

4B XXX - VA

Spain 38

[Handwritten signature]

14 January 2003

~~14 Enero 03~~

16508/2003

COMPETENCIAS CIVILES

JURISPRUDENCIA

14 Enero

CIVIL

enero / abril 2004

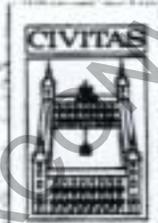
Director: *Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*
Catedrático de Derecho Civil

Coordinadores: *Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*
Catedrático de Derecho Mercantil

Jesús Delgado Echevarría
Catedrático de Derecho Civil

Seminario de Derecho Civil
de las Universidades de Barcelona

Secretario: *Ángel Carrasco Perera*
Catedrático de Derecho Civil



THOMSON

CIVITAS

Usura / seguro de daños / crédito documentario / exequatur
de laudo extranjero / allanamiento / propia imagen / quiebra
extranjera / indemnización por incumplimiento / cesión
de programa de ordenador / litispendencia / congruencia
/ responsabilidad sanitaria / error contractual / prescripción
de acción de responsabilidad / difamación de grupos /
sobresimiento penal y prescripción / seguro multirriesgo
/ contrato de vitalicio / seguro marítimo / responsabilidad
del notario / operación de cirugía estética / reivindicación
de aguas / hipoteca flotante / apellidos y doble nacionalidad

64

Cuadernos Civitas de JURISPRUDENCIA CIVIL

Director:

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad Autónoma de Madrid*

Coordinadores:

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano
*Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

Jesús Delgado Echeverría
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Zaragoza*

Secretario:

Ángel Carrasco Perera
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla la Mancha*

*Seminario de Derecho Civil
de las Universidades de Barcelona*

Fernando Badosa Coll
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Barcelona*

M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera
*Catedrática de Derecho Civil
en la Universidad Autónoma de Barcelona*

Luis Puig Ferriol
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad Autónoma de Barcelona*

Enxarna Roca i Trias
*Catedrática de Derecho Civil Catalán
en la Universidad de Barcelona*

Pablo Salvador Codérch
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad Autónoma de Barcelona*

**CONDICIONES DE VENTA
Y SUSCRIPCIÓN PARA 2003 (Tres números)**

	(sin IVA)	(con IVA)
España: Suscripción anual	(91,00 €)	(94,64 €)
Número suelto	(33,13 €)	(34,50 €)
Europa: Suscripción anual	(128,07 €)	(133,20 €)
Número suelto	(51,36 €)	(53,41 €)

*Dirección, Redacción
y Administración:*
Civitas Ediciones SL
Bárbara de Braganza 10. 28004 Madrid

Copyright © by Civitas Ediciones SL.
ISSN: 0212-6206
Depósito Legal: M. 23.246-1983
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

- OBJETO** Solicitud de reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero. Oposición al *exequatur*: Falta de legitimación *ad causam*: Imposibilidad de revisar el fondo del asunto. Falta de prueba suficiente de la voluntad común de someterse a arbitraje. *Exequatur*: no.
- PARTES** La mercantil *Glencore Grain Limited* actúa como demandante en el procedimiento de *exequatur*. La parte contra la que se dirige el laudo condenatorio es la Sociedad Ibérica de Molturación, SA (SIMSA) que se ha opuesto a dicha solicitud.
- ACUERDO** Se deniega el *exequatur*.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos IV.1.a) y b) y V.1.c) y d) y V.2.a) y b) del Convenio de Nueva York de 1958.

DOCTRINA:

Debe ser negado el exequatur de un laudo, como contrario al orden público, cuando la entidad que demanda el reconocimiento del laudo, y que fue parte en el arbitraje, es distinta de la sociedad con la que la parte demandada acordó el convenio arbitral.

HECHOS:

En virtud del laudo arbitral dictado en el Reino Unido el 19 de junio de 2000 en el procedimiento arbitral promovido por la mercantil *Glencore Grain Limited* contra la Sociedad Ibérica de Molturación, SA (SIMSA), se condena a esta última a pagar una cantidad X a la actora. Esta decisión fue recurrida alegando la falta de legitimación activa de esta última, aunque no prosperó el recurso interpuesto. Con el fin de hacer efectivo el laudo en España –lugar donde radica la sede social de la empresa condenada y, por ende, su patrimonio–, la parte demandante solicita el reconocimiento y ejecución del mismo en nuestro país, a lo que la parte condenada se opone alegando, entre otras, la misma causa que en vía de recurso.

Esta pretendida falta de legitimación de la parte actora se fundamenta en la existencia de dos sociedades distintas –*Glencore Grain Limited* y *Glen-*

core Grain Rotterdam y en el hecho de que siendo la primera de ellas demandante en el proceso principal y ahora en el de *exequatur*, fue únicamente la segunda la que mantuvo una relación contractual con la oponente. El Tribunal Supremo denegó la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo por ser contrario al orden público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El presente *exequatur* ha de examinarse a la luz de las normas contenidas en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, al que España se adhirió el 12 de mayo de 1977 y entró en vigor para España el 10 de agosto del mismo año, aplicables al caso, al ser la resolución cuyo reconocimiento se pretende de las comprendidas en el artículo I del Convenio, habiéndose aportado por la solicitante original, debidamente traducido, del laudo arbitral cuyo reconocimiento se pretende y diversa documentación, fechada el 6 de mayo de 1996, referida a un contrato de compraventa de mercadería, debidamente traducida.

SEGUNDO.—La oposición al reconocimiento y declaración de ejecutoriedad del laudo extranjero que esgrime la mercantil frente a la que se pretende es, debe decirse, bastante confusa. Se invocan de forma expresa las causas de denegación del *exequatur* que se recogen en los artículos V.1-d) y V.2, a) y b) del Convenio de Nueva York, y de este modo se alega, por lo tanto, que el procedimiento arbitral no se ajustó a la ley que habría de regir el arbitraje, que según la ley interna la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, y, por último, que el reconocimiento y ejecución del laudo sería contraria al orden público. Bajo el acodo de dichas causas de oposición se encuentra, sin embargo, el alegato de la falta de legitimación de la actora para plantear la reclamación ante el tribunal arbitral y, en consecuencia, para pretender ahora la homologación de la resolución dictada por éste, falta

de legitimación que se califica expresamente como procesal, si bien se esgrime como un argumento que habría de afectar al fondo del asunto, tanto en el proceso arbitral seguido en el estado de origen como en este de reconocimiento, en la medida en que aquí afecta a los presupuestos de la homologación, y así, junto con las causas de denegación del *exequatur* que de forma expresa se mencionan, se apunta asimismo la extralimitación del tribunal arbitral a la hora de resolver sobre esta cuestión, afirmación que parece encubrir el motivo de oposición al reconocimiento que se contempla en el art. V.1-c) del Convenio.

Dada la oscuridad del planteamiento, la oposición al *exequatur* se ha de analizar no sólo en atención a las causas de denegación que de una forma más o menos manifiesta se hayan alegado, sino también desde la perspectiva del cumplimiento del requisito establecido en el art. IV.1-b) del Convenio de Nueva York, y después, y en su caso, desde la óptica de la existencia y validez del acuerdo arbitral (art. V.1-a) del Convenio), pues al afirmar la falta de legitimación de la actora la demandada está sosteniendo de forma implícita la inexistencia de un convenio de arbitraje entre aquélla y ésta.

TERCERO.—Cumple decir, ante todo, que el examen de los presupuestos del reconocimiento que establece el art. IV del Convenio debe llevarse a cabo por el tribunal del *exequatur* de oficio, sin que esté supeditado a su alegación y acreditación por parte de quien se opone al mismo. Por el contrario, es carga del solicitante del reconoci-

miento justificar debidamente su cumplimiento, aportando tanto el original o la copia auténtica del laudo cuya homologación se pretende como el documento o documentos en los que conste la existencia del acuerdo arbitral en la forma establecida en el apartado b) del citado artículo, en relación con su artículo II. En particular, a este respecto, y con el fin de verificar la concurrencia del requisito impuesto al actor de aportar, junto con la demanda, el original o copia auténtica del acuerdo a que se refiere el art. II del Convenio, interpretado, en su caso, a la luz del artº. 1. 2 del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961, de arbitraje comercial internacional, esta Sala ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial (cfr. ATS 17-2-1998, en exequatur núm. 3587/1996 y 2977/1996, ATS 7-7-1998 en exequatur núm. 1678/1997, ATS 6-10-1998, en exequatur núm. 2378/1997, ATS 1-12-1998, en exequatur núm. 3660/1996, ATS 29-2-2000, en exequatur núm. 1195/1998 y ATS 26-1-2002, en exequatur núm. 153/2001).

CUARTO.—Pues bien, atendiendo a dicho criterio exegético, en el presente caso no puede tenerse por satisfecho el requisito impuesto por el repetido precepto. La parte actora ha aportado con su solicitud, entre otros documentos, una copia del telefax remitido por la sociedad de mediación -broker, en la terminología al uso— "Intercommodity, S.A.—en el que quedaban recogidas las condiciones del contrato en el que eran partes, como vendedora, la mercantil Glencore Grain Rotterdam, B.V, y como compradora la sociedad ahora oponente al exequatur, y en cuya estipulación decimoquinta se

contemplaba una cláusula de ley aplicable que remitía a la normativa número 100 del Gafta, y una cláusula de sumisión a arbitraje conforme al Reglamento de arbitraje núm. 125 de la misma organización. Dicho telefax es el único que, según la entidad demandada, contiene los términos de la relación jurídica establecida entre las partes, incluida la sumisión a juicio de árbitros en la resolución de las disputas derivadas de la interpretación y ejecución del contrato. Junto con dicho documento la actora ha aportado copia del remitido por Glencore Grain Rotterdam, B.V., a la sociedad oponente que recogía los términos del contrato entre una y otra mercantil, y en el cual se incluían las cláusulas de legislación aplicable y de sumisión a arbitraje en el mismo sentido que en el telefax cursado por la sociedad mediadora. El procedimiento arbitral fue promovido por la entidad Glencore Grain Limited, Hamilton, Bermuda, que es la que ahora promueve el reconocimiento. En el laudo dictado en apelación se justifica la legitimación activa de la promovente sobre la base de la aceptación implícita de la modificación del elemento subjetivo de la relación contractual manifestada por silencio de la compradora respecto de esa sustitución ante los sucesivas comunicaciones mantenidas con ella, en las que aparecía siempre como vendedora la mercantil aquí demandante.

Es cierto que, tal y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su dictamen, la cuestión de la legitimación activa ad causam, en tanto que atinente a la acción y, por lo tanto, estrechamente vinculada al fondo del asunto, queda por lo general fuera del ámbito de este especial procedimiento, de naturaleza y carácter estrictamente homologador, según tiene declarado tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como esta misma Sala en reiteradas ocasiones, que ve circunscrito su objeto al cumplimiento de los presupuestos a los que el legisla-

dor, ya convencional, ya interno, ha su-
 peditado la declaración de reconoci-
 miento y ejecutoriedad de una
 resolución extranjera. Esta limitación
 objetiva, que ciñe, pues, el trámite de
 exequatur al ejercicio de la acción de
 reconocimiento, tiene como conse-
 cuencia la prohibición de revisar el
 fondo del asunto que constituyó el ob-
 jeto del proceso de origen, interdic-
 ción que alcanza, de un lado, al núcleo
 del debate jurídico referido a la rela-
 ción material y a todas aquellas cues-
 tiones que se encuentran íntimamente
 ligadas a ella y resultan indisociables, y
 de otro, a la determinación del sub-
 strato fáctico sobre el que se proyecta
 el mandato normativo, a ley aplicada y
 al modo en que lo ha sido por el tribu-
 nal de origen, sin más excepciones
 que la que representa el control de la
 denominada competencia legislativa,
 cuando está permitido por la norma
 de reconocimiento, y en todo caso el
 respeto al orden público, entendido
 éste tanto en su vertiente material
 como adjetiva, y siempre en sentido in-
 ternacional. Si tal cosa es cierta, como
 se acaba de decir, y cierto es, por
 tanto, que la cuestión de la legitima-
 ción activa constituye una materia pro-
 pia del proceso arbitral de origen,
 tanto en su determinación de hecho
 como en su valoración jurídica, y que
 en tal carácter ha de quedar extramu-
 ros del ámbito de este especial proceso
 de homologación, salvo que su exa-
 men venga traído por alguna de las
 causas de denegación del reconoci-
 miento establecidas en el art. V del
 Convenio de Nueva York, no menos
 cierto es que, conforme más arriba se
 ha indicado, el actor ha de dar cumpli-
 miento al presupuestó que encierra el
 art. IV.1-b) del texto uniforme de
 modo tal que permita al tribunal del
 exequatur verificar que fue voluntad
 de las partes convenir la resolución de
 las disputas derivadas de una determi-
 nada relación negocial al juicio de ár-
 bitros, y en la comprobación de dicho
 requisito el tribunal del Estado requere-
 do no se encuentra vinculado ni por

los hechos consignados en la resolu-
 ción por reconocer ni por la valora-
 ción jurídica de los mismos efectuada
 por el tribunal u órgano decisorio del
 Estado de origen, como tampoco
 puede suplirse la exigencia de aportar
 los documentos que justifiquen la exis-
 tencia de dicha voluntad concorde por
 el contenido de la sentencia o resolu-
 ción cuya homologación se pretende
 tanto más cuanto, como aquí sucede,
 en ella se analiza la legitimación de la
 actora -cuestión discutida en origen,
 como se ha podido comprobar- a la
 vista de unos determinados documen-
 tos que no han sido aportados, sin em-
 bargo, a este proceso, estando de
 mano de la promovente haberlo he-
 cho.

Por el contrario, la demandada ha
 unido a su escrito de oposición siete
 documentos referidos a la ejecución
 del contrato del que se trae causa, e
 incluso uno de ellos relativo a la desig-
 nación de árbitro, todos los cuales fue-
 ron dirigidos por la mercantil Glen-
 core Grain Rotterdam, B.V. a la
 demandada, bien directamente, bien a
 través de su agente, la sociedad Gemif-
 ex, S.A., documentos que no han sido
 rechazados por la actora, y que revelan
 que, al contrario de lo que afirma la
 misma, e incluso, de lo que se indica
 en el laudo por reconocer, la relación
 jurídica se mantuvo, en todos los as-
 pectos contenidos en el contrato -in-
 cluido el propio de la solución arbi-
 tral- entre aquella sociedad y la que
 aquí se opone al reconocimiento. En
 suma, la parte actora no ha cumplido
 debidamente el requisito exigido por
 el repetido art. IV.1-b) del Convenio
 de Nueva York, en la medida en que
 no ha acreditado cumplidamente la
 existencia de un acuerdo entre ella y
 la sociedad oponente que tuviese por
 objeto someter al juicio y a la decisión
 de árbitros las disputas nacidas en una
 relación comercial, por lo que debe
 denegarse el reconocimiento del
 laudo arbitral que aquella pretende.

COMENTARIO:

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante la solicitud de reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral dictado en el Reino Unido. En su momento, la parte contra la que se dirige el laudo se opuso a dicha pretensión alegando la falta de legitimación de la actora. Esta afirmación se basaba en la existencia de dos sociedades distintas *Glencore Grain Limited* y *Glencore Grain Rotterdam*, y en el hecho de que, siendo la primera de ellas la que aparece como demandante en el proceso principal y en el de *exequatur*, la oponente afirma haber contratado con la segunda.

Si bien el *exequatur* es un procedimiento puramente homologador de los efectos de las resoluciones extranjeras, la práctica a menudo pone de manifiesto que se plantean problemas a la hora de fijar los límites al poder de control que puede ejercer el juez que conoce del mismo. La cuestión es de gran importancia práctica en la medida en que el auto denegatorio del Tribunal Supremo no es susceptible de ser recurrido (art. 956.II LECiv 1881). Consecuentemente, una inadecuada interpretación y aplicación judicial de los artículos IV y V del Convenio de Nueva York de 1958 —preceptos que contienen los requisitos procedimentales, así como las causas de denegación del *exequatur*, respectivamente— reduciría, en consecuencia las posibilidades de defensa del solicitante.

II. CUESTIONES OBJETO DE CONTROL JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO *EXEQUATUR*

El procedimiento de reconocimiento y ejecución solicitado pretende hacer valer los efectos del laudo arbitral dictado en el Reino Unido en nuestro ordenamiento jurídico. A tal fin, resultan de aplicación las normas contenidas en el Convenio de Nueva York de 1958, relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, que vincula a España desde el año 1977. Convenio de eficacia universal para España por no haber formulado la reserva de su artículo I.3 del mismo.

El procedimiento de reconocimiento y ejecución está sometido a una limitación de carácter objetivo. Esto es, a la verificación, en primer lugar, del cumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en el artículo IV del Convenio de Nueva York. Y, en segundo término, a comprobar que no concurre ninguna de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución previstas en su artículo V. Ahora bien, estas normas producen efectos y pretenden objetivos completamente diferentes, requiriendo un tratamiento, asimismo diferenciado. Cuestión ésta que no parece haber sido tenida en cuenta por el Tribunal Supremo. El primero

de ellos se configura como una prueba documental y, por tanto, de carácter formal, de ahí que, la omisión o presentación incompleta de alguno de los documentos requeridos no constituya en todo caso una causa de denegación. Se trata de un defecto susceptible de ser subsanado, en su caso. Por su parte el artículo V acoge el elenco de causas de denegación del reconocimiento y la ejecución.

Dos características fundamentales deben destacarse del procedimiento de *exequatur*. A) La primera es su naturaleza homologadora, rigiendo como principio básico el de mínimo control judicial, de ahí la prohibición de revisar el fondo del asunto. Ello se pone de manifiesto al limitar considerablemente las cuestiones objeto de control por parte del juez. Así, los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento y ejecución solicitados están previstos expresamente por el legislador y, además, conforman un *numerus clausus* (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I (4ª edición), Granada, Comares, 2003, pg. 367). La denegación del *exequatur* dependerá única y exclusivamente de la presencia de alguno de ellos. Caso de no concurrir ninguno, el juez tiene la obligación de otorgarlo. En este sentido, el artículo V del Convenio es muy claro cuando dice que «Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución...» si concurre alguna de las causas allí previstas.

B) La segunda de sus características radica en la existencia de una presunción de ejecutabilidad, así como de veracidad del laudo, de conformidad con el Convenio de Nueva York (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2002, pg. 291). No obstante, tal presunción es *in iuris tantum* admitiendo prueba en contrario. La carga de la prueba recae en la parte que sostiene la falta de legalidad o la irregularidad del laudo. Es por ello, precisamente, que la mayoría de las causas de denegación actúan a instancia de parte.

En el caso que nos ocupa, los motivos en los que el demandado basa su oposición al *exequatur* resultan bastante confusos. Circunstancia que deriva de la variedad de causas de denegación alegadas. De acuerdo con el tenor de la resolución que comentamos, éstas podrían clasificarse en dos grupos: A) Por un lado, el Tribunal se apoya en algunos de los motivos tasados expresamente en el artículo V del Convenio, concretamente, en la incongruencia del laudo [art. V.1 c)] y en la inadecuación del procedimiento arbitral a la Ley que habría de regir el arbitraje [art. V.1.d)]. Ambos alegables a instancia de parte. Asimismo, hace referencia a los estimables de oficio por el juez, a saber, la inarbitrabilidad de la controversia [art. V.2 a)] y la contrariedad con el orden público [art. V.2.b)].

B) Por otro lado, se intenta hacer valer también como causa de denegación una circunstancia de difícil acomodo en el citado Convenio. A saber, la falta de legitimación procesal de la actora, tanto para iniciar el procedimiento arbitral como, por consiguiente, para promover la homologación del laudo. En este sentido —como ya se ha apuntado—, la empresa oponente mantiene que contrató con una empresa distinta de la

que promueve el arbitraje y ahora solicita el *exequatur*. Razón ésta por la que esta Sala ha dirigido todos sus esfuerzos hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

El Tribunal Supremo, partiendo de la falta de legitimación alegada y a través de un razonamiento cuanto menos dudoso —como veremos— acaba denegando el *exequatur* del laudo por ser contrario al orden público.

La línea de argumentación que lleva al tribunal a esta conclusión se asienta en el hecho de que, detrás de la falta de legitimación activa alegada subyace la ausencia de voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, por ende, la inexistencia del convenio arbitral. Y es esta ausencia la que entiende que vulnera el orden público.

En cualquier caso, el margen de actuación del juez del *exequatur* es bastante restringido, como hemos visto, puesto que, aparte de las referidas causas de denegación, únicamente verificará el cumplimiento de los dos presupuestos de carácter procedimental impuestos por el artículo IV del Convenio de Nueva York. Son cuatro los temas que se suscitan. Por un lado, debemos preguntarnos cuáles son las consecuencias del incumplimiento de alguno de estos presupuestos. Asimismo, cabe plantearse en qué medida puede el juez indagar acerca la voluntad de las partes de someterse al juicio de los árbitros y tal vez: ¿puede controlar la legitimación *ad causam*?

De igual modo y estrechamente vinculado con lo anterior, en el laudo subyace una cuestión altamente compleja, como es la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Problema que, además, plantea numerosos interrogantes en la práctica. Finalmente, trataremos de determinar si concurre efectivamente alguna causa de denegación del reconocimiento y ejecución respecto del laudo objeto de este comentario.

Llegados a este punto, resulta necesario distinguir entre algunas cuestiones que, si bien diferentes, están directamente relacionadas. Por un lado, la legitimidad para iniciar el procedimiento arbitral deriva directamente del acuerdo de arbitraje. Dicho de otro modo, es la existencia de este último el que legitima a las partes a intervenir en un procedimiento arbitral. Y, por otro lado, la existencia del convenio arbitral depende, en este caso, bien de que se haya producido la extensión de los efectos de la cláusula arbitral entre dos empresas por pertenecer a un mismo grupo de sociedades, o bien de la sustitución de una de las partes en el contrato aceptada por silencio de la otra en las últimas comunicaciones mantenidas, tal y como se hace valer en vía de recurso contra el laudo.

II.1. *El control judicial sobre la legitimación en un procedimiento de exequatur*

La legitimación es un presupuesto básico de todo proceso que debe ser

valorado por el juez. Ahora bien, debe diferenciarse entre la legitimación activa para iniciar el procedimiento arbitral, y la legitimación para instar el procedimiento de reconocimiento que facilite su posterior ejecución.

Por lo que se refiere a la legitimación *ad causam* en el procedimiento de origen, en cuanto atinente a la acción principal, está estrechamente vinculada al fondo del asunto. Es por ello que resulta cuestionable su valoración y apreciación en este procedimiento puramente homologador que prohíbe cualquier intento de revisión sobre el fondo. Así ha sido puesto de manifiesto en este caso por el Ministerio Fiscal (Fundamento núm. 4) en clara armonía con otras decisiones jurisprudenciales (ATS [sala de lo Civil], de 24 de noviembre de 1998, fundamento núm. 4, R.C.E.A., 1999, pg. 308 y nota de SANCHO VILA, D., aunque no por este Tribunal. Esta debe ser la razón por la que el Ministerio Fiscal no se opone al *exequatur* pretendido.

En consecuencia, no cabe, pues, que el juez que conoce de esta solicitud de reconocimiento y ejecución controle la legitimación de las partes en el proceso principal, pues ya debió ser apreciada en su día por el órgano que conoció del procedimiento arbitral. Sin embargo, nada obsta a que el juez indague acerca de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje en cumplimiento del requisito del artículo IV, como se verá más adelante.

En relación con la legitimación para solicitar el *exequatur* sí que corresponde ser valorada siempre y en todo caso por el juez que conoce del mismo. En este sentido, están legitimados para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en España quienes fueron parte en el proceso principal y sus causahabientes. Es más, la doctrina lo amplía incluso a cualquier persona interesada dado el silencio de la LECIV (CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., pg. 339). En este sentido, la legitimación subjetiva de la actora —la mercantil *Glencore Grain Limited*— está fuera de toda duda por cuanto que intervino como parte en el procedimiento arbitral. De ahí que quede perfectamente justificada su legitimación para instar este procedimiento de reconocimiento y ejecución.

II.2. Verificación de los requisitos procedimentales del *exequatur*

Antes de proceder a verificar si efectivamente concurre alguna causa que justifique la denegación del *exequatur*, el órgano que conoce debe controlar la observancia de los dos requisitos procedimentales del reconocimiento contemplados en el artículo IV del mencionado Convenio de Nueva York. En este caso, la carga de la prueba recae sobre el demandante quien deberá justificar y acreditar debidamente su cumplimiento. Una vez satisfechos, el solicitante está perfectamente legitimado para la obtención del *exequatur*. Y, a partir de ese momento,

corresponde a la parte que se opone alegar y probar que existe alguna de las causas de denegación del artículo V.

Ahora bien, es de señalar que el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos no se contempla, de forma expresa como una causa de denegación del reconocimiento y la ejecución, en todo caso será un defecto que podrá subsanarse *a posteriori*. Aunque veremos cómo en la práctica sí que se articula como motivo de denegación.

Veamos cuáles son estos presupuestos: A) El párrafo 1º del artículo IV exige que el solicitante aporte, junto con la demanda, «el original debidamente autenticado del laudo o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad». El primero ha quedado debidamente cumplimentado, puesto que la parte actora ha presentado el laudo original traducido. B) Por lo que respecta al segundo, el párrafo 2º del citado artículo requiere, asimismo, «el original del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad». Es respecto de este último donde se plantean numerosos problemas, como se verá a continuación.

Con el objeto de dar cumplimiento a este segundo presupuesto, la parte actora ha aportado un telefax donde quedaban recogidas las condiciones del contrato y se incluía una cláusula de sumisión a arbitraje conforme al Reglamento de arbitraje núm. 125 del GAFTA (Asociación Internacional para el Comercio de Piensos y Granos).

No cabe duda de que se ha aportado documentación en la que consta la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje. El problema radica en que dicha cláusula vincula a la sociedad oponente al *exequatur* con una distinta de la actora: la mercantil *Glencore Grain Limited*, que no figura como parte en el convenio arbitral, sino que aparece en su lugar, *Glencore Grain Rotterdam*. De ahí que no quede suficientemente probado que existiera un acuerdo que obligara a las partes que intervienen en el arbitraje. De ser así, el procedimiento arbitral seguido no tendría razón de ser, salvo que entendamos que se trata de dos empresas pertenecientes a un mismo grupo de sociedades y, por ende, se ha producido la extensión de los efectos de la cláusula arbitral de una a la otra. O, como sostuvo la actora en vía de recurso, por sustitución del elemento subjetivo del contrato aceptado implícitamente por silencio de la que hoy se opone. La actora afirma que siempre había aparecido ella en las últimas comunicaciones mantenidas (Fundamento núm. 4).

El Tribunal hace caso omiso de estos dos argumentos y, tras un análisis de los documentos aportados, llega a la conclusión de que no ha mediado la voluntad común de someterse a arbitraje entre la parte que promovió el procedimiento arbitral y hoy solicita el *exequatur*, y la parte que se opone al mismo. De ahí que no pueda entenderse, a su juicio, que el actor haya cumplido con el requisito impuesto por

el artículo IV. Es por esta razón por la que deniega el *exequatur*, aunque formalmente lo articula por la vía del orden público.

Se trata de una actuación de esta Sala claramente cuestionable, desde la perspectiva del incumplimiento del segundo de los presupuestos del reconocimiento del artículo IV.b), en tanto en cuanto la falta de acreditación bastante de alguno de los presupuestos no se constituye propiamente como causa de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

II.2.1. Indagación de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje

La voluntad de las partes de someterse a arbitraje constituye uno de los dos pilares básicos de esta institución. Tal es así que, aunque en principio se presume que se ha verificado perfectamente su existencia por el tribunal arbitral que conoció en su día del asunto principal, se exige una nueva comprobación a la hora de la homologación del laudo. Esta es de hecho la posición mantenida en reiteradas decisiones por el Tribunal Supremo que, además, ha venido denegando el *exequatur* cuando no quedaba probada tal voluntad (Auto del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 17 de febrero de 1998; Auto del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 26 de mayo de 1998, con nota de ARTUCH IRIBERRI, *R.C.E.A.*, 1998, pg. 235; Auto del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 29 de septiembre de 1998, con nota de DE PAZ MARTIN, J. L., *R.C.E.A.*, 1999, pg. 297). En consecuencia, en ausencia de uno de los elementos fundamentales para que pueda tener lugar el arbitraje, como es la voluntad de someterse, no debería procederse a la ejecución del laudo.

Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa no parece que estemos, *a priori*, ante la inexistencia de la voluntad común de sometimiento a arbitraje, sino más bien ante una prueba insuficiente de la misma. En tal caso, tal vez la mejor opción pasaría por haber dejado en suspenso el procedimiento, pero no denegar el *exequatur* como se ha hecho.

A tal efecto, el Tribunal contaba con dos vías posibles para poder valorar esta circunstancia. Por un lado, requerir documentación adicional con el fin de clarificar la existencia o inexistencia de tal voluntad. De hecho, ésta viene siendo la conducta habitual del Tribunal Supremo (Auto del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 17 de febrero de 1998; Auto del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 29 de septiembre de 1998, *Piensos Cuarte, SA c. Comagri, SL*). En todas ellas el juez ha realizado varios requerimientos a la parte. Y, por otro, analizar la posible pertenencia de las dos sociedades a un mismo grupo de empresas con el fin de analizar si se había producido una extensión de los efectos de la cláusula de arbitraje entre ellas (AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001).

En las dos hipótesis citadas, el artículo IV insta al juez para que investigue la voluntad de las partes de someterse a arbitraje por ser un pilar básico de la existencia de esta institución.

A) Suspensión del procedimiento y requerimiento de documentación adicional

A *priori*, el incumplimiento de los presupuestos del artículo IV no se contempla expresamente como causa de denegación de *exequatur* aunque, así parece que está ocurriendo con carácter general en la práctica. En este caso, más que de un problema de aportación del convenio (consta que no se ha omitido su presentación, pues éste ha sido aportado) se trata, como ya hemos apuntado, de decidir si vincula o no a las partes que intervienen en el arbitraje. Ello habría exigido una participación verdaderamente activa del juez indagando acerca de la voluntad de las partes. En este sentido, caso de entender que dicho presupuesto no quedaba suficientemente cumplimentado por no haber sido entregada la documentación apropiada, el juez debía haber suspendido el procedimiento e instado a la parte a su subsanación. Esto es, haberle requerido para que adjuntase información complementaria que probase la existencia de la voluntad de ambos de someterse a arbitraje. Es más, estaba en manos del juez haber reclamado la documentación que acreditase la aceptación tácita de un cambio de partes en el contrato efectuado en las últimas comunicaciones de las partes, por cuanto que conocía los argumentos que se hicieron valer en vía de recurso contra el laudo (Fundamento núm. 4).

No obstante, si pese al requerimiento no se hubiese aportado ninguna documentación adicional que clarificase la situación, tal vez hubiese sido preferible rechazar la admisión a trámite de la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo, pero no denegar su reconocimiento y ejecución. Dejamos abierta, en consecuencia, la posibilidad de volver a presentar la solicitud de reconocimiento [OREJUDO PUETO DE LOS MOZOS, P., «Nota» al Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de mayo de 1998, *R.C.E.A.*, 1998, pg. 230]. Aspecto este de vital trascendencia por cuanto que no debe olvidarse que el auto denegatorio no es susceptible de ser recurrido.

Pero es que, además, caso de no quedar probada tal circunstancia, el juez, en la investigación de la voluntad de las partes, disponía como alternativa dilucidar si en el caso de *Glencore Grain Rotterdam* y *Glencore Grain Limited* se trataba de dos empresas pertenecientes a un mismo grupo de sociedades.

B) Posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades

De los datos que se disponen en la resolución que comentamos, no puede determinarse si estamos, en efecto, ante dos empresas integradas en un mismo grupo de sociedades. No obstante, no debería

descartarse de entrada esta posibilidad, dada la casi identidad de ambas, por lo que a la denominación se refiere. Caso de encontrarnos ante dos empresas de un mismo grupo, se debe valorar la posibilidad de que el convenio arbitral firmado por una de ellas se hubiera extendido a la otra. La solución que se dé a este problema condicionará la existencia o inexistencia del convenio de arbitraje y, por tanto, el resultado del *exequatur*. Así, la admisión de que la cláusula arbitral firmada por una de ellas vincula a las demás implicaría la existencia de voluntad de ambas partes de someterse a arbitraje y, por ende, se entenderían cumplidos los presupuestos del arbitraje. En estas circunstancias, salvo que concurriera alguna de las causas de denegación del artículo V, el juez debería homologar el laudo. De lo contrario, no habría concurrido en ningún momento uno de los dos requisitos procedimentales del artículo IV del Convenio de Nueva York.

Todo ello nos lleva necesariamente a realizar, si quiera, una breve referencia acerca de la posibilidad de extensión de los efectos de la cláusula arbitral entre ambas sociedades, pese a que el Tribunal no ha mencionado nada al respecto. Es ésta una problemática amén de compleja, de una dimensión económica importante que, además, carece de una regulación específica tanto en el ámbito convencional, institucional como estatal. En consecuencia, el único referente a tener en cuenta es la doctrina y la práctica, tanto arbitral como judicial. Si efectivamente se llegara a la conclusión de que forman parte del mismo grupo de empresas habría que ver en qué medida participa una sociedad de la otra.

Todo grupo de sociedades presenta dos realidades distintas y en cierto modo contrapuestas. Así, desde el punto de vista económico, debe tratarse a los componentes del grupo como una unidad económica. Sin embargo, conforman una pluralidad, desde la perspectiva jurídica, es decir, que cada una de las sociedades que la compone tiene personalidad jurídica propia e independiente. Este planteamiento se admite de forma casi unánime por la doctrina (AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de...*, op. cit., pgs. 54 y 55).

Por lo que a la cuestión aquí planteada se refiere, tan injusto resultaría acogernos al principio de la unidad económica del grupo para justificar la extensión de la cláusula siempre y en todo caso, como atender al de la pluralidad jurídica para denegar dicha extensión. En este sentido, la doctrina apunta que, como regla general, debe rechazarse la extensión del alcance subjetivo de una cláusula arbitral entre los miembros del grupo (AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de...*, op. cit., pg. 385). No obstante, esta extensión se aconseja de forma excepcional en algunos casos, sobre todo, en aplicación de la doctrina judicial del levantamiento del velo (SANCHO VILA, D., «Nota» al ATS [Sala de lo Civil], de 24 de noviembre de 1998, *R.C.E.A.*, 1999, pgs. 312 y 313) o del *estoppel*. En efecto, cuando se haya creado una apariencia de unidad entre las empresas de un grupo, con el objeto de salvaguardar

la buena fe de terceras partes se presumirá que conforman una unidad a todos los efectos. De ahí que en esas circunstancias se produzca la extensión de la cláusula arbitral a la empresa no suscriptor.

En definitiva, el carácter tan complejo que rodea a este tipo de situaciones, donde no hay dos casos iguales, exige proceder de forma casuística. Debe ser la concreta estructura y organización del grupo, así como las circunstancias específicas que rodeen al caso las que determinen si ha lugar o no a la posible ampliación.

Con el objeto de facilitar esta labor tan dificultosa, la doctrina, por un lado, y la jurisprudencia, por otro, han apuntado una serie de elementos objetivos como indicativos de que realmente se trata de dos sociedades en las que una participa claramente de la otra. Y, en consecuencia, se admitiría de forma excepcional la citada extensión subjetiva de la cláusula arbitral. Desde el punto de vista jurisprudencial, estos indicativos son: la existencia de un administrador único para ambas, el mismo domicilio social o la tenencia de un objeto social coincidente (ATS, de 24 de noviembre de 1998). La doctrina, por su parte, añade alguno más como, la participación de la sociedad no suscriptor en la negociación, ejecución o terminación del contrato en el que figura la cláusula arbitral (AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de...*, op. cit., pg. 387). En la hipótesis de que éstos concurran debemos interpretar que constituyen una unidad a todos los efectos y, por tanto, los compromisos asumidos por una de ellas vincularán a la otra.

En el caso que nos ocupa únicamente conocemos el argumento que la actora —empresa no suscriptor del convenio arbitral— hizo valer en vía de recurso contra el laudo donde se afirmaba que en las últimas comunicaciones mantenidas entre las partes era ella la que había intervenido siempre. Tal afirmación no ha sido probada, aunque de ser cierta habría que entender que la actora sí que había intervenido en la terminación del contrato. Es por ello que hubiera sido aconsejable que el juez hubiera indagado acerca de esta cuestión con el fin de dilucidar si efectivamente concurrían los elementos que justifican la ampliación subjetiva de la cláusula de arbitraje.

II.3. *Verificación de la concurrencia de alguna causa de denegación del reconocimiento y la ejecución*

Tras el análisis de los requisitos procedimentales, debe procederse a determinar si, en el caso que nos ocupa, ha concurrido alguna de las causas de denegación alegadas por la parte. Y, sobre todo, si ha sido correcta la causa en la que se ha basado el juez para rechazar el reconocimiento y ejecución solicitados.

Por lo que a esta cuestión se refiere, no basta la mera alegación de los motivos de oposición, sino que éstos deben ser probados (CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pam-

plona, Aranzadi, 1995, pg. 181). Circunstancia que no parece concurrir en este supuesto, ya que la parte que se opondrá se limita a enumerar los motivos en los que basa su pretensión sin llegar a probar, en definitiva, ninguno de ellos. Es más, la parte oponente tan sólo aporta datos para apoyar la falta de legitimación de la actora. Y ya se ha visto que esta eventualidad no constituye propiamente una causa de denegación del reconocimiento y ejecución, ni tampoco el objeto de este procedimiento.

Lo cierto es que, en este caso, el Tribunal no ha llegado a entrar en la valoración de las causas de denegación del *exequatur*. Ello es así porque, si bien alega como causa de denegación su contrariedad con el orden público, en realidad, ésta se ha producido por la ausencia de voluntad de las partes de someterse al juicio de los árbitros, tal y como se extrae del razonamiento del Tribunal Supremo. Y, más que ausencia, por la prueba insuficiente, a modo de única forma de justificar su decisión. Por ello, la intención del tribunal parece haber sido la de acomodar la falta de prueba suficiente de la voluntad de sometimiento a arbitraje a una de las causas previstas en el artículo V del Convenio de Nueva York, quedando encubierta bajo el cajón de sastre del orden público, cuando esta condición de reconocimiento requiere de una interpretación restrictiva.

III. CONCLUSIÓN

Viene siendo habitual, como se ha visto, que el Tribunal Supremo se oponga al reconocimiento y ejecución de un laudo cuando no existe voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Para llegar a tal conclusión se requiere a la parte incluso en múltiples ocasiones si fuera necesario. En este caso, no se trata de inexistencia, sino más bien de falta de prueba o prueba incompleta; y, sin embargo, el juez no ha realizado ni siquiera un requerimiento a la parte, rechazando sin más el reconocimiento y ejecución.

Estas dificultades con las que se ha encontrado el Tribunal Supremo para justificar la denegación de *exequatur* adquieren mayor relevancia, si cabe cuando, tal como sucede en el caso que comentamos, la resolución denegatoria de reconocimiento no puede ser objeto de recurso. El riesgo a la tutela judicial efectiva por indefensión del solicitante es mayor dada esta circunstancia, más todavía cuando, con el fin de evitar esta situación hubiera bastado con suspender el procedimiento e indagar en la voluntad de las partes requiriéndolas para que completaran la documentación necesaria. O, simplemente, rechazar la admisión a trámite de la solicitud de reconocimiento y ejecución.

Reconducir la falta de prueba suficiente de uno de los requisitos del artículo IV a una causa de denegación del artículo V del Convenio de Nueva York va más allá de una mera confusión del juez. Habría

que plantearse hasta qué punto no queda vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Rosa Lapiedra Alcamí

WWW.NEWYORKCONVENTION.ORG