

VOTO PARTICULAR

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

26 ABR 2012

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETUA

VOTO PARTICULAR que formula el magistrado D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES, Presidente de la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con la habilitación conferida por el artículo 260.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

Con pleno respeto a la autoridad de la decisión mayoritaria y a los argumentos desarrollados en el Auto dictado con fecha de 19 de abril de 2012, en coherencia con la posición mantenida en la deliberación, y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 260.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ), formulo Voto particular discrepante en relación con el otorgamiento de exequátur al pronunciamiento señalado como apartado VII. 3, (i), de la Decisión adoptada en el Laudo dictado con fecha de 6 de julio de 2010 por el Tribunal Arbitral en el Arbitraje CCI nº 15653/JRF. Todo ello, en los términos que paso a exponer.

En la villa de Bilbao (Bizkaia), a veintitrés de abril de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan en su integridad, por remisión, los consignados en la resolución acordada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. PRELIMINAR

Se acepta en su integridad, por remisión, el razonamiento jurídico preliminar recogido el Auto.

2. PRIMERA CAUSA DE OPOSICIÓN. “Concurrencia de la causa de oposición prevista en el artículo V.1.C) del CNY. El laudo de la mayoría contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso. Incongruencia por exceso. Exceso de competencia, vulneración del orden público procesal causando indefensión, artículo V.2.B), del CNY”.

2.1 La representación procesal de “Eustaltel, S.A.” (EUS) interesa que se aprecie que el Laudo para el que se solicita el exequátur incurre en la causa de oposición tipificada en el artículo V.1.c), “in fine”, del Convenio de Nueva York de 10 de junio de

1958 (CNY), “que la sentencia contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria”; así como en la causa de oposición tipificada en el artículo V.2.b) del CNY, por vulneración del orden público procesal con resultado de indefensión.

2.1.1. Como se precisa en el mismo numeral del Auto del que se discrepa, la parte oponente, con carácter principal, sostiene que la extralimitación competencial, incongruencia por exceso, que aprecia en el Laudo afecta a la totalidad de los pronunciamientos incluidos en el Acuerdo.

De forma subsidiaria, la parte oponente, EUS, dirige el reproche respecto del pronunciamiento señalado como apartado VII. 3, (i), de la Decisión; e interesa que sea denegado parcialmente el exequátur respecto de dicho pronunciamiento del Laudo por el que el Tribunal Arbitral ordena a Euskaltel el pago a las Demandantes, en razón de la violación de las Estipulaciones en los Contratos, de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de “lucro cesante Tipo I”.

2.1.2. En este Voto particular expreso mi discrepancia con la mayoría, exclusivamente, en punto a la desestimación de la pretensión subsidiaria deducida por EUS al amparo de la causa de oposición tipificada en el artículo V.1.c), “in fine”, del CNY.

A cuyo efecto, sostuve en la deliberación, y ahora reproduzco, que concurre dicha causa subsidiaria de oposición. Por lo que, a mi juicio, haciendo uso de la previsión dispuesta por el artículo V.1.c), la sala de justicia debió: denegar el exequátur respecto del pronunciamiento VII. 3, (i); y debió concederse el exequátur en cuanto a los demás pronunciamientos.

2.1.3. Por la razón anterior, sostengo el voto emitido en sentido desestimatorio, por los fundamentos que referidos a estos extremos se argumentan en el apartado 2.1.3.1. del Auto, respecto de la pretensión de la parte oponente de que se aplique la causa de oposición del artículo V.1.c), en relación con la tipificada en el artículo V.2.b) del CNY, a la totalidad de los pronunciamientos contenidos en la Decisión del Laudo.

2.2. Sostuve en la deliberación, y ahora reitero, que el pronunciamiento VII.3.(i) expresa una decisión, con el valor de cosa juzgada, sobre la exclusiva titularidad por la sociedad mercantil demandante FTE de la clientela captada de conformidad con el Acuerdo Marco de Colaboración (AMC) establecido entre Retevisión y EUS el 16 de diciembre de 1998 y que fue resuelto en el año 2006. Esta decisión excede de los términos de la cláusula compromisoria arbitral que habilitó la emisión del Laudo dictado con fecha de 6 de julio de 2010. Lo que hubiera debido determinar la denegación del reconocimiento y la ejecución del pronunciamiento VII.3.(i) del Laudo; así como la no imposición a ninguna de las partes de las costas de este procedimiento, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

El fundamento jurídico de este voto particular se sustenta en el resultado del contraste entre el alcance con el que, mediante la voluntad expresada en el compromiso arbitral, las partes en conflicto delimitaron la potestad decisoria conferida al Tribunal Arbitral; y el pronunciamiento VII.3.(i) de la parte dispositiva del Laudo, cuya razón de

decidir se consigna en las consideraciones y determinaciones respectivamente recogidas en los apartados 99 y 100 y 162 a 170 del Laudo.

El resultado que alcanzo del referido contraste es que, de acuerdo con las previsiones del compromiso, el Tribunal Arbitral contaba con competencia para pronunciarse, con carácter de cuestión prejudicial, de forma no devolutiva y sin vinculación al órgano arbitral competente por razón de la materia, sobre la situación de la clientela captada de conformidad con el AMC; pero que el Tribunal Arbitral se extralimitó en su potestad decisoria al decidir con carácter definitivo y dotar de la fuerza de cosa juzgada, con vinculación al órgano arbitral competente por razón de la materia, al pronunciamiento VII.3.(i) por el que se ordena a Euskaltel el pago a las Demandantes de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de "lucro cesante Tipo I".

De forma que la extralimitación se concreta en el exceso de competencia en la producción de efectos ejecutivos que media entre la restricción de los efectos de la decisión considerada al estricto ámbito del Arbitraje CCI nº 15653/JRF, y, por tanto, sin vinculación al órgano arbitral comprometido en el AMC, tal y como hubiera podido adoptarse en el marco de la competencia conferida; y el efecto prejudicial de la cosa juzgada material con el que el pronunciamiento VII.3.(i) vincula al pronunciamiento sobre el fondo en un eventual arbitraje de futuro, habilitado por la cláusula compromisoria del AMC; pronunciamiento por el que debiera resolverse, como cuestión *principaliter*, por el órgano decisor competente por razón de la materia, sobre la liquidación de todos los activos integrantes del fondo de comercio generado durante la vigencia del AMC; y, entre ellos, sobre la titularidad de la clientela captada en el cumplimiento del AMC.

2.3. La dificultad en orden a la determinación del objeto cierto de la cláusula compromisoria que delimita la potestad decisoria del Tribunal Arbitral autor del Laudo dictado en el Arbitraje CCI nº 15653/JR, estriba en que las mismas partes se encuentran comprometidas por sendas cláusulas compromisorias respectivamente establecidas en los contratos suscritos en el año 1998 (AMC) y en el año 2005 (LSCTS).

Siendo así que, como se admite sin ambages en el Auto principal, el Tribunal Arbitral denotó que la interpretación del AMC resultaba indispensable para el enjuiciamiento sobre la cuestión de fondo referida al perjuicio por "Lucro Cesante Tipo I" sometida a arbitraje de conformidad con la cláusula compromisoria de LSCTS.

2.3.1. En virtud de la cláusula compromisoria de LSCTS, las partes en conflicto se comprometieron a resolver definitivamente, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, "(t)odas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste".

Previamente, en el AMC suscrito en 1998, las mercantiles contratantes habían establecido como cláusula compromisoria que "Las partes acuerdan someter a arbitraje la resolución definitiva de todas las cuestiones, conflictos y discrepancias que se susciten en virtud del presente contrato y que se deban a su interpretación, a su cumplimiento o a cualquier otro extremo".

Atendiendo a una interpretación conjunta de ambas cláusulas, el Laudo que decidiera definitivamente las “desavenencias” que “deriven” o que “guarden relación” con LSCTS no podía resolver de forma “definitiva” (con fuerza de cosa juzgada) sobre las discrepancias que, con el alcance que a continuación se expone, ya se habían suscitado “en virtud” del AMC y que se debían “a su interpretación” o “a su cumplimiento” en relación con la gestión del activo consistente en la clientela integrada por los usuarios del servicio de telefonía móvil captados en aplicación del AMC.

2.3.2. A lo largo del año 2006 se manifestaron notables discrepancias entre las partes que se debían a la interpretación y al cumplimiento del AMC. Dichas discrepancias incluyeron, de forma expresa, la cuestión sobre la gestión del activo de usuarios finales captados de conformidad con el AMC.

Siguiendo la secuencia cronológica, en octubre de 2006 las sociedades mercantiles demandantes comunicaron a EUS la intención de promover el procedimiento de arbitraje comprometido en el AMC.

En noviembre de 2006, las Demandantes ejercitaron acción declarativa de competencia desleal contra EUS ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao sustanciado con la signatura 410/2006. Mediante Auto dictado con fecha de 2 de febrero de 2007, el órgano judicial estimó la excepción declinatoria deducida por la representación procesal de EUS, con fundamento en la reserva de resolución de la controversia ante el órgano de arbitraje comprometido en el AMC.

El 21 de diciembre de 2006, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones dictó resolución en procedimiento iniciado de oficio sobre el cumplimiento de la resolución recaída el 9 de noviembre de 2006 en el expediente MYZ 2006/1141 sobre proceso de portabilidad entre “Euskaltel, S.A.” y “France Telecom, S.A.”; todo ello, en relación con la transmisión de los recursos de numeración que estuvieran siendo utilizados por usuarios contratados por “Euskaltel, S.A.” de conformidad con el AMC. La resolución señalada fue objeto de recurso contencioso-administrativo, promovido por la representación procesal de “France Telecom, S.A.” ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con el número 78/2007; el recurso fue desestimado mediante sentencia firme dictada con fecha de 23 de febrero de 2009. La pretensión anulatoria se ejercitó con fundamento, como motivo impugnatorio central, en la infracción del artículo 48 de la LGT, por entender la parte recurrente que la resolución administrativa, examinando una cuestión sobre la que la CMT manifiestamente carece de competencia, estableció como hecho determinante de la decisión que la relación contractual objeto del procedimiento de portabilidad únicamente había sido establecida entre dichos usuarios y “Euskaltel, S.A.”.

2.3.3. En el procedimiento arbitral CCI nº 15653/JRF, las demandantes GFT deducen, entre otras, la pretensión de que se condene a EUS a indemnizar por los daños y perjuicios derivados de la “Pérdida de 236.046 clientes que FTE poseía al 1 de enero de 2007, lo que ocasionó al GFT una pérdida de beneficios evaluada en € 178.471.806 (apartados 8 a 17 del resumen ejecutivo y páginas 3 a 18 del Primer Dictamen Nera)”.

Alegan como causa de pedir que EUS, violando las estipulaciones de prohibición de competencia, "se apropió de más de 300.000 clientes del GFT en el País Vasco" (L 15, 49). Aporta como fundamento probatorio de esta causa de pedir el denominado "Informe Nera".

2.3.4. La causa de pedir (pérdida de beneficios producida por la pérdida de 236.046 clientes que FTE poseía y fueron apropiados por EUS) y el fundamento de pedir (Informe Nera) de la pretensión condenatoria ejercitada por el GFT guardan relación directa con las discrepancias, debidas a la interpretación del AMC, que se suscitaron entre las partes en el último trimestre de 2006 en relación con la titularidad de la clientela captada de conformidad con el AMC.

Singularmente, el fundamento de pedir se identifica por referencia a la fuente de lucro cesante que se define con el nombre de "Lucro cesante Tipo I" y cuyo método de determinación y valoración se describe en las páginas 1 a 18 del Informe NERA. Este método de determinación y valoración ofrece, de manera expresa, como pre-supuestos o cuestiones dadas dos premisas que califica como cuestiones jurídicas (Nera 2, 6, pag. i): La primera premisa establece que los clientes que pidieron la portabilidad de FTE a EUS eran clientes FTE. La segunda proposición que opera como premisa jurídica es que EUS infringió una serie de cláusulas contractuales de no competencia, que impedían su rivalidad con FTE hasta marzo de 2008.

2.3.5. La anterior relación, lógica y jurídico sustantiva, entre el conflicto sometido a la decisión del Tribunal Arbitral y las discrepancias suscitadas en virtud del AMC fue puesta de manifiesto por la representación de EUS en el procedimiento arbitral CCI nº 15653/JRF. Con fundamento en la misma EUS dedujo una excepción de incompetencia parcial *ratione materiae* e interés del Tribunal Arbitral que "1. Declare que no es competente para pronunciarse sobre cualquier cuestión atinente a la interpretación, cumplimiento, ejecución y liquidación del Acuerdo Marco de Colaboración suscrito entre RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. y EUSKALTEL, S.A. con fecha 16 de diciembre de 1998 por no estar dichas cuestiones previstas e incluidas en la cláusula compromisoria en virtud de la que actúa dicho Tribunal".

Dicha pretensión guarda plena correspondencia con la posición anunciada por EUS en el Acta de Misión, en cuyo párrafo 2.2.A (viii), se señaló literalmente: "En definitiva, EUSKALTEL sostiene que no está sujeta a prohibición de no competencia alguna en virtud del Contrato de Venta y demás documentos que acompaña; y que, si se entendiera lo contrario, lo que niega, todo pronunciamiento sobre las pretensiones de las demandantes interpuestas en estas actuaciones están sujetas a la decisión de cuestiones preliminares o prejudiciales que deben ser resueltas bajo el Acuerdo Marco de conformidad con el mecanismo arbitral previsto en su cláusula vigesimosegunda".

2.4. El Laudo dictado por el Tribunal Arbitral decide, por mayoría, que:

"1. con excepción de lo establecido en el sub-párrafo 4 más abajo, el Tribunal Arbitral goza de jurisdicción para decidir el presente caso;

"2. Euskaltel violó las estipulaciones en los Contratos;

“3. en razón de la violación de las Estipulaciones, ordenar a Euskaltel el pago a las Demandantes de las sumas de: (i) € 178,471,806 (lucro cesante Tipo I);(ii) € 1,712,302 (lucro cesante Tipo II); y (iii) € 41,717,957.40 en concepto de compensación por los costos y gastos operativos de comercialización y de captación de nuevos clientes por el plazo comprendido entre el inicio de octubre de 2006 y fin de marzo del 2007;

“4. el Tribunal arbitral carece de jurisdicción para pronunciarse acerca de las siguientes pretensiones de los Demandantes:

- a) por costes de migración de equipos, en la suma de € 7,984,429;
- b) por costos de fidelización de propietarios de emplazamientos, en la suma de € 860,104; y
- c) por pérdidas de tráfico, en la suma de € 1,497,470;

“5. Rechazar el reclamo de las Demandantes por ciertos saldos pendientes, en la suma de € 5,658,240, y el reclamo de las Demandantes por compensación de daño moral, en la suma de € 30,000,000;

“6. La Demandada soportará sus gastos y costas de representación, asistencia y defensa legal en este arbitraje y los de los Demandantes, éstos últimos fijados en la suma de € 1,209,559.82. Igualmente, la Demandada soportará en su totalidad los costos y gastos del arbitraje, fijados por la Corte en la suma de US\$ 1,000,000.00 y pagará a las Demandantes la suma de US\$ 500,000.00 aportada por ellas como adelantos de fondos para el pago de dichos costos y gastos (Artículo 21 del Reglamento); y

“7. Toda otra reclamación o pretensión o defensa no aceptada expresamente en este parágrafo 194 ha sido y ha quedado íntegramente rechazada.”

2.4.1. Como ya se indicó en el Fundamento de Derecho Preliminar del Auto, un control limitado, pero efectivo, del Laudo comporta un estándar de intensidad en el análisis de homologación que alcance también a las razones que fundamentan la decisión adoptada en el procedimiento arbitral.

A este efecto, el pronunciamiento VI.3.(i) encuentra la razón de decidir en las consideraciones expresadas en los apartados 99 y 100, así como en las determinaciones contenidas en los apartados 162 a 170, inclusive, del Laudo.

En cuanto a las consideraciones, el Tribunal Arbitral deja denotado en el apartado 99 que “carece de jurisdicción para resolver cuestiones atinentes al AMC, por contener éste una cláusula arbitral distinta”. Si bien, matiza que “Sin embargo, habrá de referirse y recurrir al mismo cuando sea necesario, como ocurriría con cualquier otro antecedente relevante para determinar las actividades que Euskaltel desarrollaba antes de la firma de los pactos de no competencia”.

De forma que, en línea de principio, el Tribunal Arbitral parece limitar la referencia al AMC en los acotados límites de su eventual consideración como antecedente relevante de necesario conocimiento para llegar a conocer las “actividades” desarrolladas por EUS a una determinada fecha.

Como segunda consideración, el Tribunal Arbitral, en el párrafo 100 del Laudo, afirma que la recurrencia y referencia al AMC para el fin señalado, cae bajo su

jurisdicción ya que los contratos “lo facultan para decidir sobre las demandas de daños y perjuicios y, por consiguiente, para calcular los daños sobre la base de la prueba aportada por las Partes que debe valorar”.

Considera, finalmente, que el “análisis de otro contrato, a fin de establecer la actividad llevada a cabo por una empresa en un momento determinado, no significa que el Tribunal Arbitral resuelve una disputa relativa a dicho contrato”.

Y concluye, tras invocar el principio de “el juez de acción es el juez de la excepción”, que “la ausencia de competencia para resolver litigios derivados de otro contrato (en este caso el AMC) no impide al Tribunal Arbitral interpretarlo para decidir demandas bajo su competencia basadas en otros contratos (en este caso, el Contrato de Venta, el Contrato de Adhesión y el Acuerdo de Accionistas)”.

2.4.2. En los apartados 162 a 170, inclusive, del Laudo se aplican los anteriores consideraciones al enjuiciamiento de las cuestiones controvertidas.

En el apartado 166, el Tribunal Arbitral determina que el daño causado por lucro cesante lo constituye el desplazamiento de la clientela captada por EUS en violación de las Estipulaciones para brindarle servicios de telefonía móvil (incluidos los servicios bajo las Nuevas Tecnologías) como OMV a través de la red Vodafone en competencia con FTE. Aprecia, a este efecto, que “La medida del daño por la violación de la obligación de no competir está dada por la apropiación unilateral de clientela por Euskaltel durante el periodo en que dicha obligación se encontraba vigente y que había sido originariamente captada bajo el AMC con numeración en cabeza de FTE”.

En el apartado 167, se reitera que “Esta última cuestión sí se encuentra indudablemente alcanzada por la jurisdicción del Tribunal Arbitral, quien también la tiene para determinar la cuantificación económica del daño eventualmente sufrido por las Demandantes a raíz de tal violación. Dicha cuantificación deberá necesariamente determinarse sobre la base de clientes que en su origen fueron adquiridos mediante la operación cubierta por el AMC (y cuya numeración telefónica, de conformidad con el AMC, estaba en cabeza de Retevisión/FTE), pero que luego fueron unilateralmente atraídos por Euskaltel para prestarles servicios inclusivos de las Nuevas Tecnologías en competencia con FTE...”. Y se concluye que “... el hecho de que Euskaltel no haya agotado como instancia previa a su accionar como OMV a través de la red Vodafone la liquidación del AMC y la eventual participación de Euskaltel y Retevisión en los activos y pasivos resultantes del AMC a las resultas de dicha liquidación no es causal válida que impida a este Tribunal Arbitral proceder a dicha cuantificación”.

En los apartados 168, 169 y 170, el Tribunal Arbitral cuantifica el daño por lucro cesante que identifica como Tipo I en el mismo montante económico que lo hace el Informe NERA y de conformidad con el método de valoración de activos por “flujos descontados” seguido en el mismo.

Este método, a tenor del informe NERA, es “perfectamente aplicable para determinar el valor monetario de una base de clientes bien definida, con patrones de consumo conocidos y predecibles” (Nera 2, 5, pag i,).

2.5. El Tribunal Arbitral al estimar la pretensión indemnizatoria por “lucro cesante Tipo I” en los términos que definieron y fundamentaron la causa de pedir deducida por las Demandantes y de conformidad con las determinaciones que se consignan como razón de decidir en los apartados 166 a 170 del Laudo, resolvió la cuestión sobre la asignación exclusiva a FTE de la titularidad de la clientela captada de conformidad con el AMC.

Esta cuestión viene directamente referida a la interpretación del AMC y se había ya suscitado reiteradamente en el año 2006 como una discrepancia entre las partes en los conflictos reseñados en el apartado 2.3.2 de este Fundamento de Derecho.

La propia existencia de los señalados conflictos ponen de manifiesto que la determinación de la titularidad y la valoración del activo constituido por la clientela integrante del fondo de comercio generado por el AMC, constituye una cuestión que, al 1 de enero de 2007, era susceptible de convertirse en el objeto de un procedimiento de arbitraje autónomo comprometido en el propio AMC.

2.5.1. Se sigue de lo anterior que en el apartado VII.3.(i) el Laudo decide sobre un doble objeto. Así, decide sobre la cuestión relativa a la indemnización por lucro cesante consecuente a la violación por EUS de las Estipulaciones de LCTS. Y resuelve, así mismo, sobre la cuestión previa referida a la determinación de la titularidad y la valoración del activo constituido por la clientela generada en cumplimiento del AMC.

Este segundo objeto del pronunciamiento, como ya se ha razonado, guarda un vínculo lógico y jurídico con el pronunciamiento indemnizatorio 3.(i) al ofrecerse como un antecedente necesario e indispensable para la decisión encomendada sobre el fondo del procedimiento de arbitraje. Sin embargo, la potencial autonomía de la cuestión controvertida sobre la titularidad de la clientela captada en aplicación del AMC es la que define y delimita el alcance de la competencia del Tribunal Arbitral en los términos propios de una cuestión prejudicial no devolutiva cuya decisión solo podría producir efectos circunscritos al propio procedimiento arbitral en el que se ha suscitado, sin que puedan vincular con el efecto de cosa juzgada material a un eventual procedimiento arbitral dimanante del AMC.

2.5.2. El alcance de los efectos del pronunciamiento VII.3.(i) fue objeto de la pretensión de anulación del Laudo ejercitada por EUS ante el Tribunal Federal Suizo.

La sentencia dictada con fecha de 7 de febrero de 2011 por la 1ª Corte de Derecho Civil del Tribunal Federal inadmitió el recurso interpuesto por EUS fundado en el motivo único referido a la falta de competencia (*extra potestatem*) del Tribunal Arbitral para resolver sobre las pretensiones deducidas por las Demandantes.

En el apartado 4.3 de los Fundamentos de derecho de la sentencia se consigna la razón de decidir del tribunal federal:

“Es evidente que el Tribunal arbitral no era competente para resolver, por laudo revestido de efectos de cosa juzgada, sobre las pretensiones que las partes del AMC habrían podido hacer valer ante dicho tribunal debido a la resolución del mencionado

acuerdo. Éste último contenía en efecto una cláusula arbitral aplicable a la regulación de litigios posteriores a la resolución del AMC, y de hecho, esta es la razón por la cual las partes fueron reenviadas a la vía arbitral cuando sometieron el mencionado litigio ante la CMT y ante el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao. Así bien, el mismo Tribunal arbitral declinó su competencia material relativa a la resolución del AMC (laudo arbitral, n. 99, 165 Y 166).

“Por el contrario, el Tribunal arbitral se juzgó competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales de las que dependía el resultado del litigio que le había sido sometido (laudo arbitral, n. 100). El Tribunal consideró que debía tener en cuenta la situación de la clientela existente en el momento en el que el AMC había finalizado, interpretando según este acuerdo, para decir si la apelante se había apropiado de una parte de la clientela de FTE durante el periodo de no competencia estipulado en los acuerdos de venta y, en caso afirmativo, poder enumerar los clientes transferidos de una a la otra. Obrando así, no se ha excedido en sus facultades. Viene al caso, recordar que un tribunal arbitral está habilitado para resolver sobre cuestiones prejudiciales que no entran dentro del ámbito de la

cláusula compromisoria (sentencia 4A_428/2010 de 9 de noviembre 2010 consid. 2; WENGER/SCHOTT, in Commentaire balóis, Internationales Privatrecht, 28 ed. 2007, nº 22 ad art. 186 LDIP Y los autores citados) y puede dilucidar, asimismo, a título prejudicial las cuestiones que no sean como tales susceptibles de arbitraje (ATF 133111139 consid. 5 p. 142 Y referencias). En el mismo orden de cosas y en lo que concierne la compensación, la tendencia a la generalización del principio, dado por el adagio " el juez de la acción es el juez de la excepción", según el cual, para retomar la redacción del artículo 21 a. 5 del Reglamento suizo de arbitraje internacional. el Tribunal arbitral es competente para conocer sobre la excepción de compensación aunque la relación que funda el crédito invocado para la compensación no esté dentro del ámbito de la cláusula compromisoria o sea objeto

de otra convención de arbitraje o de otra cláusula de elección de fuero. (cfr., entre otros, BERGER/KELLERHALS. International and Domestic Arbitration in Switzerland. 2ª ed. 2010. n. 483 y 484, así como los autores citados en la nota a pie de página 316 p. 135). En Suiza, el mencionado principio ha sido en lo restante consagrado por la ley, tratándose de arbitraje interno (art. 377.1 CPC; RS 272).”

2.5.3. El magistrado suscribiente comparte las premisas de la razón de decidir denotadas en la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Federal Suizo: el Tribunal Arbitral gozaba de jurisdicción y de habilitación competencial para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial referida a la situación de la clientela existente a la fecha en que surtió efectos la cláusula de prohibición temporal de competencia, una vez resuelto el AMC ; y, a su vez, el Tribunal Arbitral no era competente para resolver, por laudo revestido de efectos de cosa juzgada, sobre las pretensiones que las partes del AMC, con ocasión de su resolución, habrían podido hacer valer, de forma autónoma, ante el órgano arbitral comprometido en el mencionado acuerdo.

Sin embargo, para la aplicación de las señaladas premisas en la función de control conferida al órgano judicial de quien se interesa el exequátur no resulta jurídicamente hábil el parámetro que se emplea en la sentencia dictada por el Tribunal Federal Suizo. Toda vez que el Tribunal Federal sustenta la decisión de inadmisión sobre una cuestión

estrictamente fáctica referida a la falta de acreditación por la parte apelante de la “intención” del Tribunal Arbitral de “resolver de forma definitiva, en la misma ocasión, la cuestión de las consecuencias de la resolución del AMC emitiendo una decisión vinculante sobre este punto” (FJ 4.3.2). Siendo así que este extremo fáctico resulta irrelevante para alcanzar el cometido de homologación jurídica encomendado al órgano judicial del exequátur.

2.5.6. De manera distinta, la decisión sobre la homologación del Laudo en este extremo requería de una denotación jurídica dirigida a establecer si en el propio pronunciamiento de la decisión arbitral o en los fundamentos expresivos de la razón de decidir del órgano arbitral se consigna o no que la cuestión sobre la determinación de la titularidad y la valoración del activo constituido por la clientela captada en cumplimiento del AMC, se dilucidaba con carácter prejudicial, quedando restringidos los efectos jurídicos de la decisión al ámbito del procedimiento arbitral CCI nº 15653/JRF.

Toda vez que, al no ser posible efectuar dicha denotación en el Laudo dictado por el Tribunal Arbitral, el reconocimiento de la autoridad del Laudo y la concesión de su ejecución de conformidad con las normas procesales del ordenamiento jurídico español estarían otorgando indiscriminadamente el efecto de la cosa juzgada material al doble objeto, prejudicial y principal, del pronunciamiento VII.3(i).

2.6. Se estima la causa de oposición deducida al amparo del artículo V.1.c), “infine”, del CNY respecto del pronunciamiento VII. 3, (i), por el que se ordena a Euskaltel el pago a las demandantes de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de “lucro cesante Tipo I”.

3, 4 y 5. Se aceptan en su integridad, por remisión, los razonamientos jurídicos recogidos en el Auto bajo los mismos numerales.

6. COSTAS

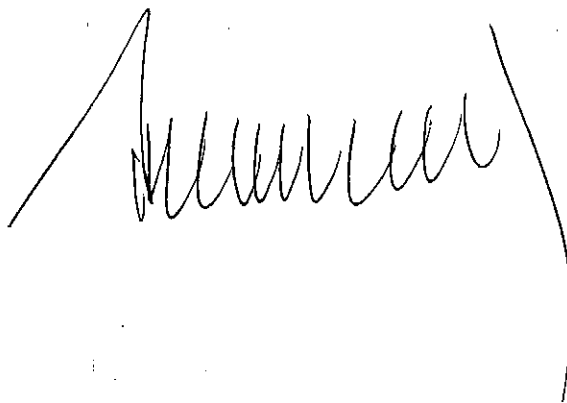
En aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede efectuar imposición a ninguna de las partes de las costas de este procedimiento, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

PARTE DISPOSITIVA

Primero: Denegamos exequátur al laudo dictado en el Arbitraje CCI Nº 15653/JRF, el 6 de julio de 2010, por el Tribunal Arbitral integrado por D. Horacio A. Grigera Naón, D. José Pedro Pérez Llorca Rodrigo y D. Yves Derains, en cuanto al pronunciamiento VII.3(i), por el que el Tribunal Arbitral ordena a “Euskaltel, S.A.” el pago a las Demandantes, en razón de la violación de las Estipulaciones en los Contratos, de la suma de 178.471.806 euros por el concepto de “lucro cesante Tipo I”.

Segundo: Otorgamos exequátur al laudo dictado en el Arbitraje CCI N° 15653/JRF, el 6 de julio de 2010, en cuanto a los demás pronunciamientos contenidos en los apartados VII. 3 (ii), VII. 3(iii) y VII. 6 de la Decisión.

Tercero: Cada parte deberá abonar las costas causadas en este procedimiento a su instancia y las comunes, por mitad.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke, positioned in the center of the page.