

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Execuátur de laudos arbitrales extranjeros: problemas en relación con el orden público procesal y el debido proceso

(Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 3/2012, de 10 de febrero) *

María Aránzazu GANDÍA SELLENS **

Sumario: I. Hechos y competencia judicial. II. Naturaleza jurídica y normativa aplicable al procedimiento de execuátur de laudos arbitrales. III. Orden público procesal y medidas cautelares. IV. Notificación y derecho al proceso con todas las garantías. VI. Valoración.

I. Hechos y competencia judicial

El caso planteado en la resolución cuyo análisis aquí abordamos viene vinculado a un procedimiento de execuátur de un laudo arbitral dictado en Londres, entre el demandante, la empresa Marex Schiffahrtsgesellschaft Mbh, MS Wellington Express KG (Marex, en adelante) y el demandado, la empresa Maltese Sun Maritime Co. Ltd. (Maltese, en adelante), en relación con un contrato de arrendamiento de buque a casco desnudo celebrado entre ambas. Fue la entidad Marex quien presentó escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, solicitando el reconocimiento de dicho Laudo arbitral, dado que el buque se encontraba atracado en el Puerto de Sagunto (Valencia) y el Laudo ordenaba su inmediata posesión por su propietario (la empresa MAREX).

Es conveniente realizar, en este punto, una referencia a la competencia del órgano jurisdiccional citado para conocer del asunto objeto de nuestro estudio. De entre las fuentes disponibles en nuestro sistema jurídico, los arts.

* *Vid. infra*, pp. 230-238.

** Becaria MEC FPU Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela". Universitat de València.

8.6⁰¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su redacción dada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (LA, en adelante) y 955 LEC/1881 son los que la sustentan, dado que la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (CNY) guarda silencio en materia de competencia judicial para conocer de las demandas de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, y por tanto, son las correspondientes normativas nacionales las que deben suplir este vacío legal². En este sentido, en España, es el citado precepto de la LA el que determina la competencia en estos casos. Conviene destacar, en primer lugar, que el artículo ha sido objeto de modificación por la última reforma de la LA (Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado). La revisión de la disposición ha consistido en modificar la competencia judicial para la homologación y la ejecución forzosa de laudos extranjeros. Mientras la redacción anterior hablaba sólo de “execuátur de laudos extranjeros” atribuyendo su competencia al “órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros”, la dicción actual asigna la competencia para conocer del reconocimiento a la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (nuestro caso), y la posterior ejecución forzosa a los Juzgados de Primera Instancia³. Opción, ésta, criticada por la doctrina, quien considera que la misma resta celeridad al arbitraje⁴.

¹ Su tenor literal es el siguiente: “Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos. Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios”.

² C. Esplugues Mota, “Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 1966. *Vid.* también A. Asín Cabrera, “Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, en J. Garberí Llobregat (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 1457; M. Virgós Soriano, “Del exequátur de laudos extranjeros (Art. 46)”, A. Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 672. J. González Soria, “Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables”, en J. González Soria (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 717.

³ Conviene aquí mencionar el hecho de que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE nº 266 de 4 de noviembre de 2009) posibilitó el recurso de los autos que denieguen el exequátur, poniendo fin a la situación anterior de inconcreción. *Vid.*, al respecto, P. Perales Viscasillas, “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 3, 2011, p. 674. A. Fernández Pérez, “Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, nº 1, 2012, p. 164.

⁴ S. Barona Vilar y C. Esplugues Mota, “Art. 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, en S. Barona Vilar (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2011, p. 350: “[...] la reforma de 2011 [...] se aleja de la regla general existente en

En cuanto a la conversión del laudo en título ejecutivo, que es lo que se solicita en el asunto solventado por el Auto aquí analizado, son varias las reglas de competencia territorial existentes, unas de aplicación preferente frente a la naturaleza subsidiaria del resto. Así, se debe estar primero al “domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos”, y, en su defecto, al “lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos”. En el presente caso, dado que la parte demandada (Maltese) tiene su domicilio en Sagunto (Valencia) resulta clara la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Llama la atención que la asistencia letrada de la demandante utilizara el criterio subsidiario para incoar el procedimiento ante dicho órgano⁵, pero afortunadamente la Sala llega al mismo resultado aplicando el criterio competencial correcto.

Volviendo a los hechos que motivan el Auto estudiado, conviene resaltar, como dato de especial relevancia para nuestro comentario, que la demandada MALTESE manifestó su desacuerdo al reconocimiento del citado Laudo, formulando los siguientes motivos de oposición: a) la excepción de orden público en virtud del art. V.2º.b) CNY, debido a la existencia de otro procedimiento judicial cautelar, paralelo al arbitral y con el mismo objeto; b) la imposibilidad de haber podido hacer valer sus derechos de defensa, con base en el art. IV del mismo texto legal, por no haberse acompañado, a la solicitud de execuátur, la desestimación de la revisión arbitral del Laudo; y, c) la tacha del perito, dado que la prueba sobre la que se fundamentaba el Laudo residía en la declaración jurada del letrado de la parte actora, en virtud del art. 343 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶ (LEC, en adelante).

En las siguientes líneas trataremos cada uno de estos motivos de forma independiente, dedicando previamente, un epígrafe a la naturaleza jurídica del procedimiento de execuátur de laudos y la normativa que le es de aplicación, dado que el Auto a comentar dedica uno de sus Fundamentos Jurídicos (FJ, en adelante) a esta cuestión.

II. Naturaleza jurídica y normativa aplicable al procedimiento de execuátur de laudos arbitrales

El Auto comienza el análisis jurídico aludiendo a la naturaleza de este tipo de procedimientos, paso necesario, a nuestro entender, para proceder a una

nuestro ordenamiento en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, basada en la idea de inmediatez que ofrece el que un mismo órgano jurisdiccional [...] sea el encargado de reconocer y ejecutar las decisiones judiciales y extrajudiciales extranjeras”.

⁵ Esto constituye una prueba de la deficiente redacción del precepto, y así lo ha constatado la doctrina: “Si bien estas reglas de competencia cuentan con un rodaje de 8 años [...] las soluciones previstas siguen siendo susceptibles de generar ciertos problemas prácticos. Y ello [...] a la hora de interpretar el significado exacto de la regla sobre la que se pretende fundamentar la competencia territorial del concreto órgano jurisdiccional”, S. Barona Vilar y C. Esplugues Mota, “Art. 8...”, *op. cit.*, p. 356.

⁶ *BOE*, 8-I-2000.

correcta calificación jurídica de los problemas suscitados. El Auto indica, muy acertadamente, que

“... el procedimiento de exequátur tiene una naturaleza meramente homologadora en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, [...] sin más correcciones que las impuestas por el respeto al orden público del foro, lo que impide, ante todo, el examen del fondo del asunto”.

En esta misma línea arguyen jurisprudencia y doctrina.

Por un lado, respecto a la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, ya en 1991, señaló que

“[...] el régimen español del exequátur aparece configurado, tanto en sus fuentes normativas como por la doctrina y la jurisprudencia, con las excepciones que taxativamente pudieran resultar del régimen convencional y del régimen de reciprocidad positiva, como un procedimiento autónomo de homologación o reconocimiento, respecto al cual la revisión de fondo se presenta, en principio, como antitética a la función homologadora o de reconocimiento, la cual resultaría desvirtuada, de operar aquella revisión, por un proceso de interiorización o ‘nostrificación’ y no propiamente de reconocimiento”⁷.

Coincide la doctrina, por otro lado, en resaltar la limitación de los órganos jurisdiccionales a revisar determinados aspectos formales, salvo que haya cuestiones, en el fondo de la resolución, susceptibles de ser contrarias al orden público⁸. Orden público que ha de tener el carácter de “internacional”, tal y como indicó el Tribunal Supremo, quien al referirse al procedimiento de exequátur de laudos arbitrales foráneos, recuerda que

“[...] la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido en su seno [...] la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional [...]”⁹.

En este punto conviene traer a colación la distinción que la doctrina realiza entre orden público nacional e internacional. Mientras que el orden público nacional (como su propio nombre indica), se identifica con los principios de moralidad y justicia de un Estado concreto, el orden público internacional se refiere a esos mismos principios nacionales pero aplicados a aquellos supuestos con elementos de extranjería¹⁰. Todo ello, dejando de lado el debate

⁷ STC n.º 132/1991 de 17 junio RTC 1991\132, FJ 4. En la misma línea también se pronuncian los AATS 3 diciembre 1996, 21 abril 1998 y 5 de mayo de 1998, entre otros.

⁸ C. Esplugues Mota, “Artículo 46...”, *loc. cit.*, p. 1973. *Vid.* también J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 1835–1836; M. Virgós Soriano, “Del exequátur...”, *loc. cit.*, pp. 656–657.

⁹ ATS 29 septiembre 1998 RJ 1998\9002, FJ 6.

¹⁰ A.I. Okekeifere, “Public Policy and Arbitrability under UNCITRAL Model Law”, *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 2, n.º 2, 1999, pp. 70–71. Mayer señala, no obstante, la distinción entre “ordre public international” y “international public policy”, aludiendo con el primero al concepto de orden público aplicado al Derecho internacional privado, y con el segundo a la misma idea referida al Derecho internacional público. *Vid.* P. Mayer, “Effect Of International Public Policy In International Arbitration?”, en

doctrinal relativo a la existencia y aplicación en el arbitraje de un orden público transnacional (el cual responde a un conjunto de principios jurídicos que no pertenecen al sistema jurídico de ningún Estado en particular)¹¹.

Todo este *modus operandi* viene recogido en el CNY, texto que resulta de aplicación y al cual se remite el art. 46.2º LA¹². Y así lo indica muy acertadamente el Auto objeto de este comentario, el cual destaca su aplicabilidad *ratione materiae* y su carácter universal en el sistema español, al no realizar España reserva alguna en el momento de adherirse al mismo.

III. Orden público procesal y medidas cautelares

Se invoca, por la demandada, la violación del art. V.2º.b) CNY por razón de la vulneración del orden público procesal, al existir una resolución judicial de naturaleza cautelar, que fue dictada en paralelo al procedimiento arbitral. Al respecto, el Auto explica, muy acertadamente, que ambos procedimientos, el judicial y el arbitral, se encuentran en “una relación exclusivamente instrumental”.

No obstante, llama la atención que no se haya invocado aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Van Uden*¹³, pues en dicho caso se planteó la duda de si se podían solicitar medidas cautelares a un órgano judicial en el marco de un procedimiento arbitral internacional, si bien por referencia a la cuestión de la competencia judicial en el marco del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en mate-

L.A. Mistelis y J.D.M. Lew (eds.), *Pervasive Problems In International Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2006, p. 61.

¹¹ Al respecto véase P. Mayer, “Effect Of International...”, *loc. cit.*, p. 62. Destacamos asimismo la definición de orden público transnacional provista por Gaillard, E.: “Part VI. Court Review of Arbitral Awards”, en E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 954, que concibe el orden público verdaderamente internacional como “[...] *public policy derived from the comparison of the fundamental requirements of national laws and of public international law in particular*”. Asimismo, conviene transcribir las palabras de P. Lalive, “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1986, p. 337, que equipara la noción de orden público transnacional a: “[...] *l'application d'un principe général de droit <<reconnu par les nations civilisées>> ou encore la consécration d'une règle matérielle d'application immédiate* [...]”. En similares términos lo define también J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, p. 367: “[...] *l'ordre public transnational [...] affirme des valeurs communes au plus grand nombre d'Etats et d'acteurs de la vie économique. L'ordre public est transnational dans le sens où il transcende les particularités nationales*”.

¹² Este precepto establece lo siguiente: “El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, 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 extranjeros”.

¹³ Caso *Van Uden Maritime BV contra Line y otros*. Sentencia de 17 de noviembre de 1998 TJCE\1998\275, asunto C-391/95.

ria civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968¹⁴, pero subyaciendo, a nuestro entender, una posible infracción del orden público procesal.

En este asunto, el Tribunal de Justicia afirmó la competencia judicial para adoptar medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral, con base en el citado instrumento (actual Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁵), fundamentando dicha atribución de competencia en que

“[...] el objetivo de las medidas provisionales no es aplicar un procedimiento arbitral, sino que se adoptan paralelamente a tal procedimiento y están destinadas a apoyarlo. En efecto, el objeto de estas medidas no se refiere al arbitraje como materia, sino a la salvaguardia de derechos de naturaleza muy variada. Su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio [...] viene determinada no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguardia garantizan [...]”¹⁶.

En el Auto que aquí comentamos, llama especialmente nuestra atención la omisión de una referencia a este caso dado que el Auto razona en términos muy similares, llegando a afirmar incluso en su FJ 4° que

“[...] ambos procedimientos, el arbitral y judicial, se encuentran en una relación exclusivamente instrumental, concurrente siempre en todo procedimiento cautelar, cuyo fin es asegurar el éxito de la pretensión principal [...] dilucidada y resuelta mediante el procedimiento arbitral [...]”.

La resolución que examinamos fundamenta la concordancia de los hechos con el orden público procesal basándose en los arts. 23 LA, 722 y 724 de la LEC. Coincidimos con la aplicación de los dos últimos, pero nos parece desafortunada la invocación del primero. En efecto, el art. 23 LA se refiere a la competencia de los órganos arbitrales para adoptar medidas cautelares¹⁷, no de los jueces, siendo este último el hecho acaecido en el caso. Si bien no hay, en la LA, referencia alguna a la competencia de los órganos judiciales españoles respecto a la adopción de medidas cautelares en el seno de un proceso arbitral seguido en el extranjero, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁸ como la más avezada doctrina reconocen que dicha competencia es claramente posible¹⁹, basándose en la referencia que el art. 8.3° LA hace al

¹⁴ DO L 299 de 31.12.1972.

¹⁵ DO L 12 de 16.1.2001.

¹⁶ Caso *Van Uden Maritime BV* contra *Line y otros*. STJCE de 17 de noviembre de 1998, TJCE\1998\275, asunto C-391/95, párrafo 33.

¹⁷ Su tenor literal es el siguiente: “1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

¹⁸ Caso *Van Uden Maritime BV* contra *Line y otros*. STJCE 17 de noviembre de 1998 TJCE\1998\275, asunto C-391/95 (comentada *supra* a los efectos que aquí interesan).

¹⁹ S. Barona Vilar y C. Esplugues Mota, “Art. 8...”, *cit.*, 2011, p. 330-331. Asimismo *vid.* J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 1560.

art. 724 LEC. Este precepto²⁰, que contiene una norma de competencia interna, en su apartado segundo extiende su aplicación “*cuando el proceso [arbitral] se siga ante un tribunal extranjero*”. Siguiendo a la doctrina²¹, en estos casos, esta norma de competencia interna entrará en funcionamiento con posterioridad a la norma de competencia judicial internacional contenida en el art. 722.II LEC²².

Además, nos parece interesante traer a colación la dicción del art. 11.3º LA, conforme al cual, “[e]l convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”. Si bien es un precepto pensado para arbitrajes nacionales, muestra el espíritu que informa a nuestra legislación arbitral.

A raíz de esta disposición nos preguntamos si se podría hablar de vulneración del orden público procesal (invocando el art. V.2º.b CNY) si las partes hubiesen limitado el poder de los jueces de adoptar medidas cautelares, o dicho de otro modo, si las partes hubiesen pactado que sólo los árbitros podían adoptar medidas cautelares. En este caso, estamos poniendo en tela de juicio el valor de la autonomía de la voluntad en un medio de resolución de controversias cuya principal ventaja es esa flexibilidad conferida a las partes. La cuestión no se ha planteado en la jurisprudencia española (nos limitamos a la española porque lo discutido aquí es el orden público procesal internacional, el cual, recordemos, es aquél propio de un Estado pero aplicado a situaciones con elementos foráneos). No obstante, la doctrina sí se ha pronunciado al respecto. Siguiendo a Barona Vilar, creemos que es perfectamente plausible la excusión de la tutela judicial cautelar, pues si se permite someter la decisión final del litigio a los árbitros, lo mismo debe ser predicable respecto a las medidas cautelares²³.

El art. 11.3º LA, pese a que pudiera interpretarse en sentido de no poder excluir la competencia cautelar judicial, entendemos que se refiere a que, por el mero hecho de que las partes se sometan a arbitraje, pueden solicitar el apoyo judicial en cuanto a la adopción de medidas cautelares. Y por tanto opinamos que, cuando las partes, en su convenio arbitral, expresamente

²⁰ Su tenor literal lo reproducimos a continuación: “Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados”.

²¹ S. Barona Vilar y C. Esplugues Mota, “Art. 8...”, *loc. cit.*, 2011, p. 331.

²² Su redacción es la siguiente: “Sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas comunitarias que sean de aplicación, también se podrá solicitar de un Tribunal español por quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles”.

²³ S. Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Mener, Aranzadi, 2006, p. 153.

confíen la potestad cautelar a los árbitros, éstos sean los únicos facultados a adoptar las medidas cautelares, de modo que la aplicabilidad de dicho precepto se circunscribiría a los casos en que las partes no se pronuncian sobre la competencia para adoptar medidas cautelares.

Toda esta argumentación la fundamentamos en los arts. II.3º CNY y 11.1º LA, redactados ambos en el sentido de que una cláusula arbitral válida supone la incompetencia de los órganos judiciales para dirimir la controversia. Así pues, creemos que lo dispuesto en estos preceptos podría ser de aplicación, *mutatis mutandis*, a las medidas cautelares, manteniendo la posibilidad, como señala la doctrina, de recabar el apoyo de los órganos judiciales para solicitar de los mismos la tutela cautelar cuando no sea posible obtenerla de los árbitros (por ejemplo, antes de la constitución del órgano arbitral, es decir, cuando se precisen medidas cautelares *ante causam*)²⁴.

IV. Notificación y derecho al proceso con todas las garantías

El siguiente motivo de oposición que aduce la parte demandada se contiene en el art. V.1º.b) CNY, precepto que señala la denegación del reconocimiento de aquellos laudos en los que la parte demandada no haya podido hacer valer sus medios de defensa. En el caso que ha dado lugar al Auto analizado, esta parte esgrime que no fue notificada de la resolución desestimatoria de la desestimación de la revisión arbitral del Laudo cuyo reconocimiento se pretende, habiendo tenido conocimiento de dicha resolución por vía de los escritos de la demandante, y por tanto, no pudiendo ejercer sus derechos de defensa. En este punto, el Auto critica, primero, la falta de diligencia procesal de esta parte a la hora de traer a colación este motivo de oposición, ya que se acogió al art. IV.1º²⁵ CNY y no cita como verdadera causa de oposición el mencionado apartado del art. V.

Aquí hay que puntualizar que el mencionado art. V es claro al afirmar que “[s]ólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia [...]” por las causas que en el mismo se recogen. Y además, la doctrina es unánime en entender que la lista recogida en el art. V de dicho Convenio es taxativa y cerrada, de modo que el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros solo se puede denegar al amparo de uno de sus motivos²⁶.

²⁴ S. Barona Vilar, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 153.

²⁵ Este precepto establece lo siguiente: “[p]ara obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”.

²⁶ A.J. Van den Berg, “Chapter 2. The New York Convention of 1958: An Overview”, E. Gaillard y D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May Ltd, 2008, p. 56; P. Nacimiento, “Article V(1)(a)”, en H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto y N.C. Port (eds.), *Recognition and Enforcement of*

Se invoca, sin embargo, el art. IV alegando que el Laudo desestimando la revisión tendría que haber acompañado a la solicitud de execuátur. No obstante, este precepto exige original o copia autenticada del laudo cuyo reconocimiento se pretende, documento cuya presentación no ha sido discutida. Por tanto, no procede la invocación de dicha disposición.

Además, se debería haber planteado, tal y como indica el Auto y presumiendo que la enunciación del motivo es correcta, la falta del carácter obligatorio del Laudo en virtud del art. V.1º.e). Según este precepto, “[s]ólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

Pero a mayor abundamiento, ya no sólo es que la invocación del art. IV carezca de sentido, sino también que la formulación del motivo de oposición es incorrecta. Pues queda probado que sí hubo notificación (aludiendo el Auto en este punto a “los posibles déficits en la comunicación de la entidad con sus letrados”) y que concluyó el plazo para posibles impugnaciones sin que se hubiese presentado ninguna. No obstante, pese a ello, cabe plantearse si ese déficit de comunicación entre la parte demandada y sus abogados constituiría causa suficiente susceptible de ser subsumida en el ámbito de aplicación del art. V.1º.b) del citado Convenio, esto es, si ha supuesto la vulneración de los medios de defensa de esta parte. En este punto, el Auto se limita a afirmar que “[...] resulta evidente que los posibles déficits en la comunicación de la entidad con sus letrados [...] para nada afectan a la regularidad del reconocimiento del Laudo postulado”, sin fundamentarlo jurídicamente.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, cabe preguntarse qué ley es la que determina si el proceso que se ha sustanciado ha contado con todas las garantías procesales. El Convenio de Nueva York guarda silencio al respecto. Esta laguna jurídica, no obstante, ha sido interpretada por la doctrina internacional en el sentido de que ha de ser la *lex fori* del lugar en el que se pide el reconocimiento la que resulte de aplicación²⁷. Así, habrá que consultar la jurisprudencia española para concretar si la deficiente comunicación de los abogados con la parte a la que asisten es causa suficiente para alegar falta de notificación, y por ende, supone la imposibilidad de ejercicio de los derechos de defensa, dada la ausencia de regulación legal en la materia.

En este punto, la jurisprudencia española entiende que no se vulnera el art. 24.2º CE en lo que respecta al derecho a un proceso con todas las garantías. Ya en 1984, el Tribunal Constitucional indicó que “[...] *la notificación al Procurador [...] es una notificación hecha al representante de la parte que,*

Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, p. 208; C. Esplugues Mota, “Artículo 46...”, *loc. cit.*, p. 1974.

²⁷ A. Jana, A. Armer y J. Klein Kranenberg, “Article V(1)(b)”, en H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto y N.C. Port, N.C. (eds.), *op. cit.*, p. 240.

*en relación al recurso de amparo, surte los mismos efectos que la notificación personal [...]*²⁸. Es, por tanto, clara la posición del máximo intérprete de la Constitución española en este punto, siendo el motivo desestimado de plano.

V. Tacha del perito

El último motivo de oposición esgrimido por la demandada se relaciona con la figura procesal de la tacha del perito, al amparo del art. 343 LEC. Se alega que la prueba del Laudo que se pretende reconocer consistió en una declaración jurada sobre la prueba del Derecho extranjero, efectuada por un jurisconsulto que resultó ser el abogado de la parte actora, condición suficiente, según MALTESE, para que se le tache, añadiendo que, pese a que no se impediría valorar el dictamen del perito sino extremar la cautela en dicha valoración, hay que tener en cuenta también que la prueba sobre el Derecho extranjero sólo puede realizarse mediante dictamen legalizado de dos jurisconsultos del país cuya normativa se cuestiona.

Al respecto, la Sala resuelve desestimatoriamente este motivo, al no citarse ninguna disposición de la CNY que pudiera fundamentarlo. *A priori*, este modo de resolver podría tacharse de incongruente, a la luz del art. 218.1º LEC, en su párrafo segundo²⁹, precepto que establece que el tribunal debe resolver aun aplicando disposiciones distintas de las alegadas por las partes. No obstante, conforme se avanza en la lectura del Auto, se constata que ésta es sólo una primera impresión. El Tribunal señala que el motivo está mal planteado, pues no se trata de una prueba sobre el contenido del Derecho extranjero, sino de una declaración de firmeza de una resolución arbitral anterior al Laudo cuyo reconocimiento se solicita, y cuya firmeza, a mayor abundamiento, no se discute. Además, incide el Auto en que, de todas formas, las declaraciones juradas del Derecho inglés (ordenamiento según el cual se sustanció el procedimiento arbitral), conocidas como *affidavits*, no pueden equipararse con la prueba sobre el Derecho extranjero. Por todo ello, la Sala acuerda desestimar también este motivo.

Llama la atención, a nuestro entender, que el Tribunal no se haya planteado si el motivo de oposición alegado cabría dentro del ámbito de aplicación del art. V.1º.b) CNY. Si bien coincidimos con la Sala en que la demandada yerra al plantear el motivo y en fundamentarlo jurídicamente, entendemos que se suscitan diferentes cuestiones en las que es interesante ahondar. Así, en primer lugar examinaremos algo que se presenta como obvio, pero que es conveniente determinar: la aplicación de la LEC a una cuestión erigida en un

²⁸ ATC nº 191/1984 de 28 marzo RTC\1984\191, FJ 2. *Vid.* también la STC nº 52/1998 de 3 marzo RTC\1998\52, FJ 4.

²⁹ Su tenor literal es el siguiente: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

proceso arbitral. En segundo lugar, si la declaración de firmeza de una resolución arbitral puede ser considerada como prueba del Derecho extranjero. En tercer lugar, si las declaraciones juradas del Derecho inglés son un medio válido de prueba del Derecho extranjero. Y por último, si la tacha del perito, de ser viable en este caso, constituiría una vulneración de los derechos de defensa en el sentido del art. V.1º.b) CNY.

Empezaremos, pues, por determinar si la invocación de un precepto de la LEC es pertinente en caso de laguna en la LA. Opinamos, a la luz de la jurisprudencia, que sí. Así, dado que nuestro Alto Tribunal equiparó los laudos arbitrales a las sentencias judiciales³⁰, creemos que aquellos preceptos que sean de aplicación a las sentencias judiciales se podrían aplicar por analogía a los supuestos que presenten una falta de regulación en la normativa arbitral. En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, afirmando que “[...] se produce una equiparación sustantiva entre el contenido de la motivación de un laudo de derecho y el de una sentencia y se pueden aplicar por analogía las normas positivas [...]”³¹. No obstante, hay que señalar que la normativa aquí aplicable es el Convenio de Nueva York (recuérdese que la jerarquía de fuentes en Derecho internacional privado español da un rango normativo superior a los convenios internacionales respecto de las leyes internas³²), si bien conjuntamente con la LEC. Así, dicho Convenio alude a la vulneración de los derechos de defensa, y la normativa de la LEC concretaría esta vulneración por razón de que no se procediera a la tacha del perito.

En cuanto a si la declaración de firmeza de una resolución arbitral puede ser considerada como prueba del Derecho extranjero, la jurisprudencia no se ha pronunciado al respecto. No obstante, bajo nuestro punto de vista, entendemos que sí. Los órganos judiciales comprueban, conforme a su *lex fori*, las cuestiones procedimentales arbitrales³³. Así, para saber si un laudo es firme, hay que atender a lo dispuesto en la normativa reguladora del proceso arbitral. En el caso de España, el art. 43 LA asume la firmeza del laudo, al establecer la cosa juzgada material del mismo³⁴. Por tanto, concluimos que en

³⁰ ATC nº 301/2005 de 5 julio, RTC\2005\301, FJ 3.

³¹ STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) nº 18/2012 de 2 mayo, RJ\2012\6364, FJ 2.

³² Art. 96.1º CE. *Vid.* también, al respecto, C. Esplugues Mota y J.L. Iglesias Buhigues, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 82–84; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2011, p. 34; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 13ª ed., Granada, Comares, 2012, p. 89.

³³ E. Gaillard, “Part IV. The Arbitral Procedure”, en E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 644–645; P. Capper, *International Arbitration: a Handbook*, Londres, Lovells, 2004, p. 14; J.F. Poudret y S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, p. 114.

³⁴ Así lo entiende la doctrina más solvente. *Vid.* S. Barona Vilar, “Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 1832. *Vid.* también R. Hinojosa Segovia, “Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes”, en A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 568: “El laudo devendrá ‘firme’ cuando las partes dejen transcu-

tanto en cuanto la firmeza de una resolución arbitral va a depender de lo dispuesto en el Derecho procesal correspondiente, puede ser una materia susceptible de prueba del Derecho extranjero.

La siguiente cuestión que hemos planteado es si las declaraciones juradas del Derecho inglés (*affidavits*) son un medio válido de prueba del Derecho extranjero. La solución hay que buscarla en la jurisprudencia. Son varias las resoluciones de Audiencias Provinciales que sí otorgan, a este tipo de documentos, el valor de prueba del Derecho extranjero, incluso en casos donde, como el presente, sólo se presenta una declaración (en lugar de dos, tal y como ha venido exigiendo el Tribunal Supremo desde antaño³⁵) y sin autenticación de la firma del emisor del documento, pues se afirma que “[...] *los Jueces y Tribunales pueden acudir a los medios de prueba que estimen oportunos* [...]”³⁶. Por lo que a nuestra opinión respecta, coincidimos con el sector doctrinal que señala que ante la falta de regulación en la materia, se aplique el art. 299 LEC³⁷, que establece los medios de prueba que se podrán hacer valer en juicio, entre ellos, los documentos privados o el dictamen de peritos, categorías ambas, donde cabría encuadrar, *a priori*, los *affidavits* del Derecho inglés. En cuanto a la primera opción, la de considerarlos como documentos privados, el art. 324 LEC establece que serán privados aquéllos no enumerados en la lista de los públicos del art. 317 del mismo texto legal, y entre esa lista no existen documentos como los que examinamos, por tanto se podrían incluir en esta categoría. Respecto a la segunda opción, el art. 335.1.º LEC permite a las partes aportar dictamen de peritos cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos. Pero, además, el art. 32.3.º LA permite a las partes nombrar a los peritos ellas mismas, en línea con lo seguido en la LEC. Pero la jurisprudencia exige probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, “[...] siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles [...]”³⁸. En nuestro caso desconocemos el contenido del *affidavit*, ya que el Auto no se pronuncia al respecto, así pues, no podemos saber si fue lo suficientemente exhaustivo para cumplir con los requisitos señalados. En este punto se echa de menos, pues, un pronunciamiento de la Sala.

rrir el plazo para ejercitar la acción de anulación, o bien cuando devenga firme la sentencia de la Audiencia resolviendo el proceso de impugnación”.

³⁵ SSTS 30 de junio de 1962, RJ 1962\3322; de 28 de octubre de 1968, RJ 1968\4850; de 12 de enero, RJ 1989\100; y de 11 de mayo de 1989, RJ 1989\3758, en el sentido de que la prueba del Derecho extranjero se ha de acreditar por medio del dictamen debidamente legalizado de dos jurisconsultos.

³⁶ SAP Girona (Sección 1ª) nº 4/2011 de 12 enero, AC\2011\280, FJ 2. *Vid.* también, en la misma línea, el AAP Barcelona (Sección 15ª) nº 156/2011 de 5 octubre, JUR\2012\169684, FJ 3; y SAP Barcelona (Sección 11ª) nº 304/2012 de 15 junio, JUR\2012\257985, FJ 3.

³⁷ J.L. Iglesias, C. Esplugues, G. Palao, R. Espinosa y C. Azcárraga, “Spain”, en C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011, p. 361.

³⁸ STS de 11 mayo 1989, RJ\1989\3758, FJ 1.

No obstante, todo ello no es incompatible con la posible tacha a los peritos, lo que nos permite enlazar con la cuarta cuestión que nos hemos propuesto analizar, es decir, si la tacha del perito, de ser viable, constituiría una vulneración de los derechos de defensa en el sentido del art. V.1º.b) CNY. Como antes hemos avanzado, dada la ausencia de regulación en la LA, se ha de acudir a la LEC a fin de determinar si el hecho de que el dictamen lo presente el abogado de la parte es susceptible de tacha. Al respecto, el art. 343.1.3 LEC establece que serán objeto de tacha los peritos que estén en situación de dependencia con alguna de las partes, lo cual podría parecer, *a priori*, que es el caso que examinamos. Sin embargo, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, el precepto hace referencia a “una dependencia orgánica o laboral, no la que se pueda basar en el contrato de arrendamiento de servicios que se producirá entre la parte y el perito”³⁹. Compartimos esta interpretación, ya que, de otro modo, nunca se podría presentar, por las partes, el dictamen de un profesional al que la misma recurre, pues siempre existirá dicho contrato de arrendamiento de servicios. No obstante, siempre suscita cierta desconfianza que el profesional designado sea el propio abogado de las partes, pero como hemos indicado, al existir siempre una relación contractual entre las partes, el conflicto de intereses subyace de todas formas, por lo que, para que la tacha recogida en el precepto tenga sentido, lo lógico es que no se aplique en este caso. Así pues, a la luz de estas consideraciones, no cabría la tacha al perito, sin que haya, en consecuencia, vulneración del mencionado precepto de la CNY.

VI. Valoración

La opinión que nos suscita la resolución comentada es, en su conjunto, positiva. La Sala falla correctamente en cada uno de los motivos de oposición erigidos, a nuestro entender. Si bien es cierto que, como hemos indicado *supra*, yerra en algunas ocasiones respecto a la fundamentación jurídica utilizada para desestimar las pretensiones de la demandada, resuelve en el sentido correcto cada una de las cuestiones planteadas.

Es de lamentar, no obstante, que la Sala omita pronunciarse sobre ciertos puntos que se suscitan en relación con las materias tratadas, y sobre las que hubiera sido muy interesante que el Tribunal se hubiese manifestado, como la posible vulneración de los derechos de defensa al amparo de la Convención de Nueva York aun cuando este instrumento no haya sido citado como motivo de oposición. Así ocurre con el último motivo de oposición esgrimido, en que la parte alega bien los hechos pero jurídicamente fundamenta mal. Si bien la Sala trae a colación este instrumento, no entra a valorar si su contenido ha sido objeto de vulneración.

³⁹ J.M. Rifá Soler, “Artículo 343. Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas”, en M.A. Fernández-Ballesteros, J.M. Rifá Soler y J.F. Valls Combau (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Barcelona, Iurgium, 2000, p. 1615. *Vid.* también la STS de 12 noviembre 1985, RJ\1985\5578, FJ 1.

De todos modos, celebramos el sentido de la resolución analizada, que contribuye al fomento del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país. Además, la correcta interpretación de la CNY por nuestros órganos judiciales contribuye a fortalecer la imagen de nuestro país como uno de los más solventes en materia arbitral.

Asunto France Telecom c. Euskaltel: un difícil equilibrio entre el control y la eficacia de los laudos extranjeros

(Comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Civil y Penal, de 19 de abril de 2012) *

Juan José ÁLVAREZ RUBIO ** y

Iñigo IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA ***

1. La controversia entre la empresa vasca de telecomunicaciones Euskaltel S.A. y la filial Orange (antes Amena) de la empresa France Telecom ha provocado inquietud y, en cierta medida, sorpresa, tal y como revelan la cobertura mediática dedicada a la misma y las reacciones sucedidas en torno a los distintos pronunciamientos arbitrales y judiciales atinentes al caso. El auto, de 19 de abril de 2012, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ País Vasco) ha venido a reconocer el ejecutivo del laudo dictado por un Tribunal arbitral de la Corte de Arbitraje de la CCI (Cámara de Comercio Internacional de París). Varias circunstancias jurídicas y de otra dimensión no estrictamente procesal, han contribuido a esta inquietud: entre otras, el hecho de que el laudo fuera adoptado por mayoría –con un voto particular contrario al fallo por parte de uno de los árbitros y su firma del laudo “en disconformidad total” que, además, resultaba ser del único árbitro español del Tribunal, teniendo en cuenta, por otra parte, que el Tribunal debía resolver la diferencia aplicando el Derecho español–; la adopción del auto de reconocimiento y ejecución del laudo por mayoría –con voto particular, nada más y nada menos, que del propio presidente del TSJ del País Vasco, que critica sin ambages y con una rotunda fundamentación jurídica la decisión de la mayoría–; y muy especialmente, el elevado monto de la indemnización (nada más y nada menos que 221,9 millones de

* *Vid. infra*, pp. 242-274.

** Catedrático de Derecho internacional privado (UPV/EHU).

*** Profesor ayudante Doctor de Derecho internacional público (UPV/EHU).