitral no puede ser objeto de arbitraje.

SEGUNDO: La parte recurrente invoca, en primer término, el artículo 45.1 de la Ley de arbitraje y sostiene que el laudo es nulo porque lo es el convenio arbitral incorporado al contrato firmado entre las partes el 1 de enero de 1990 (pacto 27 de dicho contrato).

Fundamenta la nulidad del convenio en una doble causa:

a) no expresar la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje

b) no expresar la obligación de cumplir la decisión de los árbitros.

Tales causas de oposición al arbitraje ya fueron formuladas por la parte ante los árbitros, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley de arbitraje -y en el artículo V del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 -, siendo desestimadas en el laudo, que motiva tal rechazo en el apartado II quinto de su fundamentación.

TERCERO: Nos hallamos ante un arbitraje internacional. Así resulta tanto de la aplicación del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 ( artículo I a ); como de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional el 21 de junio de 1985 ( artículo 1.3 a ); como del Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo , sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Arbitraje Comercial Internacional: las partes, en el momento de estipular el convenio arbitral, tienen su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados (Italia, el Sr. Lorenzo , España, SECOPAL, SA).

CUARTO: No se ha cuestionado en el recurso que la validez del convenio arbitral debe examinarse en el presente caso de acuerdo con la ley española, a la que se someten expresamente las partes en el contrato celebrado (cláusula 28).

El reconocimiento de la denominada autonomía conflictual del convenio arbitral aparece en el Convenio de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958 , en su artículo V.1 a, in fine , cuando prevé la denegación del exequátur del laudo extranjero si se prueba que el convenio arbitral "no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido".

El Convenio de Ginebra de 1961, en su artículo VI.2 establece que "al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los Tribunales nacionales de los Estados contratantes, ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes atenerse a la ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias decidirán: a) según la ley a la que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral".

En el título X de la Ley de arbitraje , dedicado a las normas de derecho internacional privado, su artículo 61 dice que la validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia. Establece a continuación, con carácter subsidiario, otros tres criterios de conexión.

Dicho artículo, objeto de críticas doctrinales en la medida que no refleja enteramente el contenido de los Convenios antes citados, no plantea, sin embargo, en el caso que nos ocupa, ninguna dificultad añadida, ya que: es aplicable el principal de los criterios enunciados en la ley, la autonomía de la voluntad; y se dan en el caso de autos los requisitos, no exigidos en los Convenios y sí, expresamente, en la norma interna, de conexión de la ley española con el negocio jurídico principal y de designación expresa de la ley aplicable.

Por lo que respecta a este último requisito -no cuestionado por los litigantes-, de la lectura de las cláusulas 27 y 28 del contrato de agencia se concluye que, aun siendo posible una designación más precisa, no cabe duda de la voluntad inequívoca de las partes de regir el convenio arbitral por la ley española.

QUINTO: Sentado lo anterior, deberá tenerse en consideración que, tal como ha puesto de relieve la doctrina, las normas citadas en el fundamento de derecho anterior se refieren a la Ley reguladora del fondo del convenio arbitral, ya que la forma del mismo tiene un régimen específico.

El texto original del convenio arbitral impugnado, cláusula número 27 del contrato, es el siguiente: "Toute question ou tout différand qui pourrait surgir entre les parties contractantes en relation avec les conditions du présent contrat, sera soumis á un arbitrage en Espagne, conforme aux dispositions en viguer" [sic] (documento número 1 aportado al rollo por la parte recurrente y al folio 30 del expediente arbitral).

Pese a que en el contrato se hace constar que cada parte lo firma por duplicado, en español y en francés, lo cierto es que en estas actuaciones sólo consta el contrato redactado en francés, firmado por las partes, y una traducción jurada al español -de 1994- no firmada por las partes, sino exclusivamente por la traductora jurada. Así resulta también del propio laudo (apartado I. Primero de su fundamentación).

SEXTO: El recurso de anulación alega, inicialmente, que el pretendido convenio arbitral, pacto 27 del contrato celebrado entre las partes, contra lo que exige el artículo 5.1 de la Ley de arbitraje -"el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequivoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de esas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión"-, no expresa, la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la decisión de uno o más árbitros.

Ello, según el recurrente, porque: ni las partes renuncian de una forma clara y terminante a su foro propio; ni deciden los árbitros que deberán intervenir; ni se someten a uno o más árbitros; ni estipulan las formas conforme a las cuales deberán éstos designarse; ni determinan si deberá decidirse por un arbitraje ad hoc o institucional; ni concretan las normas de procedimiento a seguir por los árbitros; ni consta que los contratantes -singularmente, el Sr. Lorenzo , de nacionalidad italiana-, comprendan el alcance de la sumisión a arbitraje y, concretamente, su renuncia a la jurisdicción.

SÉPTIMO: Los anteriores argumentos deben rechazarse.

Aunque la Ley de arbitraje, en su artículo 9.1 , disponga que el contenido del convenio arbitral pueda extenderse a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento; su artículo 9.2 prevea que las partes puedan deferir a un tercero, persona física o jurídica, la designación de los árbitros; y el artículo 10 establezca que las partes puedan encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a determinadas corporaciones o asociaciones, los anteriores constituyen pactos meramente facultativos que no integran el contenido necesario del convenio arbitral, establecido en el articulo 5.1 de la Ley .

Por tal razón la propia Ley regula, bajo la denominación de "formalización judicial del arbitraje", en los articulos 38. y siguientes , para el caso de que no haya acuerdo sobre la designación de los árbitros, el nombramiento de éstos por el Juzgado de Primera Instancia,

sistema que, según resulta del propio laudo, fue el que dio lugar al nombramiento de los árbitros que han dictado el laudo objeto de este recurso, y que no procedería, como establece expresamente el articulo 38.2 de la Ley , en los casos de arbitraje ad hoc o de arbitraje institucional.

En cuanto al número de árbitros, la Ley admite expresamente que no se haya fijado por las partes de común acuerdo, en cuyo caso, el artículo 13 establece que serán tres.

Finalmente, la norma no contiene el requisito a que se refiere el recurso, de expresión formal de la renuncia al foro propio; y tampoco contiene, como exigencia para la validez del convenio, la de manifestar en éste que las partes conocen los efectos derivados de su sometimiento a arbitraje y, concretamente, el efecto negativo o excluyente de la jurisdicción, propio del arbitraje.

OCTAVO: Respecto de la segunda de las objeciones formulada en el recurso en relación con la nulidad de la cláusula arbitral, la de no expresar la obligación de cumplir la decisión de los árbitros, como exige el artículo 5.1 in fine de la Ley de arbitraje , la parte recurrida invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio y 11 de diciembre de 1999 , que resolvían tal cuestión al examinar sendas excepciones de sumisión a arbitraje opuestas en juicios declarativos.

Las citadas sentencias declaran que "no debe confundirse la forma del negocio jurídico, con las históricamente superadas fórmulas sacramentales" y se pronuncian en el sentido de que al añadir el último inciso del artículo 5.1 de la Ley que el laudo arbitral también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión "no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase "obligación de cumplir tal decisión" no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento".

Interpretado el requisito legal de acuerdo con dicha jurisprudencia, como ya ha hecho esta propia Sala -así, en la sentencia, citada también por la parte recurrida, de 9 de junio de este año -, apartándose del criterio mantenido anteriormente, debe rechazarse tal circunstancia -la omisión de constancia expresa de la obligación de cumplir la decisión de los árbitros- como determinante de la nulidad del convenio y, por tanto, del laudo.

NOVENO: Por otra parte, tal como expone el propio laudo impugnado -apartado II. Quinto. 3. de su fundamentación- y como alega la parte recurrida, en relación con los requisitos formales del convenio arbitral deben aplicarse las normas internacionales antes citadas:

1) el Convenio de Nueva York, cuyo artículo II . I . establece que "cada uno de los estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente aun asunto que puede ser resuelto por arbitraje". El apartado 2 añade que "la expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

2) El Convenio de Ginebra, cuyo articulo I.2.a dice que "se entenderá por "acuerdo o cláusula compromisoria", bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las

relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes".

Por lo expuesto, debe rechazarse necesariamente el primero de los motivos de impugnación del laudo arbitral.

DÉCIMO: El segundo de los motivos de nulidad que se invoca es el sometimiento de SECOPAL, SA a la jurisdicción ordinaria.

Don Lorenzo alega que demandó a SECOPAL, SA ante los Juzgados de Palermo en reclamación de determinadas comisiones derivadas del contrato de agencia firmado entre las partes -el mismo contrato por el que se entabla el arbitraje- y que la entonces demandada, aunque opuso la excepción de falta de competencia de la jurisdicción ordinaria con base en la cláusula arbitral del pacto 27 del contrato, con carácter subsidiario no sólo contestó a la demanda, sino que formuló reconvención.

Según el recurrente, tal conducta procesal de la otra parte haría operar lo dispuesto en el artículo 11.2, segundo inciso, de la Ley de arbitraje , de acuerdo con el cual, en todo caso, se entenderá que las partes renuncian al arbitraje cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

No consta, como prueba en las actuaciones del expediente arbitral ni como prueba en el recurso de anulación, el escrito de contestación de SECOPAL, SA ante el Tribunal de Palermo, frente a la demanda de don Lorenzo , ni la resolución del tribunal italiano que puso fin a aquel proceso.

Tan sólo se aporta con el escrito de recurso de anulación, como documento número 5, una copia sin firmar de lo que se dice constituye la traducción de la memoria de conclusiones de la demandada SECOPAL, SA contra el demandante Lorenzo ante el Tribunal de Palermo, tercera Sección Civil.

Pese a tal falta de prueba, las partes coinciden en admitir los siguientes hechos, de los que, en consecuencia, tenemos que partir en esta resolución:

1) Que la representación de SECOPAL, SA ante el órgano jurisdiccional de Sicilia formuló, como cuestión previa al fondo del asunto allí debatido, la existencia del convenio arbitral recogido en la cláusula 27 del contrato de agencia (laudo, apartado II. Cuarto de su fundamentación);

2) Que, ad cautelam, dicha demandada no sólo se defendio de la reclamación mantenida frente a ella sino que además formuló reconvención (laudo, apartado II. Cuarto);

3) Que el juez de Palermo estimó la excepción de arbitraje, se declaró incompetente para conocer del fondo del litigio y dictó resolución absolutoria en la instancia (escritos de conclusiones de las partes, folios 447 y 457 del expediente arbitral).

UNDÉCIMO: Á diferencia de la regulación contenida al respecto en la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil -que reforma la propia Ley de arbitraje, cuyo artículo 11 exigirá el planteamiento de la declinatoria-, tal previsión no se halla en la normativa aplicable al caso.

El recurrente, a partir de los hechos antes expuestos, invoca el contenido de la Sentencia

del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993 , que consideró que la parte se había sometido tácitamente a la jurisdicción porque, si bien opuso la excepción de incompetencia, solicitó también para el caso de que no fuera acogida, la desestimación del fondo del asunto y formuló reconvención. La mencionada sentencia aplicaba la normativa del arbitraje anterior a la vigente Ley de 1988.

La parte recurrida se refiere, en cambio, a la doctrina jurisprudencial más reciente, contenida en sentencias que aplican la Ley 36/1988, de arbitraje . Concretamente, cita la Sentencia de 18 de abril de 1998 , que declara que la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje se enumera como dilatoria en la redacción actual de la Ley de enjuiciamiento civil; que en el proceso de menor cuantía se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; que la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral) o aceptación de la jurisdicción ordinaria. El mismo criterio se mantiene en las sentencias, antes citadas, de 1 de junio y 11 de diciembre de 1999 . Ninguna de dichas sentencias examina un caso en que la parte demandada, tras oponer la sumisión a arbitraje, formule reconvención.

DUODÉCIMO: La respuesta a la cuestión planteada, sobre el efecto de la comparecencia ante el tribunal palermitano viene dada, como entendieron los árbitros, por la aplicación del articulo VI. 1 del Convenio de Ginebra , el cual establece: "Toda excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal, basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral, deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo, según que la ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo".

Como señalaron los árbitros, el Tribunal de Palermo -aquél que tuvo que resolver sobre su competencia- consideró correctamente formulada la excepción de SECOPAL, SA. Y la acogió. Ello impide que en esta sede podamos considerar que la parte hoy recurrida renunció al arbitraje.

DECIMOTERCERO: El siguiente motivo del recurso de anulación es el de la contravención del orden público ( artículo 45.5 de la Ley de arbitraje ).

La parte recurrente considera que constituyó una vulneración del orden público el hecho de que los árbitros no incorporaran al laudo cuantificación alguna de las costas del arbitraje, ya que, según su tesis, con ello infringieron el artículo 35.1 de la Ley .

Para rechazar el motivo de recurso basta señalar que no hubo infracción del artículo 35.1 de la Ley , lo que resulta claramente del examen del laudo y del precepto.

En la norma citada deben distinguirse dos partes: a) la inicial, que contiene el mandato dirigido a los árbitros, de que se pronuncien en el laudo sobre las costas del arbitraje; y b) una segunda parte, explicativa de las partidas que integran las costas, algunas de las cuales surgen con posterioridad al laudo mismo, así, los gastos de protocolización notarial del laudo y su -eventual- aclaración.

El laudo examinado dedica expresamente el tercer pronunciamiento de su parte dispositiva a las costas, condenando a ambas partes al pago del importe de las causadas por mitad.

Con ello cumple debidamente la exigencia del artículo 35 de la Ley .

DECIMOCUARTO: Por último, la representación de don Lorenzo insta la anulación del laudo al amparo del artículo 45.4 de la Ley de arbitraje , alegando que la materia objeto del procedimiento arbitral no puede ser objeto de arbitraje.

En síntesis, la parte recurrente sostiene en este punto que la cuestión dirimida en el presente arbitaje se incluye en el marco legal regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo , del contrato de agencia, cuyo artículo 3.1 dispone el carácter imperativo y de Derecho necesario de los enunciados que la misma contiene. Por ello, concluye la parte, la cuestión debatida se halla más allá del poder de disposición de los sujetos y, en consecuencia, toda resolución arbitral que verse sobre dichos preceptos adolece de nulidad de pleno derecho.

La argumentación no puede acogerse. Es cierto que el artículo 3.1 de la Ley de agencia proclama el carácter imperativo de sus preceptos a no ser que en ellos se disponga otra cosa. Así lo anunciaba la Exposición de Motivos de la Ley (apartado III). Sin embargo, como pone de relieve la parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, en principio, la imperatividad de los preceptos de la Ley referida no constituye por si misma un obstáculo a la arbitrabilidad, sino que solamente impide que los árbitros en sus laudos infrinjan aquellas normas imperativas. Así manifestaron entenderlo los árbitros en el laudo que se impugna.

La imperatividad de ciertas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquéllas. Se cita como paradigma la viabilidad del arbitraje en una materia tan impregnada de imperatividad cual es la de los arrendamientos urbanos.

Y, como señala la representación de SECOPAL, SA, la tesis expuesta encuentra apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 , antes citada, que distingue entre la imperatividad de las normas reguladoras de una determinada materia y la arbitrabilidad de la misma y viene a declarar que el convenio arbitral no alcanza a las normas de ius cogens, sino al cauce procesal en que se aplican y que, en definitiva, debe atenderse al carácter, en su caso, negocial y, por tanto, dispositivo de las cuestiones sobre que recae la controversia.

DÉCIMOQUINTO: No puede atenderse tampoco el razonamiento del recurso que busca apoyo a la tesis de la no arbitrabilidad en el contenido de la disposición adicional de la Ley de agencia, según la cual, la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Como también señalan los árbitros y la parte recurrida, se trata de una norma reguladora de la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales, no de delimitación entre jurisdicción y arbitraje.

La citada Sentencia de 18 de abril de 1998 negó que fuera motivo excluyente del arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, el artículo 118 de la Ley de sociedades anónimas , por referirse a la competencia territorial. Por la misma razón, es decir, porque se trata de una norma de competencia territorial, debemos rechazar que la disposición adicional de la Ley de agencia se oponga a la arbitrabilidad de la materia objeto del laudo impugnado.

Por lo expuesto, y sin necesidad de examinar si la Ley de agencia, por razones temporales, regía o no la relación jurídica existente entre las partes -en evitación de una revisión del fondo de la controversia que no es procedente por la naturaleza del recurso-, debe

desestimarse el motivo y el recurso.

DÉCIMOSEXTO: La desestimación del recurso comporta la imposición de las costas a la parte recurrente.

## FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de anulación interpuesto por don Lorenzo contra el laudo arbitral identificado en el encabezamiento de esta resolución.

Imponer al recurrente las costas del recurso.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, in pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.