

te que el legislador aprovechara la reforma de la LA actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados para aclarar de manera definitiva esta cuestión.

***Execuátur de laudo arbitral extranjero y
extralimitación del árbitro pronunciándose sobre
cuestiones no sometidas a arbitraje ****

**(Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona
nº 21/2010, de 23 de febrero de 2010)**

Paula PARADELA AREÁN

Becaria FPI

Universidad de Santiago de Compostela

1. El auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve un recurso de apelación contra el auto de primera instancia que había acordado el execuátur de un laudo arbitral emitido en Chile. En la resolución la Audiencia estimó el recurso y denegó el execuátur, tras llevar a cabo un análisis de las cláusulas arbitrales en presencia, con base en la falta de sometimiento al arbitraje del apelante para las materias ventiladas en el procedimiento arbitral, aplicando el art. V.1º.c) Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En concreto, los hechos en los que trae causa el litigio son los siguientes: la empresa chilena Schaffner, S.A celebró con SiiMCA Ltda. un contrato de prestación de servicios el 27 de mayo de 2003 en virtud del cual SiiMCA, representante en exclusiva de la empresa española Infor PYME, S.L (en adelante PYME) para Chile, se obligaba frente a Schaffner a la implementación del software creado por PYME. El contrato en el que, según la interpretación de la Audiencia Provincial, eran partes contratantes Schaffner y SiiMCA en su propio nombre (es decir, no lo era PYME), contenía una cláusula arbitral que recogía la voluntad de las partes de acudir al arbitraje para resolver “Cualquier dificultad que surja entre las partes respecto de la celebración, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, o cualquier otro asunto relacionado con el mismo...”. A su vez, se incorporaba al contrato como anexo una declaración unilateral realizada por PYME que aparecía descrita como “carta de compromiso de soporte y servicio al éxito del presente proyecto” (contrato de prestación de servicios entre Schaffner y SiiMCA). Esta declaración unilateral contiene dos compromisos asumidos por PYME: por un lado, responde frente a Schaffner de la implementación del software

* *Vid. infra*, pp. 257-262.

en las aplicaciones que son contratadas, siendo su responsabilidad el depósito del código fuente, modelo de datos y manuales operativos, en una notaría; por otro, se compromete a desarrollar el programa Infor: PYME a favor de Schaffner, en los términos contratados con SiiMCA, en el supuesto de quiebra o desaparición operativa o evidente incumplimiento de esta última en territorio chileno. Además, con posterioridad a la celebración de este contrato, PYME, a través de su representante legal, realizó una nueva declaración unilateral, en un acta notarial de 1 de agosto de 2003, en la que se sometía al arbitraje en relación con una cuestión concreta: las controversias que surjan con Schaffner sobre las condiciones de liberalización del código fuente.

Surgidos problemas que no se especifican, Schaffner instó procedimiento arbitral contra PYME, obteniendo un laudo el 26 de octubre de 2006 que acordaba resolver el contrato de prestación de servicios entre las partes y condenar a PYME a satisfacer a Schaffner la cantidad de 116.758.078 dólares a título de perjuicios por daño emergente. El executur de este laudo fue otorgado por Auto 8 de marzo de 2008, recurrido por PYME con base en varias razones, entre las que destaca, por ser aquella sobre la que la Audiencia construye el grueso de su razonamiento en la apelación, la extralimitación del árbitro al pronunciarse sobre cuestiones no sometidas a arbitraje de conformidad con el art. V.1º.c) Convenio de Nueva York. Por su parte, Schaffner se opuso al recurso contradiciendo los motivos de fondo y, además, alegando la inadmisibilidad del recurso de apelación de conformidad con el art. 956 LEC/1881.

En el presente comentario analizaremos la decisión de la Audiencia de denegar el executur a la luz de la argumentación vertida en el auto. Si bien, con carácter previo a la realización de este análisis, resulta oportuno referirse, sucintamente, a la eventual inadmisibilidad del recurso de apelación alegada por Schaffner.

2. Como es bien sabido, la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó el artículo 955 de la LEC de 1881 atribuyendo la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución a los Juzgados de Primera Instancia. Sin embargo, la letra del segundo párrafo del artículo 956 continuó intacta, privando de recurso a los autos que resolvían el executur, hasta la reciente Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implementación de la nueva Oficina Judicial¹. La nueva redacción del precepto recoge la posibilidad de recurrir en apelación los autos que otorgan o deniegan el executur y acaba, de este modo, con la incoherencia legal del sistema que si bien podría tener su razón de ser cuando esta competencia residía en el Tribunal Supremo, resultaba discordante en los supuestos en los que los Juzgados de Primera Instancia eran los encargados de decidir sobre este extremo. No obstante, la práctica judicial general reciente había solven-

¹ BOE, 4-XI-09. Esta ley, y por tanto la modificación del precepto a la que hacemos referencia, no se encontraba en vigor cuando se dictó el auto anotado.

tado este problema, a pesar de alguna excepción², aplicando el art. 455.1º LEC para posibilitar la apelación en estos casos³. Siguiendo esta línea, la Audiencia determinó en el auto anotado que la previsión realizada por el art. 956 párrafo segundo de la LEC/1881 resultaba anacrónica y que una interpretación sistemática y lógica del precepto determinaba la aplicación del régimen general de recursos. La solución fue, a nuestro juicio, la más correcta a la luz de todos los elementos procesales relevantes.

3. Mayor enjundia jurídica presenta la cuestión de la denegación del executur por parte de la Audiencia. Es bien conocido, que el CNY pretende facilitar la ejecución de los laudos extranjeros: de un lado recoge una lista cerrada y taxativa de motivos de oposición al reconocimiento y ejecución y, de otro, su interpretación es restrictiva⁴. Además, la práctica judicial, tanto nacional como internacional, ha mantenido esta tendencia pro ejecución, operando los supuestos de no reconocimiento como excepción a la regla general. No obstante, esta tendencia pro ejecución no es óbice para que, en aquellos casos en los que nos encontramos ante alguna de las causas recogidas en el CNY que resulten convenientemente constatadas, las resoluciones judiciales denieguen el reconocimiento del laudo. En el auto comentado PYME alegó la extralimitación del árbitro al conocer de cuestiones no sometidas a arbitraje de conformidad con el art. V.1º.c) CNY. Debemos tener en cuenta, a este respecto, que el supuesto presenta la particularidad de que tanto para la parte contra la que se solicita el executur, ahora apelante, cuanto para la Audiencia Provincial, parecen existir dos cláusulas arbitrales: la del contrato, que podríamos denominar principal (cláusula 1) y la correspondiente a la declaración unilateral de PYME (cláusula 2), que es sobre la que versó el grueso de la argumentación judicial. Así, el apelante fundamentó su oposición al executur refiriéndose a la cláusula inserta en su declaración unilateral posterior, sin embargo, al menos desde el punto de vista estrictamente material, todo parece indicar que el arbitraje se sustanció con base en la cláusula principal. La Audiencia descartó la vinculación de PYME con la cláusula principal y, a la luz del contenido de la declaración unilateral, determinó la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo por referirse a una controversia respecto de la que PYME no se había sometido al arbitraje.

4. La Audiencia construyó su razonamiento para denegar el executur alrededor de dos ejes: en un primer momento y de forma sucinta, descartó la vinculación de PYME con la cláusula principal y, en un segundo momento, a

² Vid. como ejemplo el reciente AAP Madrid 16 de noviembre de 2009, *Aranzadi Westlaw* JUR 2010\37265, también sobre el executur de un laudo extranjero.

³ Vid. entre otros el AAP Barcelona 5 de noviembre de 2006, *Aranzadi Westlaw* AC 2007\818; el AAP Las Palmas 26 de marzo de 2007, *Aranzadi Westlaw* JUR 2007\172422 sobre el executur de un laudo extranjero; AAP Madrid 29 de febrero de 2008, *Aranzadi Westlaw* JUR 2008\143995; o el AAP Santa Cruz de Tenerife 15 de diciembre de 2008, *Aranzadi Westlaw* JUR 2009\115788.

⁴ Vid. sobre este extremo A.J. van den Berg, "An Overview of The New York Convention of 1958" disponible en http://www.arbitration-icca.org/media/o/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf, p. 13.

la luz del contenido de la declaración unilateral, determinó la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo por referirse a una controversia respecto de la que PYME no se había sometido al arbitraje.

La Audiencia desechó la hipótesis de la vinculación de PYME por la cláusula arbitral principal porque, tal y como puso de manifiesto en el auto “el contrato fue suscrito por Shaffner y SiiMCA, por lo que la cláusula arbitral les afecta a ellos”. En este mismo sentido, estableció que “para que dicha cláusula pudiera obligar a PYME tendría que constar su consentimiento en tal sentido”. No obstante, hay que precisar que la práctica arbitral nos muestra que el hecho de que PYME no haya firmado expresamente la cláusula arbitral inserta en el contrato principal no descarta automáticamente su vinculación a la misma ni muestra su falta de consentimiento a obligarse por ella, sino que se hace necesario analizar su voluntad en relación con el sometimiento al arbitraje para determinar si es posible extender los efectos de la cláusula. En efecto, es posible que un tercero a la relación contractual que, sin embargo, esté estrechamente relacionado con la misma, resulte afectado por la cláusula arbitral si, de conformidad con una serie de parámetros de análisis, se determina que su voluntad ha sido someterse al arbitraje. Para determinar tal extremo se requiere una interpretación sustantiva de la real posición de cada parte en la relación contractual que presenta el supuesto de hecho e, incluso, como ha puesto de manifiesto la práctica arbitral, del mismo comportamiento de las partes o de su relación con los formalmente contratantes o firmantes del sometimiento a arbitraje.

En el auto se pone de manifiesto que PYME realizó una declaración unilateral, incluida como anexo al contrato en el que se incluye la cláusula arbitral, en la que, entre otras cuestiones, asumió frente a Shaffner el compromiso de “desarrollar el programa de software en los términos contratados con SiiMCA (...) en caso de incumplimiento de esta última”. ¿Implica una declaración de estas características la vinculación de PYME por la cláusula arbitral inserta en el contrato de prestación de servicios? Es decir ¿procede en el supuesto analizado la extensión de la cláusula arbitral a PYME? La respuesta de la Audiencia, reflejada en el auto, es negativa, así se infiere de las referencias que hace al carácter independiente de estas empresas. En este sentido, en el auto, haciendo referencia a la declaración unilateral realizada por PYME, se pone de manifiesto que PYME y SiiMCA “son entidades mercantiles autónomas” y que el compromiso que PYME asume frente a Shaffner “en ningún modo implica la agrupación de empresas”. Curiosamente, con estas afirmaciones se está negando expresamente la concurrencia en el supuesto de dos de los motivos que, con carácter habitual, se utilizan para extender los efectos de la cláusula arbitral a terceros: la intermediación de un agente y la agrupación de empresas⁵.

⁵ *Vid.*, entre otros, M. Blessing, “Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories”, en *The Arbitration Agreement its Multifold Critical Aspects (A collection of reports and materials delivered at the ASA conference held in Basel on 17 June 1994)*, M. Blessing (ed.), Swiss Arbitration Association, 1994, pp. 151-164; H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a*

No obstante, y a pesar de las razones aportadas, la posición de PYME, su compromiso económico y su real participación en el contrato entre Shaffner y SiiMCA son factores que podrían derivar en una solución más matizada que la que asumió la Audiencia Provincial en el auto anotado. Así es, en el caso que nos ocupa hay datos más que suficientes para plantearse una posible extensión de la cláusula arbitral y analizar con mayor detalle la trascendencia de la declaración unilateral de PYME incluida como anexo en el contrato.

5. La práctica arbitral comparada y su sistematización por la doctrina nos muestran que con carácter previo a la determinación de la extensión personal de una cláusula arbitral se hace necesario establecer el marco en el que debemos valorar si tal extensión es posible. En este sentido, se han barajado dos posibilidades: valorar la posible extensión en el marco de un ordenamiento jurídico nacional o hacerlo mediante los principios generales y los usos del comercio internacional. De conformidad con la primera posibilidad apuntada, seguida por los defensores de la teoría conflictual, se hace necesario acudir al Derecho nacional que resulte aplicable para determinar el alcance subjetivo de la cláusula arbitral. Por el contrario, los partidarios de una teoría anacional, consideran que acudir a la *lex mercatoria* para solventar esta cuestión es una posibilidad que se encuentra más conectada con la práctica del comercio internacional y que, debido a su mayor flexibilidad, conduce a resultados que se adecuan mejor a la realidad⁶. En realidad, esta visión del problema abunda en el análisis sustantivo, en la interpretación de las propias cláusulas contractualmente asumidas y la real participación del tercero en el negocio de que se trate. El análisis que sigue se ciñe a esta segunda visión, aunque sólo sea por la dificultad que tendría la ubicación del supuesto en un ordenamiento determinado y, en un segundo momento, por la posibilidad real de no encontrar la respuesta buscada en dicho ordenamiento, al tratarse el presente, de uno de los casos difíciles que han determinado una aproximación casuística de la práctica arbitral. Es, por otro lado, la perspectiva que intuitivamente acoge la Audiencia Provincial, que en ningún momento trata de buscar ningún tipo de ley aplicable a la vinculación de PYME a la cláusula arbitral contenida en el contrato principal. Tal análisis se centrará, eso sí, en el momento en que el problema se plantea: el ejecutivo del laudo en país distinto al que se dictó; y a partir de la normativa que disciplina *prima facie* el problema: el CNY.

El CNY establece, en su art. II, los requisitos formales con los que ha de contar el acuerdo arbitral refiriéndose, expresamente, a su constancia por

los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional, De Conflictu Legum, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

⁶ Resulta en este sentido especialmente ilustrativa la sentencia del Tribunal Federal Suizo de 16 de octubre de 2003 en la que el tribunal determina que "...la jurisprudencia touchant l'extension, en matière d'arbitrage international, de la clause compromissoire aux tiers non-signataires est applicable en l'espèce. A cet égard, la jurisprudence française illustre bien la tendance actuelle de la pratique arbitrale internationale. Selon cette jurisprudence, le fondement juridique de l'extension de la clause compromissoire à un tiers non signataire reside dans les usages du commerce international...". *Rev. arb.*, n° 3, 2004, pp. 695-718, p. 701, con nota de L. Lévy y B. Stucki.

escrito y a la firma de las partes. En un sentido similar se pronunciaba el art. 7 LMU, si bien aumentaba el elenco de posibilidades en las que se considera que el acuerdo consta por escrito. La posibilidad de extender la cláusula arbitral a terceros depende de la interpretación más o menos estricta que se realice de estos requisitos. En este sentido, una interpretación estricta y excesivamente formalista llevaría a limitar los supuestos de existencia de un convenio arbitral válido, mientras que una interpretación más flexible supondría la posibilidad de extensión del convenio concreto a un tercero en principio ajeno a la cláusula que, a pesar de no haberla suscrito, sí la ha aceptado y asumido como vinculante. El carácter escrito de la cláusula y la firma de las partes han sido objeto de una interpretación cada vez más flexible por parte de jueces y árbitros⁷, que han tratado de adecuar estos requisitos a la práctica comercial internacional. En esta línea se enmarca, de un lado, la nueva redacción de la Ley Modelo, con las enmiendas realizadas en 2006, que entre otras modificaciones, establece la consideración como acuerdo escrito de todo acuerdo del que “quede constancia de su contenido en cualquier forma”; y, de otro lado, la Recomendación relativa a la interpretación del art. II y del art. VII CNY⁸, que determina la necesidad de aplicar el art. II CNY “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”. En el caso que nos ocupa se hace necesario determinar, siguiendo una interpretación flexible de los requisitos de la cláusula arbitral, si PYME, a través del compromiso vertido en su “carta de compromiso de soporte”, es decir el desarrollo del programa a favor de Shaffner en los términos contratados con SiiMCA, hacía suya la posición jurídica de esta última o tan sólo se obligaba a una específica obligación de hacer. Una interpretación flexible de la cláusula arbitral antepone la realidad de la situación, el fondo, frente a los forma del acuerdo en sí, de modo que el protagonismo a la hora de decidir sobre la extensión del convenio arbitral ha de residir en el consentimiento del tercero.

Como en todos los casos difíciles, recurrir a la casuística en la materia nos puede permitir inferir en qué casos y bajo qué condiciones puede entenderse que este tercero (PYME en el caso de autos) ha consentido someterse al arbi-

⁷ Esta interpretación flexible se hace patente tanto en los supuestos en los que aparecen involucradas dos partes y existen dudas sobre la vinculación de unas de ellas al convenio arbitral como en los supuestos en los que existe un tercero y ha de analizarse la posible extensión de la cláusula. En relación con las primeras *vid.*, entre otras, *High Court* de Hong Kong, *Miscellaneous Proceedings*, 23 August 1991, *Guangdong New Technology Import & Export Corporation Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading*, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XVIII, 1993, pp. 385–388; *High Court* de Hong Kong 2 February 1994, *Oonc Lines Limited v. Sino-American Trade Advancement Co. Ltd.* (Abstract), *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XX, 1995, p. 284; Tribunal Fédéral Suisse, Décision 4P. 198/2005 31 octobre 2005, *Etats Unis et Schiedsgericht der Zürcher Handelskammer*, *Rev. arb.*, 2006, n°3, pp. 832–833. Sobre las segundas *vid.* US District Court, of North Carolina, 11 February 1999, *J.A. Jones, Inc Kvaerner ASA v. The Bank of Tokyo-Mitsubishi Ltd., New York Branch et al.*, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XXV, 2000, pp. 902–906.

⁸ *Vid.* Artículos revisados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional y recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del art. II y el párrafo 1 del art. VII CNY, aprobados en la 64ª sesión plenaria de la Asamblea General el 4 de diciembre de 2006. Textos disponibles en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

traje. A este respecto resultan especialmente ilustrativos los supuestos en los que un tercero a la cláusula arbitral asume frente a una de las partes las obligaciones de la otra, en la totalidad de los casos que manejamos, se trata de un garante o de un avalista. La práctica muestra, en este sentido, que la extensión de la cláusula arbitral en estos supuestos no es automática, sino que depende de la concreta posición en la que se encuentre el tercero. La práctica judicial estadounidense distingue, por ejemplo, entre los supuestos en los que el tercero (garante) no ha firmado la cláusula arbitral pero ha suscrito un contrato en el que se incorporan los términos del contrato principal, de aquellos supuestos en los que la garantía figura en un documento aparte en el que no se alude a este⁹. Resulta relevante a este respecto, no tanto por la resolución en sí, sino por el razonamiento incluido en la resolución, que lleva a cabo el tribunal arbitral, la Sent. Tribunal Federal Suizo de 18 de diciembre de 2001¹⁰, en la que el tribunal federal desestima el recurso presentado por un garante demandado en virtud de una cláusula arbitral que no había firmado, en el que alega no formar parte del convenio arbitral. El tribunal arbitral establece, para declararse competente, que su competencia contra el garante se basa en la asunción por éste de compromisos financieros relacionados con la ejecución del contrato principal. Situación relativamente próxima a la que da pie al supuesto que comentamos, en el que PYME se compromete a la propia ejecución del contrato en el caso de que el contratante principal no pueda hacerlo. Por el contrario, la Sent. Tribunal Federal Suizo de 18 de agosto de 2008 no extiende la cláusula arbitral establecida en un contrato principal a los garantes que no la habían firmado al determinar que los reenvíos generales al contrato principal en la garantía no pueden ser interpretados como la manifestación del garante de su voluntad de someterse¹¹.

Como se puede apreciar, esta práctica judicial suiza muestra soluciones divergentes en función de las distintas circunstancias de cada caso. En este contexto, el supuesto que nos ocupa es especialmente controvertido por cuanto no puede incluirse, sin más, en alguno de los casos referenciados ya que, si bien las situaciones son parecidas (tercero que asume las obligaciones de un segundo al que le vincula la cláusula arbitral), existen singularidades que las distinguen. Como hemos apuntado, PYME realiza una declaración unilateral inserta en el propio contrato de prestación de servicios, en la que

⁹ Vid. *US District Court* de Nueva York 11 September 1985, *Development Bank of the Philippines v. Chemtex Fibers Inc.*, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XII, 1987, pp. 546–549, en la que el tribunal extiende la cláusula arbitral al garante que no forma parte del contrato en el que se contiene la cláusula, pero sí ha suscrito un contrato con alguna de las partes en la que se hace referencia al acuerdo; *vid.* así mismo *Supreme Court of New York City, Appellate Division*, 19 June 1986, en la que el tribunal no acuerda la vinculación del tercero por considerar que ha firmado un documento separado que no contiene cláusula arbitral, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. XII, 1988, pp. 609–610.

¹⁰ Vid. ATF 4P, 126/2001, *Likoil-Permnefteorgsintez LLC c. MIR Müte ahhitlik ve Ticaret A.S. MIR Constructing and Trading Co.* citado en J.M. Vulliemin, “La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral versus convenio arbitral?”, *Spain Arbitration Rev.*, n° 5, Sección Artículos, Segundo Cuatrimestre de 2009, *La Ley 13536/2009*.

¹¹ Tribunal Fédéral Suisse, 19 de agosto de 2008, 4^a_128/2008, *Rev. arb.*, n° 4, 2009, pp. 842–844.

asume las obligaciones de SiiMCA frente a Schaffner en los supuestos en los que aquella no cumpla, en los términos en los que SiMCA ha contratado con Schaffner. Las claves de nuestro caso pueden apuntar hacia una posible extensión: en primer lugar, la inserción de la declaración unilateral en el propio contrato en el que se contiene la cláusula, como parte del mismo, aunque sea en forma de anexo; en segundo lugar, la asunción por PYME de las obligaciones asumida por SiiMCA con carácter subsidiario; y, por último, la asunción de la obligación en los términos contratados por SiiMCA. No obstante, sin perder de vista la flexibilización de los requisitos de la cláusula arbitral, no debe olvidarse el carácter excepcional que presenta la extensión subjetiva de la misma; excepcionalidad tendente a garantizar la seguridad jurídica en el ámbito del comercio internacional. Es claro también que la extensión responde a garantizar la realidad de las situaciones, a la necesidad de hacer primar el fondo sobre la forma, pero no debe ser un mecanismo que se aplique indiscriminadamente, sino que ha de responder a la existencia de una verdadera voluntad indubitada del tercero de someterse. Ello explica la posición más estricta de la Audiencia Provincial en este supuesto, que pasamos a analizar.

6. El segundo eje, y el principal, sobre el que la Audiencia construyó el razonamiento jurídico en el auto, es el alcance material de la declaración que PYME realizó en el acta notarial de conformidad con el art. V.1º.c) CNY. En el auto se establece, tras descartar la vinculación de PYME por la cláusula principal, y refiriéndose a la declaración recogida en el acta notarial, que la cuestión radica en “interpretar el alcance del sometimiento a arbitraje” para determinar “si afecta a todos los compromisos asumidos por PYME en el anexo 1 del contrato o si tan sólo se refiere a las condiciones de liberalización del depósito del código fuente”. A este respecto, la Audiencia consideró que “cuando precisa lo que debe ser objeto de decisión por parte del árbitro se ciñe exclusivamente a la controversia que pudiera surgir sobre el depósito del código fuente”. Así, el auto establece que PYME ha delimitado el objeto de la controversia arbitral en esta segunda declaración unilateral y, a la luz de esta delimitación del objeto del arbitraje, el árbitro resolvió sobre una controversia respecto de la que PYME no se había sometido al arbitraje, por lo que concurre en el supuesto la causa recogida en el art. V.1º.c) CNY y se deniega el executur del laudo arbitral. En este sentido, y a pesar del carácter pro ejecución del CNY, si se descarta la aplicación de la cláusula principal es claro que, de conformidad con las manifestaciones del acta notarial, el árbitro único se extralimitó¹² al decidir sobre las cuestiones ventiladas en el proceso arbitral que, fueran las que fuesen, excedían de las condiciones de liberalización del depósito del código fuente.

¹² Vid. A. J. van den Berg, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, nº 2, 2007, disponible en http://www.arbitration-icc/media/0/12125877992500/2007_icc_bulletin_aj_van_den_berg_denials_of_enforcement.pdf, donde el autor hace referencia a dos supuestos especialmente ilustrativos en los que se deniega el executur de conformidad con el art. V. 1º.c) CNY.

Si se hubiese determinado la extensión de la cláusula arbitral principal, la oposición de PYME a la ejecución del laudo y, en concreto, su alegación de la extralimitación del árbitro al decidir sobre materias no sometidas a arbitraje, no podrían haber provocado la denegación del executur. Así, si se hubiese considerado que PYME estaba sujeta por la cláusula arbitral principal, su declaración posterior realizada unilateralmente carecería de importancia ya que bien pudiera entenderse que se trata de una mera manifestación unilateral de una de las partes tendente a tratar de eludir su compromiso adquirido de sometimiento al arbitraje y esta circunstancia no modificaría su obligación de cumplir lo acordado. Evidentemente, si nos situamos en el escenario contrario, como la Audiencia Provincial en el auto, en el que PYME no está vinculada por la cláusula arbitral de ese contrato principal, sólo la posterior declaración unilateral de PYME implica un real sometimiento a arbitraje (algo que no discuten ni demandante ni demandado) y al referirse a una materia distinta de la que se ha sustanciado en el proceso arbitral, habría que concluir que el árbitro se habría extralimitado al resolver sobre temas no sometidos a su decisión. Partiendo pues de esta no extensión de la cláusula arbitral inserta en el contrato principal, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en el auto cobra todo su sentido. En este sentido, PYME ha consentido someterse al arbitraje para las controversias surgidas en relación con la liberalización del depósito del código fuente; Schaffner habría aceptado esta sumisión y, sin embargo, habría activado el arbitraje para resolver de manera general todas las controversias surgidas en relación con el contrato de prestación de servicios. En estos términos, es claro que un eventual laudo sobre la materia no sometida a arbitraje no podrá ser reconocido de conformidad con el art. V.1º. c) CNY.

8. El auto comentado es uno de los cada vez menos habituales supuestos en los que se deniega el executur de un laudo arbitral extranjero. Además, el supuesto resulta especialmente interesante por la problemática subyacente, ya que la existencia de dos cláusulas arbitrales en presencia, según la interpretación retenida por la Audiencia, exige la previa determinación de la que debe ser tenida en cuenta para decidir sobre el otorgamiento del executur. En este sentido, echamos en falta en el auto un análisis más profundo sobre el alcance de la cláusula inserta en el contrato de prestación de servicios, que nos aportase claves para proceder en supuestos como el que se plantea, que se nos antoja no excesivamente infrecuente. Por lo que respecta a la concreta solución del auto, consideramos que resultaría factible descartar la extensión de la cláusula arbitral, ya que, si bien la autonomía de la voluntad que rige el arbitraje y la flexibilización de los requisitos del convenio arbitral podrían apuntar a una solución favorable a la extensión de la cláusula a este tercero “participante”, “garante” o cualquiera que sea la denominación más adecuada a las obligaciones asumidas, la singularidad de los supuestos de extensión, que conforman la excepción a la regla general, y la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica, exigen precaución a la hora de extender la cláusula a un tercero. Así, desde la asunción de esta postura, el análisis de la Audiencia Provincial volcado sobre en su declaración unilateral posterior

que, a todas luces, se refiere a una materia diferente de la sustanciada en el arbitraje, justificaría el no reconocimiento del mismo.

Responsabilidad por error arbitral. Presupuestos procesales para su ejercicio

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla
nº 133/2010, de 30 de abril de 2010) ***

José Fernando MERINO MERCHÁN

Arbitro.

Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado (excedente)

Sumario: I. Supuesto sobre el que se asienta la imputación de la responsabilidad arbitral. II. Parámetros exigidos por la jurisprudencia para el ejercicio de la acción de responsabilidad arbitral. III. Algunos supuestos de responsabilidad arbitral a la luz de la Ley 60/2003, de arbitraje. IV. Conclusión

I. Supuesto sobre el que se asienta la imputación de la responsabilidad arbitral

En ninguna institución jurídica se produce un depósito de confianza tan intenso como en el arbitraje, en el que libre y voluntariamente unos depositan en otros la resolución definitiva de sus conflictos, sin que exista imperativo alguno para ello, apartándose expresamente de los servicios institucionalizados de la justicia pública.

Precisamente, por el alto grado de confianza que se deposita en el árbitro, este, en el ejercicio de sus funciones, debería asumir una responsabilidad pareja a la confianza depositada. En la legislación histórica española, la naturaleza de la responsabilidad del árbitro, ha estado ligada en líneas generales, a una concepción judicialista. Así, tanto el *liber iudiciorum* como las *Partidas*, equiparaban la responsabilidad del árbitro—avenidor a la del juez. Esta misma idea se mantuvo presente en la Constitución de 1812, pero quiebra en la etapa codificadora, en la que la responsabilidad del árbitro se desplaza hacia la responsabilidad negocial de tipo mandaticia afín al art. 1.101 Cc. Situación esta última que se mantiene en la rígida Ley de Arbitraje Privado de 1953.

En el marco de la Ley postconstitucional, 36/1988 de Arbitraje, y por influjo del Derecho histórico español y del derecho comparado, se vuelve a tipificar la responsabilidad arbitral como de naturaleza extracontractual, al

* *Vid. infra*, pp. 262-265.