Roj: AAP BI 1494/2011 - **ECLI:**ES:APBI:2011:1494A
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 4
Nº de Recurso: 256/2011
Nº de Resolución: 527/2011
Fecha de Resolución: 20/07/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA LOURDES ARRANZ FREIJO
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ªplanta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-09/030051

R.apela.merca.L2 256/11

O.Judicial Origen: Jdo. de lo Mercantil nº 2 (Bilbao)

Autos de P.oposi.ejecu.L2 2/10

|

|

|

|

Recurrente: TRAIMER BILBAO S.A.

Procurador/a: ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS

Recurrido: ASIAN INTERNATIONAL LTD

Procurador/a: Mª JESUS ARTEAGA GONZALEZ

A U T O Nº 5 2 7 / 1 1

Iltmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE D.ª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

MAGISTRADO D. IGNACIO OLASO AZPIROZ

MAGISTRADO D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

En BILBAO (BIZKAIA), a 20 de julio de 2011

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, el procedimiento **P.OPOSI.EJECUC. 2/10** procedente del **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BILBAO** , y seguido entre partes: como apelante **TRAIMER BILBAO, S.A.** , representada por el Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigida por el Letrado Sr. Pérez Tolosa. Como apelada que se opone al recurso **ASIAN INTERNATIONAL LTD** , representada por la Procuradora Sra. Arteaga González y dirigida por el Letrado Sr. Roca López.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto apelado en cuanto se relacionan con el mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que elAuto de instancia de fecha 6 de julio de 2010es de tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA: **1.- Que desestimando totalmente la oposición planteada por la entidad TRAIMER BILBAO SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Alfonso José Bartau Rojas, a la ejecución instada por la entidad ASIAN INTERNATIONAL LTD, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Maria Jesús Arteaga González; debo declarar y declaro procedente que la ejecución siga adelante.**

2.- Se condena a la parte ejecutada al pago de las costas de la oposición a la ejecución. ."

SEGUNDO.- Notificada dicha Resolución a las partes, por la representación de la **demandada** se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el **nº 256/11 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la mesa del tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO** .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El auto de instancia desestima la oposición articulada frente al despacho de la ejecución, oposición fundada en que el laudo arbitral cuya ejecución se pretendía, era contrario al orden público, al existir un pronunciamiento judicial previo sobre el mismo objeto.

Razona el Juzgador de la instancia, que tal pronunciamiento judicial previo, dictado en sede de medidas cautelares previas, carecía de efectos de cosa juzgada material, y por tanto no excluía un proceso posterior sobre el mismo objeto.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se alza la parte ejcutada y en su primer motivo de recurso denuncia la infracción delart. 222 de la LEC, reiterando la alegación de que al Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 en el procediemiento de medidas cautelares 263/08, produce efectos de cosa juzgada material.

El motivo no se acoge.

No pueden predicarse los efectos de la cosa juzgada material, únicos que impedirían la iniciación de un nuevo proceso, a una resolución de medidas cuatelares que por definición no examina el fondo del asunto que con posterioridad pueda ser objeto de litigio, medidas cautelares que tiene un carácter: a) instrumental, preordenado a que se dicte una resolución definitiva; b) provisional, pues sólo se mantendrán en tanto en cuanto cumplan con su función de aseguramiento; c) temporal, pues su duración está supeditada, a la pendencia del proceso principal y d) variable, pues puden modificarse si varían los presupuestos que dieron lugar a su modificación o adopción.

En este sentido laSt. de la A.P.de Mdrid de 3 de noviembre de 2006, razona al efecto:

"..... el auto de 20-09-2004, que recae en medidas cautelares, cuyas resoluciones no producen, en modo alguno, cosa juzgada material que pueda tener incidencia en el procedimiento principal, pues el procedimiento cautelar tiene el carácter de instrumental y está al servicio de los autos principales, y en definitiva en la misión de garantizar el cumplimiento de la sentencia que en su día recaiga cuando se den los requisitos propios de las medidas cuatelares, que no son otros que la apariencia de buen derecho, y el peligro de mora procesal, como recoge el art. 728 LEC , a lo que ha de sumarse la prestación de la caución legalmente prevista, de aquí que sea necesario en sede de medidas cautelares dejar constancia de que los pronunciamientos que se hagan tienen el carácter de instrumentales, al servicio del procedimiento principal, y que en ningún caso producirán (esto parece obvio) los efectos de la cosa juzgada material."

TERCERO.- En el segundo motivo de recurso se denuncia la infracción delart. 736.2 de la LEC, alegando que se mantienen las circunstancias que motivaron el rechazo de la medida cautelar.

Resulta evidente que el motivo de recurso así enunciado debe rechazarse, pues una cuestión atinente al fondo de la resolución que se pretende ejecutar, no puede ser hecha valer como motivo de oposición, frente a la ejecución despachada, además de que el título cuya ejecución se ha despachado no es una resolución posterior de medidas cautelares, sino un laudo parcial sobre el fondo del asunto.

CUARTO.- En el último motivo de recurso se denuncia la infracción delart. V.2 del Convenio de Nueva York de 10 de Junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de

sentencias arbitrales extranjeras y delart. 559 de la LEC, pues la resolución que se pretende ejecutar es contraria al orden público español al ser contraria a una resolución judicial firme dictada por un Tribunal español.

El motivo no se acoge, por dos razones: la primera, porque es un motivo nuevo no alegado en la instancia, y la segunda, porque en cualquier caso, y remitiéndonos a lo ya dicho al examinar el primer motivo de recurso, un auto de medidas cautelares, en ningún caso puede excluir un proceso posterior en cuanto al fondo del litigio.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas de la apelación (arts. 394y398 de la LEC).

Respecto al depósito constituido por el recurrente, debe procederse conforme a lo dispuesto en elapartado 9 de la DA 15ª de la LOPJy, por tanto, ha de ser transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **TRAIMER BILBAO, S.A. contra el Auto de fecha 6 de julio de 2010, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao , en el procedimiento P.OPOSI.EJECUC. 2/10** , de que el presente rollo dimana; confirmando íntegramente dicha resolución, condenando al apelante al pago de las costas del recurso.

La confirmación de la resolución recurrida conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, que será transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan. Doy fe.