



Roj: ATSJ CAT 525/2011
Id Cendoj: 08019310012011200185
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 120/2011
Nº de Resolución: 127/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE FRANCISCO VALLS GOMBAU
Tipo de Resolución: Auto

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil y Penal

Civil núm. 120/11

(Arbitraje)

AUTO nº 127/11

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada Fors

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugenia Alegret Burgués

Barcelona, 17 de noviembre de 2011

HECHOS

Primero. Por el procurador D. Ignacio López Chocarro en nombre y representación de la mercantil de nacionalidad francesa **MK2**, S.A. y bajo la dirección letrada de D. Daniel Urban interpuso solicitud de reconocimiento de laudo extranjero dictado en París por el Tribunal de Arbitraje de la EFEA (Asociación Europea de Exportadores de Películas, por sus siglas en inglés) el 24 de febrero de 2011, contra WIDE PICTURES, S.L.

En fecha 23 de septiembre de 2011 el procurador de la mercantil WIDE PICTURES, S.L. D. Jesús de Lara Cidoncha bajo la dirección letrada de D. Vidal Correonero Barbero presentó escrito de oposición.

En fecha 6 de octubre de 2011 el Ministerio Fiscal presenta escrito formulando sus alegaciones en base a los anteriores escritos presentados por las partes.

Segundo. En fecha 27 de octubre de 2011 se dictó providencia convocando a las partes a una vista el día 10 de noviembre de 2011, a las 10:00 horas de la mañana en cumplimiento a los principios de defensa y contradicción, en atención a las circunstancias del caso en forma excepcional.

Ha sido ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicitud de reconocimiento de laudo extranjero. Motivos de oposición. Normativa aplicable. Procedimiento.

1.- La petición instada por la sociedad mercantil francesa **MK2** S. A. tiene por objeto el reconocimiento de laudo extranjero, dictado en París, por el Tribunal de Arbitraje de la EFEA (en adelante, Asociación Europea de Exportadores de Películas) el 24 de febrero de 2011, instado por **MK2** S.A. contra WIDE PICTURES, domiciliada en Barcelona.

En el marco de la relación contractual entre ambas partes, el 28 de julio de 2008, celebraron un contrato de distribución internacional (para España y Andorra) de varias películas de François Truffaut (en total, 12) durante un plazo de seis años, a contar desde el 6 de febrero de 2009, estipulando en la cláusula 13ª de las condiciones generales del contrato que las controversias que pudieran surgir sobre la validez, interpretación y ejecución del contrato, sería sometido a arbitraje " ... en virtud de las normas internacionales de arbitraje de la EFEA que los firmantes declaran conocer ".

WIDE PICTURES S. A. se opuso a la petición formulada, en síntesis, por cuatro motivos: 1º) Indebida e insuficiente integración documental de la resolución que pretende homologarse; 2º) Falta de constancia de la firmeza del laudo; 3º) Nulidad del convenio arbitral, y 4ª) Contravención del orden público español por parte del laudo cuyo reconocimiento se interesa.

2 .- Previamente a examinar los motivos de oposición señalados, hemos de fijar la normativa aplicable. El art. 46 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante LA) dispone que el exequátur de los laudos dictados fuera del territorio nacional se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York (en adelante, CNY), el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por Tribunales españoles.

Se trata de un convenio tributario del sistema de homologación establecido por el Protocolo sobre cláusulas de arbitraje, hecho en Ginebra el 24 de septiembre de 1923, y por el Convenio de Ginebra, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 26 de septiembre de 1927 , sus anteriores precedentes, que supera 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, que luego desarrollaremos en el examen de los motivos de oposición) 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)

A los efectos examinados, hemos de precisar dos cuestiones, conforme ha declarado reiteradamente el TS en AATS 1 Febrero 2000 , 8 Feb. 2000 , 11 Abril 2000 y 4 Marzo 2003 :

A) La LA 2003 realiza una remisión al CNY que, para España, tiene y presenta un carácter universal, toda vez que no efectuó reserva alguna a lo dispuesto en su art. 1º al adherirse al CNY, por Instrumento de 12 de mayo de 1977 (BOE 12 Julio -1977) que entró en vigor el 10 de agosto de 1977, y

B) El citado Convenio sujeta la obtención del exequátur a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales impuestos por el *art. IV*, al carácter arbitrable de la controversia (*art. V.2 a*), y al respeto al orden público (*art. V.2 b*) que deben ser examinados de oficio-, desplazando hacia la oponente la prueba de los motivos de oposición que, de forma taxativa, establece el *art. V.1 CNY* .

Los presupuestos -de carácter formal- establecidos en el *art. IV CNY*, consisten en: (a) la aportación junto con la demanda del original o copia autenticada - legalizada o apostillada - de la resolución arbitral, así como (b) del original o copia autenticada - también legalizada o apostillada - del acuerdo sumisorio descrito en el *art. II* , en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia. Y en segundo lugar, en relación a los demás supuestos -que deben controlarse de oficio- son que el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje (*art. V-2 a*) según la Ley del Estado en que se intenta la homologación, y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público de ese país (*art. V-2 b*), sin alcanzar al examen del fondo del asunto, que queda al margen de la comprobación. Esta naturaleza meramente homologadora y esta autonomía, que han sido igualmente puestas de relieve por el TC (entre otras, 54/1989, de 23 de febrero , 132/1991 y 9/2005, de 12 de enero) se manifiestan también en la finalidad que persigue dicho procedimiento, que no es otra que posibilitar la actuación de los efectos derivados de la decisión extranjera con el contenido, extensión y alcance conferido por el ordenamiento de origen, sin otra limitación que aquellos que pudieran ser desconocidos para el orden interno o contrario al orden público del foro.

3 .- 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, en las Salas Civiles y Penales de los Tribunales Superiores de Justicia. Reforma de la LA 2003 que, según su Exposición de Motivos, pretende dotar de mayor seguridad y confianza a la institución arbitral y acrecentar la celebración de procedimientos arbitrales, sobre

todo desde el plano internacional, reforma que también se ha proyectado en el art. 955 LEC 1881 , que sigue actualmente vigente junto con los artos. 951-954 LEC 1881 y 956- 958 LEC 1881 (Disposición Derogatoria Única. 1.ª 3ª LEC en tanto no se promulga una Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil - Disposición Transitoria Vigésima LEC -), sustanciándose un procedimiento que, aplicable a la ejecución de sentencias judiciales extranjeras, ha de entenderse lo es también para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, conforme a la remisión contenida en el art. III CNY . Se trata de un procedimiento parco e incompleto que se inicia mediante solicitud por escrito y, tras conceder, en su caso, un plazo para la subsanación de defectos que pudiera contener la petición de reconocimiento -sin perjuicio de complemento y prueba posterior, siempre que no alteren sustancialmente las pretensiones iniciales ni vulneren los principios de preclusión y de contradicción en igualdad de armas en el proceso-, se oirá a la contraparte y al Ministerio Fiscal - art. 956 LEC - para que puedan realizar las subsiguientes alegaciones y pedir prueba pertinente, si conviene a sus intereses, relacionada con el *thema decidendi* .

Para completar este procedimiento que ha devenido insuficiente y arcaico, de conformidad con reiterada doctrina del TS - AATS 16 de mayo 2001 , 10 diciembre 2002 , 21 enero 2003 y 3 febrero 2004 , entre otras, que refiere el solicitante en su escrito de contestación a la oposición-, la efectividad de los principios de igualdad y contradicción requerirá que, posteriormente, deba darse traslado a la parte solicitante del exequátur, para formular alegaciones respecto de los motivos de oposición formulados y presentar documentos y, en su caso, demás medios de prueba que considere conveniente para desvirtuar las alegaciones de la parte contraria, habilitando para ello un nuevo trámite y un nuevo plazo igual al que dispuso éste para oponerse al reconocimiento, como hemos realizado en autos. Posteriormente, practicadas, en su caso, las pruebas solicitadas, en lugar de nuevos traslados resulta más conveniente, como se ha efectuado en las presentes actuaciones -en cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva del art. 24. 2 CE - señalar vista (o, en su caso, por escrito) para que las partes puedan formular sus conclusiones definitivas.

SEGUNDO.- Indebida integración documental de la resolución que se pretende homologar.

1 .- Alega Wide Pictures, como primer motivo de oposición, que la solicitante **MK2** no ha aportado el original del documento donde se recoge el convenio arbitral, siendo que ello contraviene lo dispuesto en el art. IV. 1 b) CNY, ya que la parte debe aportar además de una copia autenticada del laudo, el acuerdo de sumisión a arbitraje, mediante original o mediante una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Y **MK2**, ha aportado una copia firmada por su propio Abogado en el procedimiento arbitral que no puede ser un documento auténtico a los efectos art. IV. 1 b) CNY pues debería ser autenticado (legalizado o apostillado) por Notario o por Huissier de Justice, no reuniéndose los requisitos exigidos para su autenticidad ni en España (art. 323 LEC) ni en Francia cuyo art. 1317 CC . francés dispone que documento auténtico es aquel que ha sido recibido por los oficiales públicos que tengan el derecho de instrumentar en el lugar donde haya sido redactado, y con las solemnidades requeridas.

2 .- El art. II del CNY impone el reconocimiento de los acuerdos de arbitraje que reúnan los requisitos establecidos en dicho precepto. Por tanto, cada uno " .. de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje ..las diferencias ", definiéndose en el ap. 2 del art. II CNY que debe entenderse por acuerdo por escrito, a los efectos de la aplicación del Convenio. Dicho precepto se completa con lo dispuesto en el art. IV. 1 a) CNY que requiere, para obtener el exequátur, el original del acuerdo o una copia auténtica; llevando a cabo el TS una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje de tal modo que pueda deducirse, de las circunstancias de autos, que el contenido, incluido la cláusula de arbitraje, era conocida por las partes (AATS 17 abril 98 , 31 julio 2000 y 26 febrero 2002 , entre otras), siendo un requisito subsanable cuando inicialmente se ha acompañado una copia (no auténtica) completada posteriormente en período hábil (que lo es al momento de contestar los motivos de oposición, si anteriormente no se le hubiera exigido la subsanación, por el Tribunal) mediante la aportación de su original que ha podido ser controvertido, en forma, en el acto de la vista, sin oponer objeción alguna a sus términos, sino todo lo contrario, como se verá en el cuarto de los fundamentos de la presente resolución.

Con dicha solución no se causa indefensión a la contraparte, debiendo significarse, como declara el ATS 4 marzo 2003 que " ... la falta del cumplimiento de los requisitos de autenticidad ha de considerarse subsanable en atención a la previsión de subsanabilidad de los actos procesales de las partes contenida en el art. 231 LEC y que ha de entenderse referido a los defectuosos, es decir, aquellos como el presente en que la parte hubiera cumplido los requisitos de un modo imperfecto o incompleto, más no a los supuestos de absoluto incumplimiento ..." como sucede en el caso de autos, en que la petición vino acompañada de una copia del convenio completada mediante la aportación del original que, en el acto de la vista, no ha sido

impugnado, sino señalando que lo había sido de forma extemporánea, extremo que hemos de rechazar, como hemos motivado precedentemente.

Por lo expuesto, procede desestimar el primer motivo de la oposición.

TERCERO.- Falta de constancia de la firmeza del laudo .

El segundo motivo de oposición alegado por Wide Pictures, es la falta de firmeza del laudo arbitral, al amparo del art. V. 1 e) CNY.

Al amparo de este motivo se denegará el reconocimiento del laudo por carecer de eficacia, bien por no haberla tenido o por ser privada por resolución jurisdiccional, lo cual ha de ser puesto en relación con lo dispuesto en el art. VI CNY, en que se establece "*Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el art. V.1-e) la anulación o la suspensión de la sentencia arbitral, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia, y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas ...*"

Se trata de un motivo de oposición apreciable a instancia de parte y, por tanto, la no-obligatoriedad, debe ser justificada por quien la alega, en tanto que se presume su fuerza obligatoria, sin necesidad de que se haya obtenido en el Estado de origen una declaración de ejecutividad, lo que supondría volver al sistema del "doble exequátur" que establecía el sistema ginebrino, antecedente del CNY, como declara el ATS 20 julio 2004 " ... *no se puede, como hace la parte frente a la que se pretende la homologación, vincular la obligatoriedad del laudo al exequátur de los tribunales del país donde fue dictado, pues se estaría identificando erróneamente el carácter obligatorio de la resolución arbitral, a los efectos de su reconocimiento, con la eficacia de éste en el Estado donde fue dictado, confundiendo condición de reconocimiento con condición de eficacia en aquel Estado que confiere en el mismo fuerza ejecutiva a la resolución arbitral* ".

A los efectos examinados, por tanto, debe entenderse como laudo obligatorio, conforme el art. V. 1 e) CNY, aquel que cumpla las formalidades necesarias para conferirle el valor de laudo arbitral y hubiera sido regularmente dictado.

No debe confundirse laudo obligatorio con firmeza de laudo (ATS 10 febrero 2002 y 10 diciembre 2002) ni como laudo ejecutivo, sino que como declaraba el Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Rubí de 11 Junio 2007 (procedimiento exequátur 584/2006) - órganos jurisdiccionales quienes anteriormente tenían atribuido dicha competencia objetiva-, debe entenderse "laudo obligatorio" como laudo definitivo que pone fin al procedimiento arbitral, añadiéndose que conforme la mejor doctrina, "*.. de acuerdo con esta interpretación habrá (que) denegar el reconocimiento por falta de obligatoriedad cuando estemos ante un laudo interlocutorio (no definitivo) o un laudo solo aparente (p. ej., no firmado por los árbitros, una propuesta de amigables compondores ...)* .. " concluyéndose, según declara, el ATS 20 julio 2004 , anteriormente citado, que "*... el carácter obligatorio de la resolución arbitral debe examinarse a la luz de las normas que rigen el procedimiento de arbitraje y no, por lo tanto, a la luz de las propias del Estado donde tuvo lugar el arbitraje o fue dictado el laudo, como sucedía bajo el imperio del Convenio de Ginebra de 1927-..... correspondiendo a la parte acreditar dicha alegación con la correspondiente prueba, en su caso, del derecho aplicable* ".

Por tanto, el laudo objeto de solicitud de reconocimiento no ha quedado justificado que carezca de obligatoriedad, conforme lo dispuesto en el art. V.1 e) CNY , debiéndose añadir que, según las reglas que rigen el procedimiento de arbitraje de la EFEA -aportado por la oponente -art. 9 "in fine"-, se dispone que la sentencia (laudo arbitral) resulta obligatoria para las partes.

Por todo ello, procede rechazar el segundo motivo de oposición.

CUARTO .- Nulidad del convenio arbitral .

1 .- Se denuncia como tercer motivo de oposición que el sistema arbitral impuesto de contrario carece de los principios básicos informadores de todo proceso arbitral. La cláusula arbitral, se añade, se encuentra inserta en un contrato de adhesión y produce un evidente desequilibrio entre las partes puesto que, en momento alguno, confiere a WIDE PICTURES S.L., a su entender, la posibilidad de negociar su contenido o alcance remitiéndose a las reglas de arbitraje internacional de la EFEA, organismo al que se encuentra incorporado **MK2 SA.**, como miembro activo. En su consecuencia, y en síntesis, entiende WIDE PICTURES que, al amparo del art. V.2 a) CNY, procede declarar la nulidad de pleno derecho del convenio arbitral contenido en las condiciones generales de la contratación suscritas, cuando ello supone "*de facto y de iure*" someter la cuestión litigiosa a asociaciones arbitrales en las que la parte contratante (predisponente de la condición general) es miembro activo de esas asociaciones y en las que la elección de los posibles árbitros es competencia exclusiva

de estas instituciones. Se trata, pues, conforme sigue afirmando la representación de WIDE PICTURES, de una actuación fraudulenta o maliciosa de la parte que se proscribe por los arts. 247 LEC y 11 LOPJ. Posteriormente, desarrolla la oponente su tesis al amparo de los límites a la arbitrabilidad en los contratos de adhesión y su nulidad de conformidad con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) que conforme a su art. 2 resulta aplicable no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas que celebran contratos con un profesional -predisponente- con notoria desigualdad.

2.- La cuestión que hemos de abordar, pues, no es la arbitrabilidad entendida como aptitud material de una determinada controversia para constituir objeto de arbitraje (art. V. 2 a) CNY), sino si existe o no la voluntad de sometimiento de la parte contratante "débil" al convenio arbitral, impuesto en un contrato de adhesión -según las tesis de la demandada- por el predisponente y que se proyecta en su disponibilidad.

El principio del respeto a la autonomía de la voluntad en el sometimiento a arbitraje mediante su incorporación a una cláusula negocial, se encuentra recogido en el art. II CNY. No existe inconveniente alguno en la incorporación de un convenio arbitral a unas condiciones generales de la contratación, pero sí puede denunciarse interponiéndose el correspondiente recurso de anulación o como cláusula abusiva, protegiéndose, el abuso o posición dominante del predisponente frente al adherente en los arbitrajes en que una de las partes deba ser considerada como consumidor (persona física o jurídica) frente a un profesional o empresario. Al respecto la Exposición de Motivos de la LCGC establece que " ... la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica ...(si bien precisa) que una cláusula es condición general cuanto está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva que (es aquella) en contra de las exigencias de la buena fe (que se suscribe) en detrimento del consumidor (y causa) un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales" . Esta situación de desigualdad puede darse también entre personas jurídicas mediante un abuso de posición dominante pero ello " .. se sujetará a las normas generales de nulidad contractual ... y habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas ..", siendo importante notar que los requisitos para su incorporación se establecen en el art. 5 LCGC, declarándose su nulidad cuando se reúnan los requisitos del art. 8 LCGC.

3.- El contrato suscrito entre las partes fue suscrito en Barcelona, tras contactos previos, estipulándose la cláusula de sumisión a la EFEA, afirmando el oponente, que desconocía su alcance y la pertenencia de MK 2 a dicha Asociación, no siendo informado de su alcance y sus consecuencias en un tema tan trascendente como era el nombramiento de árbitros, que en el siguiente fundamento analizaremos, concluyéndose que era abusivo y, en su consecuencia, a su entender, procede su amparo conforme a las normas que protegen a los consumidores frente a empresarios que ostentan una posición de dominio.

Nada de lo anteriormente afirmado ha quedado justificado en los presentes autos, pues la contratación se celebró entre profesionales de un sector audiovisual en que tanto el otorgante (MK2) como el licenciario (Wide Pictures) son empresarios del sector, actuando este último en la esfera de su ámbito negocial, eligiendo, Wide Pictures, doce films del reconocido director F. Truffaut para las que pretendía obtener la licencia de distribución, en España y Andorra.

En este marco contractual, la alegación de abusiva de una cláusula contractual de sometimiento al arbitraje, que puede apreciarse de oficio por el Juez como contraria a las normas nacionales de orden público en el caso de un consumidor (TSJCE 6 octubre 2009) queda sujeta a que se dispongan de los elementos de hecho y de derecho necesario, como declara dicha sentencia con cita de la sentencia Pannon (TJCE 2009, 155), pero resulta que, en el caso examinado, nada de ello se ha demostrado.

Antes al contrario, como declararon los AATS 27 abril 1999 , 8 febrero 2000 y 28 Noviembre 2000 " ... es más que difícil ver el carácter abusivo de la cláusula en cuestión respecto de quien no es consumidor en el sentido que recoge la norma comunitaria (Directiva 93/13, de 5 de abril) y la ley interna española (Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios o la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), y de quien no puede predicarse una posición negocial inferior o más débil de la que pueda abusar o aprovecharse la otra parte, siendo tanto una como otra sociedades mercantiles acostumbradas a intervenir en el tráfico jurídico y comercial internacional, en donde el recurso de sujetar las relaciones negociales a contratos tipo, de adhesión, o a condiciones generales, es usual y comúnmente aceptado" añadiéndose en el ATS 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.

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 exclusiva ente 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, no resultando, además, fácilmente conciliable la tacha que se opone al tribunal arbitral ..."

En consecuencia con lo anteriormente motivado, hemos de rechazar la nulidad postulada de la cláusula arbitral -al amparo del orden público- . por el dato de que **MK2** sea miembro de la EFEA, extremo cuyo desconocimiento era fácilmente superable para la oponente y denunciado con anterioridad a las reclamaciones de incumplimiento tras la entrega de la prestación por el predisponente, dejando transcurrir un tiempo superior al año de vigencia del contrato, siendo WIDE PICTURES, una empresa del sector del audiovisual con quien contrataba en condiciones de igualdad y sin ningún atisbo de prepotencia o abuso de posición dominante que, en modo alguno, ha quedado justificado en autos siendo inaplicable la doctrina y jurisprudencia -alegada en el escrito de oposición- que sanciona con nulidad las cláusulas de sumisión a arbitraje predisuestas por un empresario frente a un consumidor, en condiciones de desigualdad, y que remiten a las partes a un arbitraje cuyo control ejerce el predisponente, al no ostentar, como hemos dicho, Wide Pictures la condición de consumidor frente a **MK2**, contratando ambas, en condiciones de igualdad.

Por otra parte, siendo cierto que el "orden público" del art. V.2b) CNY, se encuentra impregnado del contenido del art. 24 CE en cuanto imposibilita el libre acceso a los Tribunales (ATS 116/92, de 4 de mayo , y STS 3/2005, de 17 de enero), sin embargo, no queda justificado en el proceso de "exequátur" que haya sido impuesta -la cláusula arbitral- de forma coactiva mediante vicio de voluntad determinante de su nulidad pues, por un lado, no se ha justificado ni siquiera alegado tal vicio (lo es bajo la veste de una parcialidad en el nombramiento de árbitros, que luego analizaremos) y, en cualquier caso, la "exceptio doli" correspondía ser denunciada en otro ámbito anterior a este estadio procesal , no justificándose tampoco, insistimos, abuso de posición dominante.

Por lo expuesto ha de rechazarse el tercer motivo de oposición a la solicitud de reconocimiento.

QUINTO.- Contravención del orden público por el laudo arbitral cuyo reconocimiento se solicita por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, ser contrario al derecho a un Juez imparcial y contravenir el principio de igualdad.

1.- Alega y reconoce WIDE PICTURES que no compareció ante el Tribunal arbitral, constituyéndose en una situación de rebeldía voluntaria. Afirma, que la primera comunicación que recibe es de la APCA (Arbitrage et Conciliacion por le cinema et l#audiovisual) (f. 161) que se encuentra a cargo de los procedimientos de la EFEA, en las que del listado de árbitros, **MK2** elegía tres árbitros y, por tanto, de conformidad con las norma 5. 2 podía WIDE PICTURES elegir uno de ellos, en el plazo de un mes.

Dicha comunicación fue considerada por WIDE PICTURES que afecta a su derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un Juez imparcial y al debido proceso en igualdad de armas, pues le venían impuestos el nombramiento de los árbitros, extremo que desconocía al suscribir la cláusula arbitral siendo, a mayor abundamiento, que tampoco se siguieron las normas de los procedimientos para el arbitraje establecidos por la EFEA, pues, la primera de las reglas, para el nombramiento de los árbitros, era el acuerdo de las partes que nunca fue intentado y si bien le fueron notificando el desarrollo del proceso arbitral, tampoco consta, según afirma, la notificación del laudo, vulnerándose, el derecho al Juez imparcial, ya que incluso el art. 1455 CPC

(en adelante, Código procesal civil francés) dispone que cuando una persona física o jurídica se encargue de un arbitraje, su nombramiento se encomendará a una o varias personas que cuenten con la aceptación de todas las partes y a falta de dicha aceptación, la persona encargada de administrar el arbitraje requerirá a cada parte para que designe un árbitro y procederá, en su caso, a designar un árbitro para completar el Tribunal arbitral. No obstante, olvida el demandado, que dicho precepto, añade, que " .. en caso de (que) las partes no designen un árbitro, éste será designado por la persona encargada de administrar el arbitraje ", redacción que, en lo sustancial, se conserva en la nueva redacción de los artos. 1451 y 1452 CPC, tras su reforma operada en 13 de enero de 2011, puesto que, en ausencia del acuerdo entre las partes, en caso de árbitro único, será designado por la persona encargada de organizar el arbitraje o, en su defecto, por el juez de apoyo.

2.- Para el examen de este motivo de oposición amparado en el art. V.2 b) CNY: contravención del orden público, no puede desconocerse que la oponente tuvo siempre noticia del procedimiento arbitral y de su desarrollo, citándosele, no solo para el nombramiento de los árbitros, sino también para el desarrollo de la vista a través de diversas comunicaciones, designándose por el Presidente de la ACPA, a un árbitro, de nacionalidad sueca, del listado propuesto por **MK2**, no denunciando -WIDE PICTURES- su falta de imparcialidad o la irregularidad de su nombramiento, ni contestando al cuestionario propuesto por el árbitro que le fue remitido, ni acudiendo a la vista celebrada que también le fue notificada, por lo cual, la rebeldía fue voluntaria o de conveniencia, colocándose la oponente en un estado de indefensión que solamente le resulta a él imputable, sin que quede afectado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, consta que recibió la notificación del laudo (f. 194 a 196) mediante acuse de recibo, procedimiento formal adecuado en la legislación francesa y que se admite, en algunos casos, también por la LEC (art. 160 LEC), de lo cual se infiere el conocimiento que tuvo del laudo y que afirma desconocer, cuando consta documentada en autos su remisión y el acuse de recibo.

Por otra parte, si lo que se pretende denunciar es el inadecuado nombramiento de los árbitros, basta recordar lo declarado por el ATS 11 abril 2000 , en un caso análogo al de autos, señalando que:

" ... el art. 5 del reglamento de arbitraje internacional de la A.C.P .C.A. dispone que, "transcurrido el plazo de un mes sin que la parte demandada diera a conocer el nombre del árbitro por ella elegido, la designación la hará de oficio, a instancia de la propia A.C.P.C.A., el Presidente de la organización profesional internacional de la que dependa la actividad desempeñada por el demandado incumplidor", no siendo de aplicación a este respecto, como pretende la mercantil oponente, lo dispuesto en el art. 3 de dicho reglamento, al venir referido este precepto al nombramiento del árbitro propuesto por la parte demandante. En el caso examinado, a falta de la designación de árbitro por la parte demandada, la A.C.P .C.A. solicitó al Presidente de la organización profesional internacional respectiva (Federación internacional de las asociaciones de productores de cine), que reemplazase en dicho trámite a la sociedad demandada y procediese a efectuar una designación de oficio. A lo anterior cabe añadir que, en todo caso, ninguna objeción hizo la demandada a la designación en el curso del procedimiento arbitral, de manera que tampoco cabe apreciar indefensión alguna causada a aquélla por este motivo cuando bien pudo oponer la excepción que ahora quiere hacer valer en aquel momento..."

3.- Resta, por último, examinar la vulneración del derecho a un Juez imparcial, pues, como afirmaba, se le impuso el nombramiento de un árbitro, sin su participación que, recuérdese, fue de rebeldía voluntaria.

Difícil resulta poder examinar la infracción de este derecho fundamental en el proceso de reconocimiento del laudo cuando la oponente no lo denunció en el proceso arbitral ni tampoco utilizó los medios de anulación que podía tener, al amparo de la legislación francesa, conforme a lo dispuesto en el art. 1482 CPC, en su redacción anterior, o incluso al amparo de la nueva legislación de arbitraje introducida en Francia por Decreto 2011-28, de 13 de enero de 2011 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2011 (artos. 1489 y 1491 CPC).

Al respecto, debe recordarse la doctrina del TC contenida en la STC 9/2005, de 17 de enero que " ... como ya se ha expuesto, sin embargo, la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas -con el carácter de derechos fundamentales- del art. 24 CE , cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso -actuaciones jurisdiccionales- en el que se pretende la anulación del laudo para el órgano judicial que lo resuelve..." añadiéndose, en cambio " ... que no se pueda impugnar directamente, a través del recurso de amparo, un laudo arbitral, (ello) no significa que el Tribunal Constitucional no pueda entrar a conocer de la violación del derecho a la tutela judicial cometida contra un particular como resultado de la negación de su derecho de acceso a los tribunales ante la aplicación de una cláusula arbitral impuesta en un contrato de adhesión por la contraparte..." lo que se condiciona a una serie de requisitos y presupuestos en esta misma resolución, citada que tampoco concurren en autos .

Centrada la cuestión en el derecho al Juez imparcial, el laudo dictado *prima facie* debe declararse que queda amparado por una presunción de imparcialidad del árbitro, y por otro, su falta de denuncia en el proceso arbitral o en los medios rescisorios que pueda disponer al respecto, a salvo de renunciaciones en el convenio arbitral no previstas en la cláusula discutida, impediría un nuevo reexamen de dicha cuestión, con excepción de supuestos patológicos contrarios a las normas de la buena fe o el abuso de derecho, al amparo del art. 247 LEC y 11 LOPJ, que también se alegan pero sin justificar. Nótese que, la denuncia del Juez imparcial no se hace al árbitro nombrado, sino al procedimiento de nombramiento y al modo como le fue impuesto que, anteriormente, hemos analizado, sin que quepa deducir ninguna conclusión de parcialidad ya que, prevaleciendo el acuerdo de las partes para su designación, al imposibilitarse el citado acuerdo, se acudía a otras reglas que en la resolución del TS (ATS 11 abril 2000) fueron consideradas admisibles, sin que tampoco haya justificado el oponente que la falta de acuerdo previo ni siquiera fuera intentado pues, en todo caso, debió denunciarse ante el Tribunal arbitral como cuestión previa y no esperar hasta el presente momento de solicitud de reconocimiento del laudo, obviando otros cauces precedentes pertinentes y que tuvo a su alcance.

Por otra parte, en relación con la vulneración del derecho al Juez imparcial como integrante del orden público, el ATS 7 octubre 1999, ha declarado:

" ... no puede perderse de vista que, si bien es cierto que 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. ..."

Doctrina la expuesta que, aplicada al caso de autos, nos conduce, en todo caso, inexorablemente, a la inadmisión de las denuncias del derecho al Juez imparcial o al proceso debido cuando consta que el proceso arbitral fue regularmente sustanciado y tuvo oportunidad de comparecer, siendo su rebeldía voluntaria o de conveniencia. Y la denuncia del Juez imparcial ni siquiera se constata, en el supuesto enjuiciado, bajo la "apariencia" -sin fundamento- de una designación de árbitro "parcial" que no es atentatoria al afirmado derecho en este caso (ATS 11 abril 2000), siendo también insuficiente, a los efectos examinados, que su nombramiento se produjera dentro de una terna elegida entre los árbitros designados por la EFEA, por el Presidente de la ACPCA, al constatar que no quiso comparecer para desvirtuar una presunción de imparcialidad, ni ha justificado la interposición de otros medios rescisorios contra el laudo, según la ley francesa, oponiéndose formalmente a dicho nombramiento y esperando, hasta el momento presente, para exponer sus razones que no proceden ser acogidas para rechazar el reconocimiento del laudo.

En su consecuencia, debe desestimarse el último de los motivos esgrimidos en la oposición, procediendo, por ende, al reconocimiento del laudo arbitral.

SEXO.- Costas .

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

PARTE DISPOSITIVA

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

Otorgamos el exequátur solicitado por MK 2 S.A. del laudo arbitral dictado en París, con fecha de 24 de febrero de 2.011, por la EFEA (Asociación Europea de Exportadores de Películas), por el que se condena a



Wide Pictures ,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 lltmos. Sres. Magistrados indicados al margen, doy fe.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ