

Roj: AAP B 1614/2010 - **ECLI:**ES:APB:2010:1614A

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Barcelona

Sección: 15

Nº de Recurso: 163/2009

Nº de Resolución: 21/2010

Fecha de Resolución: 23/02/2010

Procedimiento: Incidente

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

rollo nº 163/09-2ª

EJECUCION DE LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO Nº 270/2007

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE EL PRAT DE LLOBREGAT

AUTO Núm.

Ilmos. Sres.

IGNACIO SANCHO GARGALLO

MARTA RALLO AYEZCUREN

LUIS GARRIDO ESPA

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de febrero de 2010.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de reconocimiento y ejecución de título no judicial extranjero (laudo arbitral), número 270/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Prat de Llobregat, a instancia de la entidad SCHAFFNER, S.A., representada por el procurador José Puig Oliver-Serra, contra INFOR PYME SOLUTIONS, S.L., representada por el procurador Alejandro Torelló Campañá. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso apelación interpuesto por INFOR PYME SOLUTIONS, S.L. contra el auto de 18 de marzo de 2008.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente:

"Debo otorgar y OTORGO reconocimiento y ejecución al laudo arbitral de fecha 26 de octubre de 2006, dictado por el Juez árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la

Cámara de Comercio de Santiago de Chile, Chile, D. Marino, por el que se declaró resuelto el contrato de prestación de servicios suscrito en Santiago de Chile con fecha de 27 de marzo de 2003 y todos sus documentos anexos sólo entre la parte de Schaffner, S.A. e Infor: PYME Solutions, S.L., y ordenó a ésta a abonar a la mercantil Schaffner, S.A. las cantidades que en la resolución por reconocer se detallan".

SEGUNDO: Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de INFOR PYME SOLUTIONS, S.L., que fue preparado y formalizado conforme al la vigente LEC. Recibidas las actuaciones y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió a señalar la votación y fallo para el día 10 de febrero de 2010.

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

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El auto recurrido en apelación acordó el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral dictado en fecha 26 de octubre de 2006, por el árbitro Marino, que había sido designado por el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile. El auto recurrido desestimó los motivos de oposición formulados por INFOR PYME SOLUTIONS, S.L.: 1º Al amparo del art. V.1.c) del Convenio de Nueva York, que el laudo se excedió de la materia sometida a arbitraje; 2º Al amparo del art. V.1.b) del Convenio de Nueva York, la existencia de irregularidades en la designación del árbitro, en concreto porque no consta debidamente notificada la designación efectuada; 3º Al amparo del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York, que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes ni, en su defecto, a una Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje, pues los trámites del arbitraje han seguido una Ley inexistente al momento de someterse al acuerdo arbitral; 4º Al amparo del art. V.2.b) del Convenio de Nueva York, por violación del orden público, porque el laudo al resolver una controversia contractual sin la participación de quien fue parte en el contrato, SIIMCE LTDA., ha incurrido en un vicio de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

El recurso de apelación de INFOR PYME SOLUTIONS, S.L., bajo una dirección letrada distinta, después de hacer una exposición de lo que a su juicio constituyen los hechos de interés para la apelación, en su apartado II expone los motivos de la apelación. Como quiera que en apelación no pueden introducirse nuevas causas de oposición al reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero, que no hubieran sido previamente aducidos en primera instancia, excluirémos del debate en esta alzada todos aquellos que no se ajusten a esta exigencia. Los motivos anunciados y luego desarrollados son:

1º Extralimitación del árbitro al pronunciarse sobre cuestiones no sometidas a arbitraje por INFOR PYME, que se admite en la medida en que pueda considerarse ya invocado en su primera causa de oposición al reconocimiento y ejecución, y se ajuste al motivo V.1.c) del Convenio de Nueva York.

2º Defectos procesales determinantes de la nulidad del arbitraje y, en particular, la comunicación defectuosa de las resoluciones dictadas, principalmente la designación del árbitro y la omisión de entrega de las pretensiones adversas, sin dar posibilidad a INFOR PYME de defenderse, al establecer unos plazos de imposible cumplimiento, y no atender luego la petición de nulidad formulada. Al respecto, se apunta que el auto incurrió en el

error de considerar legitimado a un órgano privado para emitir certificaciones y conceder valor a notificaciones realizadas por correo ordinario sin constancia de acuse de recibo. Respecto de este motivo hemos de advertir que tan sólo será tenido en consideración únicamente respecto de lo que ya fue motivo de oposición en primera instancia, y en concreto sólo en relación con los defectos habidos en la notificación de la designación del árbitro, lo que guarda relación con el motivo previsto en el art. V.1.b) del Convenio de Nueva York.

3º El laudo es contrario al orden público, "al haber prescindido injustificadamente de la parte obligada por el convenio arbitral, pese a haberse solicitado inicialmente su llamada al proceso, incurriendo en el error de considerar equivalentes las posturas de la obligada SiiMCE Ltda. y de mi mandante, pese a no existir apoderamiento alguno entre ambas, haberse obligado SiiMCE LTDA en nombre propio y haberse advertido expresamente de la autonomía de ambas". Este motivo será tenido en consideración en la medida en que se invocó en primera instancia la existencia de un defecto de falta de litisconsorcio pasivo necesario y que el mismo se consideró determinante de la infracción del orden público.

Por su parte, SCHAFFNER, S.A. se opone al recurso de apelación y para ello, con carácter previo a la contradicción de los motivos de apelación, alega la inadmisibilidad del recurso de apelación, pues el art. 956 LEC de 1881 dispone que contra este auto no habrá ulterior recurso de apelación.

SEGUNDO: Según dispone el art. 46 LA, el reconocimiento de efectos en España del laudo arbitral extranjero se rige por el Convenio de Nueva York y se sustancia por el trámite de ejecución de sentencias extranjeras previsto en los arts. 951 y ss. LEC1881.

Los arts. 951 y ss. LEC1881 regulan el procedimiento para la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, y se encuentra vigente en virtud de lo previsto en la disposición derogatoria única 1.3ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Originariamente, la competencia para conocer de este procedimiento de exequatur era del Tribunal Supremo, pero la Ley 62/2003, de 23 de diciembre, modificó el art. 955 LEC1881, en el sentido de atribuir esta "competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras" a los juzgados de primera instancia. Pero esta reforma no alteró el art. 956 LEC1881, en concreto su apartado segundo, según el cual contra el auto que resuelve este procedimiento "no cabrá ulterior recurso alguno". Una interpretación literal de este precepto daría razón a la parte apelada acerca de la improcedencia del recurso de apelación. Pero este precepto debe ser interpretado de forma sistemática y lógica, teniendo en cuenta el alcance y significado de la reforma operada por la Ley 62/2003, de 23 de diciembre. Es lógico que bajo la normativa anterior, en la medida en que el órgano competente para conocer de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la resolución judicial o laudo extranjero era el Tribunal Supremo, el art. 956.2 LEC1881 advertiera que contra la decisión de este órgano judicial de estimar o desestimar la exequatur, no cabía recurso alguno, pero una vez que dicha competencia se ha trasladado a los juzgados de primera instancia, aquella disposición (art. 956.2 LEC1881) resulta anacrónica. Si en los procedimientos de ejecución de resoluciones judiciales o laudos dictados en España la competencia para conocer del despacho de ejecución corresponde a los juzgados de primera instancia y junto al incidente de oposición del que conoce el propio juez de primera instancia, se permite la apelación del auto que lo resuelve ante la Audiencia Provincial, parece injustificado denegar el control en apelación de la decisión del juez de primera instancia respecto del reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros bajo el régimen de los arts. 951 y ss. LEC, aunque se deba a motivos tasados y específicos. Interpretamos que la voluntad de la Ley al atribuir la competencia a los juzgados de primera instancia fue dejar

sin efecto la previsión legal del art. 956.II LEC1881, y por lo tanto permitir que se aplique el régimen general de recursos y, en consecuencia, admitir la apelación.

Quizás el paralelismo con el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil dictadas por tribunales de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca, al amparo del Reglamento 44/2001, no es del todo adecuado, porque la oposición al reconocimiento y ejecución no se ventila en la primera instancia sino en la segunda y a través del recurso de apelación, por lo que no le falta razón a la parte apelada al argumentar que en estos casos la oposición se resuelve en única instancia y ante la Audiencia Provincial, aunque se tramite por los trámites del recurso de apelación. Pero aún siendo ello cierto, no podemos dejar de advertir que en este caso no dejan de haber dos instancias, sin perjuicio de que la primera se limite a examinar a limine litis la petición de reconocimiento y ejecución de la sentencia o resolución judicial extranjera, y sea la segunda la que conozca, en su caso, de la oposición. Y partiendo de esta doble instancia en el conocimiento de una ejecución, tiene sentido que la decisión de la Audiencia, que es un tribunal colegiado, no sea objeto de revisión por otro tribunal.

En consecuencia, consideramos que el auto dictado por el juzgado de primera instancia decidiendo sobre la procedencia del reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el extranjero, es susceptible de apelación.

TERCERO: El principio general del que parte el Convenio de Nueva York es una presunción favorable al reconocimiento del laudo, salvo que se vea afectado por alguna de las causas de denegación que el art. V clasifica en dos grupos, según sean únicamente apreciables a instancia de parte o puedan también serlo de oficio por el tribunal encargado del reconocimiento. Dentro de las primeras, en el apartado 1.c) se prevé "que la sentencia -laudo- se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria".

Para juzgar sobre esta causa de oposición, es oportuno precisar qué es lo que resolvió el laudo arbitral para luego comprobar si total o parcialmente dicha controversia estaba total o parcialmente afectada por el convenio arbitral, esto es, si las partes, y en concreto INFOR PYME, habían prestado su consentimiento a que se decidiera por medio de un arbitraje.

Con la demanda se aportó el laudo arbitral, que en su parte dispositiva: 1º) acuerda resolver "el contrato de prestación de servicios suscrito en Santiago de Chile con fecha 27 de marzo de 2003 y todos sus documentos anexos sólo entre la parte de Schaffner S.A e Infor: PYME Solutions, S.L."; 2º) "ordena pagar a la demandada a Schaffner S.A a título de perjuicios por daño emergente la suma de \$116.758.078.-, más los intereses corrientes desde la época de la notificación de este laudo arbitral hasta la fecha del pago efectivo de la suma condenada a pagar"; y 3º) impone las costas a la demandada (ff. 14-39).

En el testimonio del expediente del procedimiento arbitral aportado también con la demanda, consta entre otros documentos la solicitud de arbitraje formulada por Schaffner, donde, en el apartado relativo a la exposición detallada de las cuestiones objeto de arbitraje, puede leerse: "el objeto del arbitraje será conocer del incumplimiento de un contrato de prestación de servicios en materia de software computacional celebrado entre las partes mencionadas -SCHAFFNER, S.A y SiiMCA Ltda.- en el cual, SiiMCA Ltda., como representante exclusivo de Infor: PYME Solutions, S.L., persona jurídica constituida en España, con domicilio legal en la ciudad de Barcelona, la que también será objeto de este arbitraje según se indicará en la solicitud anexa, vendió una licencia para el uso de un

producto de software denominado Infor y sus servicios consistentes en la instalación e implementación de dicho producto a SCHAFFNER, S.A." (f. 42).

Por su parte, el contrato de prestación de servicios de 27 de mayo de 2003 cuya resolución se acuerda en el laudo fue aportado con la demanda (ff. 43 y ss.) y en él comparecen como partes contratantes: de una parte SCHAFFNER, S.A. y de otra SiiMCA Ltda., quien claramente actúa en nombre propio, como puede desprenderse del encabezamiento del contrato. Sin perjuicio de que en los antecedentes se refiera que "SiiMCA Ltda. es el representante comercial exclusivo en Chile de la sociedad Infor: PYME Solutions, S.L., constituida en España (...) que ha desarrollado el software denominado "Infor: PYME", en adelante "Infor". En estos mismos antecedentes, sin perjuicio de que SiiMCA Ltda. se obligaba frente a SCHAFFNER, S.A. a la implementación del software Infor en las aplicaciones contratadas y se hacía responsable de depositar el código fuente de las localizaciones chilenas (Tecnologías de programación avanzadas), modelo de datos y manuales operativos en la notaría de Carlos ubicada en Santiago de Chile, en los propios antecedentes de este contrato, se manifestaba: "se incorpora como Anexo I de este contrato, formando parte integral del mismo, una carta de compromiso de soporte y servicio al éxito del presente proyecto por parte de Infor: PYME Solutions, S.L., firmada por su Consejero Delegado, don Imanolante Consulado de Chile en Barcelona, España".

Finalmente, en el pacto décimocuarto, el contrato contiene una cláusula arbitral, según la cual: "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, será resuelta en única instancia, sin forma de juicio y sin ulterior recurso por un árbitro arbitrador designado por las partes de común acuerdo. A falta de dicho acuerdo dentro del plazo de treinta días de requerir su designación cualquiera de las partes, el árbitro, que también será arbitrador, será designado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., de entre los integrantes en la nómina de jueces árbitros de ese Centro...".

En principio, el contrato fue suscrito por SCHAFFNER, S.A. y SiiMCA Ltda., por lo que la cláusula arbitral les afecta a ellos. Para que dicha cláusula pudiera obligar a PYME Solutions, S.L. tendría que constar su consentimiento en tal sentido, además de constatar, en su caso, respecto de qué cuestiones se sometió al arbitraje.

El anexo 1 contiene una declaración unilateral del legal representante de Infor: PYME Solutions, S.L., realizada expresamente para complementar el anterior contrato y en beneficio exclusivo de SCHAFFNER, S.A. A través de dicha declaración, Infor: PYME Solutions, S.L. asume los siguientes compromisos:

1º Responde frente a SCHAFFNER, S.A. de la implementación del reseñado software Infor:PYME en las aplicaciones que son contratadas, siendo su responsabilidad el depósito del código fuente, modelo de datos y manuales operativos, en la notaría de Miguel Campo.

2º Se compromete a desarrollar el programa Infor: PYME a favor de SCHAFFNER, S.A., en los términos contratados con el representante de INFOR Chile, en el supuesto de quiebra o desaparición operativa o evidente incumplimiento del expresado representante en territorio chileno.

En esta declaración, que contiene otros extremos, que para decidir sobre la supuesta adhesión al compromiso arbitral carecen de relevancia, se afirma expresamente que: "INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. y su representante en Chile son entidades mercantiles autónomas, estrechamente conectadas para ofertar aplicaciones Informáticas plenamente

desarrolladas en España iniciando un proceso de expansión a través de la colaboración mercantil dentro del territorio chileno". Además, se añade que "los compromisos adicionales adquiridos son realizados excepcionalmente a petición del destinatario final y en ningún modo implica la agrupación de empresas ni la comunicación de responsabilidades entre representante y empresa matriz, salvo las expresadas en este documento".

A la vista de esta declaración debemos aclarar que INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L., si bien asumió la responsabilidad frente a SCHAFFNER, S.A. de la implementación del reseñado software Infor:PYME en las aplicaciones que son contratadas y se comprometió a depositar el código fuente, así como a desarrollar el programa en caso de que SiiMCA Ltda., su representante comercial en Chile, no pudiera hacerlo, no asumió la cláusula arbitral del contrato de 27 de mayo de 2003. Este contrato contenía junto a los pactos que determinaban el conjunto de obligaciones asumidas por una y otra parte, respecto de la venta de una licencia de uso del programa Infor:PYME y su implementación para SCHAFFNER, S.A., un convenio arbitral. Pues bien, el anexo suponía la asunción de una serie de obligaciones por parte de INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. frente a SCHAFFNER, S.A., pero no su consentimiento a someter a arbitraje las controversias relativas a las obligaciones por ella asumidas.

Así se entiende que en un acta notarial posterior, fechada el 1 de agosto de 2003 (ff. 65 y ss.), el legal representante de INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. realizara una nueva declaración unilateral que complementaba el reseñado compromiso adicional. Mediante esta declaración se sometía "al arbitraje privado de un árbitro designado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (...). El árbitro deberá ser un abogado con no menos de quince años de ejercicio profesional, y con experiencia y conocimiento de contratos utilizados en la industria del software, hecho que calificará la misma Cámara. Dicho árbitro deberá determinar, en única instancia y en procedimiento breve y sumario, las condiciones de liberación del depósito del código fuente realizado por Infor Pyme Solutions ante Notario de Barcelona el día 26 de mayo de 2003".

La cuestión radica ahora en interpretar el alcance de este sometimiento a arbitraje, esto es: si afecta a todos los compromisos asumidos por INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. en el anexo 1 del contrato o si tan sólo se refiere a las condiciones de liberación del depósito del código fuente realizado por Infor Pyme Solutions ante Notario. Para ello deberemos interpretar esta segunda declaración unilateral, en la que como hemos advertido queda claro que se somete al arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, pero también parece claro 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 realizado ante notario, y en concreto las condiciones de liberación. Si no se hubiera especificado nada, podría haberse dudado de que la cuestión sometida a arbitraje alcanzaba a todas las obligaciones asumidas en la primera declaración adjuntada como anexo 1 del contrato, pero al precisar lo que debía ser "determinado" por el árbitro, parece que con ello se delimitaba el objeto de una eventual controversia afectada por el compromiso arbitral.

Esta interpretación viene avalada por el apartado tercero de esta segunda declaración unilateral, en el que se afirma: "el laudo arbitral emitido por el árbitro designado en este acto tendrá plena eficacia en relación al protocolo notarial nº 2274/2003 otorgado por Inform Pyme Solutions, S.L. ante Notario de Barcelona Miguel Ángel Campo Guerri -se refiere al previo depósito del código fuente-, sometiéndose expresamente Inform Pyme Solutions, S.L. al contenido del mismo que facultará la liberación del depósito de código fuente para el caso de que el árbitro así lo establezca en su laudo arbitral". Esta referencia expresa a la eficacia del laudo arbitral respecto del depósito del código fuente, sobre todo en caso de que el árbitro acuerde su liberación, nos reafirma en la convicción de

que la voluntad de INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. al otorgar esta segunda declaración unilateral de voluntad fue someter al arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago únicamente la obligación asumida en la anterior declaración de voluntad de depositar y poner a disposición de SCHAFFNER, S.A. el código fuente del software.

En este sentido, conviene advertir que es perfectamente compatible que INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. asumiera en su primera declaración de voluntad una serie de compromisos, entre los que destaca el depósito del código fuente y la obligación de desarrollar el programa software objeto de venta de licencia (Infor:PYME) en caso de que no lo hiciera su representante comercial (SiiMCA Ltda.), con que la sumisión a arbitraje tan sólo afecte a las controversias derivadas del depósito del código fuente.

Si volvemos otra vez a lo que es objeto de controversia en el arbitraje, fácilmente se comprueba que el laudo arbitral resolvió la controversia surgida en torno al (in) cumplimiento del contrato de 1 de agosto de 2003, sin hacer ninguna referencia a la liberación del depósito del código fuente. Por esta razón, concluimos que el árbitro resolvió sobre una controversia respecto de la que INFOR: PYME SOLUTIONS, S.L. no se había sometido a arbitraje. Consecuentemente, hemos de estimar el motivo de oposición previsto en el art. V.1.c) del Convenio de Nueva York, revocar el auto apelado y declarar la improcedencia del reconocimiento y la ejecución del laudo.

CUARTO: Estimado el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena en costas, de conformidad con el art. 398.2 LEC.

PARTE DISPOSITIVA

ESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación de INFOR PYME SOLUTIONS, S.L., contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Prat de Llobregat con fecha 18 de marzo de 2008, cuya parte dispositiva obra transcrita en el antecedente primero; que revocamos en el sentido de denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral dictado en fecha 26 de octubre de 2006, dictado por el árbitro Marino, que había sido designado por el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas.

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

Así por éste nuestro Auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.