Roj: SAP B 7737/2008 - **ECLI:**ES:APB:2008:7737
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 15
Nº de Recurso: 602/2007
Nº de Resolución: 138/2008
Fecha de Resolución: 23/04/2008
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA ELENA BOET SERRA
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 602/2007

JUICIO ORDINARIO NÚM. 27/2005

JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

S E N T E N C I A Nº 138/2008

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. BLAS ALBERTO GONZÁLEZ NAVARRO

Dª. ELENA BOET SERRA

En la ciudad de Barcelona, a veintitres de abril de dos mil ocho.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario nº. 27/2005, seguidos por el Juzgado Mercantil nº. 3 de Barcelona, a instancia de LAURENFILM, S.A. representada por la Procuradora Dª. Marta Pradera Rivero y dirigida por el Letrado D. Francisco Málaga Dieguez, contra MIRAMAX FILM CORPORATION e INSTITUT CATALÀ DE FINANCES, representados por los Procuradores D. Gonzalo de Arquer y Mireia Larriba Castel, y dirigidos por los Letrados Dª. Montserrat Jane Casas por Miramax Film y D. Julio Segura Sorroche por l'Institut Català de Finances; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 11 de Diciembre de 2.006, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la entidad mercantil LAURENFILM S.A., se absuelve a la mercantil MIRAMAX FILM CORPORATION del o pretendido de contrario, con expresa condena en costas a la parte demandante.".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día 20 de febrero de 2008, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. ELENA BOET SERRA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida desestimó la demanda interpuesta por la entidad mercantil "LAURENFILM, S.A." en la que se interesaba la declaración de nulidad de (1º) la cláusula de sumisión a arbitraje, (2º) la resolución contractual unilateral efectuada por la demandada MIRAMAX, (3º) la cláusula contractual penal y, subsidiariamente, para el supuesto que no se estimara la nulidad de la resolución contractual y/o la nulidad de la cláusula penal, reclamaba la parte actora la moderación de la pena establecida en la cláusula contractual.

La parte actora funda su recurso de apelación en las siguientes razones: 1º) la cláusula de sumisión a arbitraje es nula por ser contraria al orden público; 2º) la resolución unilateral del acuerdo transaccional, y con él de los contratos de distribución de películas, es nula de pleno derecho por cuanto la resolución se debió a un incumplimiento puntual y forzoso (por hallarse LAURENFILM S.A. incursa en un procedimiento de suspensión de pagos) y, además, por concurrir mala fe y ausencia de preaviso en la resolución del acuerdo por parte de MIRAMAX; 3º)la cláusula penal es abusiva.

La parte demandada se opone al recurso y, además, impugna la sentencia por declarar la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda rectora de este procedimiento.

Procede, en primer lugar, resolver la impugnación formulada por la demandada y ello por cuanto su estimación privaría de competencia a este Tribunal para conocer el recurso formulado por la actora.

SEGUNDO.- La demandada fundamenta su impugnación en los siguientes motivos: primero, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona a quo carece de jurisdicción de conformidad con el *artículo 65.2 de la LEC* por cuanto el contrato, cuya resolución se impugna por la actora en la demanda rectora del presente procedimiento, contiene una cláusula de sumisión expresa al Tribunal arbitral de la IFTA para cualquier controversia derivada del contrato, con excepción de la solicitud de medidas cautelares que podrá efectuarse ante los tribunales españoles, y, además, dicha cláusula ha sido declarada válida por el Juzgado a quo; segundo, MIRAMAX no se sometió ni tácita ni expresamente a los tribunales españoles en su solicitud de medidas cautelares y, por el contrario, LAURENFILM compareció ante el Tribunal arbitral planteando declinatoria de jurisdicción; tercero, el Juzgado a quo carece de competencia objetiva, de conformidad con el *artículo 65.3 de la*

LEC y *V.1.e) del Convenio de Nueva York* , para conocer de la validez de la cláusula arbitral como cuestión de orden público relativas al arbitraje, por ser competencia exclusiva del Juzgado (Juzgado de Primera Instancia nº. 10) que conoció el procedimiento de exequatur del laudo arbitral instado por MIRAMAX y de los Tribunales del país en que ha sido dictada la sentencia arbitral (tribunales de los Estados Unidos).

La resolución de la impugnación exige en primer lugar desestimar el motivo de oposición invocado por LAURENFILM con base en el *artículo 461.1 LEC* . No procede desestimar la impugnación formulada por MIRAMAX porque la sentencia absuelva a la impugnante de todos los pedimentos (pretensiones) contenidos en la demanda. Pues, lo que resulta desfavorable a la impugnante es la propia existencia de un pronunciamiento judicial que, por no ser firme dado el recurso de apelación inicial de la otra parte, podría concluir con un pronunciamiento en segunda instancia desfavorable para la impugnante. Por ello, estimamos que procede admitir a trámite la impugnación fundada en la incompetencia jurisdiccional del Tribunal a quo por resultarle desfavorable a la impugnante, de conformidad con el *artículo 461.1 LEC* .

En cuanto al fondo de la impugnación debemos señalar que los tribunales españoles son competentes para enjuiciar la validez de una cláusula arbitral conforme a lo dispuesto en la *LOPJ art. 22* y, en particular, con arreglo al reconocimiento expreso de competencia para considerar la invalidez del convenio arbitral del *artículo II.3 del Convenio de Nueva York* sobre reconocimiento y ejecución de *sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1988* , en vigor en España desde el 10 de agosto de 1977, que reza como sigue: "3.-El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

Los tribunales españoles deberán enjuiciar la validez de la cláusula arbitral de conformidad con el derecho español, en particular en méritos de la norma flexible a favor de la validez de la cláusula arbitral que dispone su validez si es conforme a una de las tres normativas que enumera con carácter alternativo el *artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (LA): "Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por la normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español", que también es de aplicación a los arbitrajes internacionales aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España (art. 1.2 LA).

De lo que se colige la competencia del Juzgado Mercantil a quo para conocer de la nulidad de la cláusula arbitral y, en consecuencia, procede desestimar la impugnación formulada por la demandada.

TERCERO.- Cuestión distinta se suscita cuando la validez de la cláusula arbitral se plantea en un procedimiento de oposición a la ejecución de un laudo arbitral extranjero.

En ese supuesto la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles para la ejecución forzosa en España de laudos arbitrales dictados fuera de España le viene atribuida por méritos, además del *artículo 22.1º de la LOPJ* , de los *artículos 1.2* , *8.6* y *46 LA, precepto, este último, que remite al Convenio de Nueva York de 1958* como normativa aplicable al exequatur.

De tal suerte, el tribunal español deberá enjuiciar la aplicabilidad de la cláusula

arbitral de conformidad con el *artículo V del Convenio de Nueva York de 1958* en el que se establecen de forma tasada los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución por un tribunal español de un laudo arbitral dictado fuera de España.

Pues bien, la parte actora, con posterioridad a la interposición de la demanda rectora de estas actuaciones, impugnó la validez de la cláusula arbitral en el procedimiento de ejecución de laudo arbitral instado por la parte aquí demandada ante el Juzgado de Primera Instancia nº. 10 de Barcelona. El Auto resolviendo en primera instancia la oposición a la ejecución del laudo arbitral fue apelada ante *esta Sala dictándose Auto, no firme, de fecha 12 de septiembre de 2007* , en el que se declara la validez de la cláusula arbitral, rechazando la concurrencia de las dos causas de nulidad de la cláusula arbitral esgrimidas por la actora, a saber: la parcialidad de la institución arbitral y la renuncia por la ejecutada a la cláusula de sometimiento arbitral como consecuencia de formular demanda de medidas cautelares a los juzgados de Barcelona.

CUARTO.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la actora procede, en primer lugar, examinar el motivo de apelación fundado en la nulidad de la cláusula de sumisión arbitral, por cuanto de confirmarse el pronunciamiento de primera instancia no procedería enjuiciar los otros motivos de impugnación referentes a la relación contractual entre las partes.

La parte actora-apelante invoca la nulidad por abusiva de la cláusula de sumisión expresa al Tribunal arbitral de la IFTA (Independent Film & Televisión Alliance) contenida en los contratos celebrados entre las partes y en el acuerdo transaccional suscrito por las partes el 25 de noviembre de 2003. Concretamente, la actora-apelante sostiene que la cláusula arbitral litigiosa es una condición general de la contratación nula de pleno derecho por infringir, en perjuicio de la actora, las normas nacionales que garantizan la igualdad de las partes y el derecho a un árbitro imparcial. En particular, invoca la infracción del artículo 15.2 LA: "Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no vulnere el principio de igualdad. (...)"; y del art. 17.1 LA: "Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial".

Sobre la pretensión actora de nulidad de la cláusula arbitral por ser una cláusula impuesta a la actora que cede la administración del arbitraje a un tribunal AFMA (actual IFTA) estrechamente vinculado a MIRAMAX y, por tanto, parcial, debemos significar que ello ya ha sido objeto de resolución por esta Sala en el recurso de apelación interpuesto contra el *Auto de 7 de abril de 2006 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº. 10 de Barcelona* , en el procedimiento de exequatur, a que nos hemos referido en el fundamento de derecho tercero, y nos reiteramos en el pronunciamiento ya efectuado en el *Auto de 12 de septiembre de 2007* , que reproducimos a continuación:

"QUINTO: (...)

Respecto a la nulidad de la cláusula arbitral por parcialidad (...) lo cierto es que no consta la parcialidad de la institución arbitral, que LAURENFILM extrae de la relación de la IFTA con MIRAMAX. Consta que el reglamento de esta asociación, la mayor a nivel mundial de productores, distribuidores y empresas relacionadas con el sector del cine, establece un procedimiento de nombramiento rotatorio y en el que se da intervención a ambas partes, eligiendo entre una larga lista de abogados. El comité ejecutivo se ha integrado por personas relacionadas con MIRAMAX, pero su puesto rotó a favor de otras personas, incluyendo a sociedades españolas, no constando que nadie de MIRAMAX estuviera presente en la dirección de la IFTA en el momento de decidir. 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 nº. 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.

Así pues, es cierto que existen casos en los que la institución arbitral está directamente emparentada con los abogados de las partes o con ellas mismas, lo que exige depurar el supuesto y aceptar la nulidad del arbitraje. Pero no es éste uno de estos casos, según la información disponible, por lo que el argumento debe decaer".

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- En lo que se refiere a las costas de esta alzada, la desestimación del recurso de apelación de la actora, "LAURENFILM, S.A.", y de la impugnación de la demandada, MIRAMAX, determina, por aplicación de la regla procesal del vencimiento objetivo (*artículos 398.1* y *394.1 LEC* , la imposición de las devengadas por el recurso de apelación a la citada parte apelante y de las causadas por la impugnación a la citada parte impugnante.

F A L L A M O S

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de "LAURENFILM, S.A." y la impugnación deducida por la representación procesal de MIRAMAX contra la *sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona con fecha 11 de Diciembre de 2.006* , en autos de los que dimana el presente Rollo, que CONFIRMAMOS, con expresa imposición de las costas procesales causadas por el recurso de apelación de "LAURENFILM, S.A." a la apelante y las devengadas por la impugnación de MIRAMAX a la impugnante.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.