Id. Cendoj: 11012370072002200086
ECLI: ES:APCA:2002:482A
ROJ: AAP CA 482/2002
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cádiz
Sección: 7
Nº de Resolución: 234/2002
Fecha de Resolución: 22/05/2002
Nº de Recurso: 181/2002
Jurisdicción: Civil
Ponente:
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

Sección Séptima

Algeciras.

Actuaciones:

Rollo de apelación civil núm. 181/02

Medidas Cautelares articulo 721 y siguientes de la LEC

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Algeciras

Ilmos. Sres. Magistrados

Presidente:

Don Manuel Gutiérrez Luna

Don Juan Ignacio Pérez de Vargas Gil

Don Juan Javier Pérez Pérez

A U T O 234/02

En la ciudad de Algeciras a veintidós del mes de mayo del año de dos mil dos.

Vistos por esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Cádiz en Algeciras, el rollo de apelación civil del margen promovidos en su día por las mercantiles SCANDLINES

DANMARCK A/S Y SCANDLINES AB, representadas por el procurador DON MANUEL MARIA MENDEZ PEREA, con asistencia de letrado, contra la también compañía naviera FERRYS DEL MEDITERRANEO S.A, representada por el procurador DON IGNACIO MOLINA GARCIA, bajo la dirección jurídica de letrado los que penden ante esta SUPERIORIDAD en méritos del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la resolución dictada con fecha cinco del mes de octubre pasado sobre petición de medida cautelar dictada por Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm seis de los de esta ciudad y,

I. ANTECEDENTES PROCESALES

Primero Que en la fecha mas arriba indicada por el Juzgado de Primera instancia núm. 6 de los de esta ciudad, se dictó auto de adopción de medida cautelar, en cuya parte dispositiva o Fallo literalmente se decía lo que sigue

" ACUERDO La entrega del buque HSC FELIX a la entidad SCANDLINES DANMARK S/S y SCANDLINES AB quedando en la plena posesión del mismo en calidad de depositario, medida que se llevará a efecto tan pronto el solicitante preste caución, en cualquier forma que permita la inmediata disponibilidad de la misma, por importe de 15.000.000 pesetas. No e ha especial pronunciamiento sobre las costas. "

Segundo Que por la representación de FERRYS DEL MEDITERRANEO S.A se presentó primero escrito de preparación de recurso de apelación contra el mencionado auto y formalizado este posteriormente, se dio traslado del mismo ala contraria quien a su vez formuló no solo escrito de oposición al mismo sino que a su vez impugnaba la sentencia solo por la ausencia de la condena en costas a la contraria.

Segundo Que remitidas por el Juzgado y recibidas las actuaciones en esta Sección Séptima de Algeciras, se procedió a formar el pertinente rollo de apelación; registrándose con el ordinal que consta y, habiéndose solicitado el recibimiento a prueba y vista, fue admitida aquella y celebrada la vista con el resultado que consta en el acta a tal efecto levantada quedando los autos sobre la mesa de la ponencia para redactar proyecto de resolución para su posterior deliberación y fallo.

Tercero Que en este procedimiento han sido observadas las prescripciones legales de orden formal establecidas en la L.E.C. para la tramitación de estas apelaciones.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero La Operadora Judicial a quo analizaba en el fundamento jurídico primero del auto la procedencia de la petición de la medida cautelar de autos como presentada en un procedimiento arbitral o litigio extranjero y, a la luz de lo dispuesto en los artículos 722, párrafo 20 , 724 , 727.30 y 11ª 728 todos de la LEC , según los que podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje ; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles siendo competente en el caso de arbitraje el Juzgado del lugar donde las medidas deban producir eficacia, concretando la medida pedida a la prevista en el núm 11ª del art. 727 - la del 3º no es de aplicación - y justificaba según dispone el art. 728 tanto el peligro en la demora como la

apariencia de buen derecho que desarrollaba mas concretamente en los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto los argumentos y pruebas sobre estos presupuestos.

Por la apelante principal - la demandada - se somete al debate y estudio de esta Sala, varios motivos de impugnación que desarrolla de forma entremezclada y que dicen relación en primer lugar a una serie de peticiones de nulidad de actuaciones por infracciones procesales - algunas - cometidas en el proceso y otras, en verdad, referidas al fondo y ya, en cuanto al fondo del asunto, ataca la admisión de la medida cautelar por la Juez a quo con base en los argumentos y razones que desarrolla que, a su juicio, no se adaptan a los requisitos esenciales exigidos para ello del peligro por la demora y la apariencia de buen derecho y en definitiva en la suplica del escrito de formalización se pedía que se alzara y revocara la medida cautelar acordada mediante el auto de 5 de octubre de 2001, por no concurrir el requisito del peligro en la mora en el momento de la solicitud y se alzara y revocara la medida cautelar acordada, vista la inexistencia de fumus bonus iuris habiéndose fugado el buque "FÉLIX E" del puerto de Algeciras y subsidiaria mente que se declarara la nulidad de actuaciones de todo la actuado al amparo del artículo 238.1 vista la falta de competencia objetiva y funcional del Juzgado de Primera instancia núm. 6 de Algeciras, y se declare la nulidad de actuaciones de todo lo actuado al amparo del art. 238.3 de la LOPJ por prescindirse por el Juzgado de todas las normas del procedimiento.

La actora - ahora también apelante - se oponía primero a la apelación con los argumentos ya repetidos anteriormente y ataca la sentencia solo por la ausencia de pronunciamiento de esta o la falta de la expresa condena en costas ala demandada vencida con vulneración del principio del vencimiento objetivo contenido en el artículo 394 de la LEC .

Segundo: En cuanto ala Ley Procesal aplicable al caso es de tener en cuenta que La Disposición Transitoria 7ª de la nueva LEC acerca de las medidas cautelares establece que las que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y ya adoptadas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por las disposiciones de la legislación anterior, pero se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la presente Ley y; por tanto, la medida cautelar de autos viene regida por la nueva LEC. además de que también son de aplicación el artículo 22.5 y 9 de la LOPJ y el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1.968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones de derecho civil y mercantil, así como el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1.958 y el que desarrolla este en cuanto ala Comunidad Europea de Ginebra de fecha 21 de abril de 1.961.

Tercero Como la parte demandada apelante divide su escrito de formalización del recurso, tanto en el cuerpo del escrito como en la suplica del mismo, en dos grandes bloques, referido el primero - alegaciones segunda a) b) c) d) y tercera - ala nulidad de actuaciones por defectos de orden procesal cometidos en la tramitación del proceso y el segundo - alegación primera y cuarta - dedicadas alas de fondo (peligro en la demora y apariencia de buen derecho) es necesario analizarlas de forma sistemática y para ello se estudiarán primero las de orden formal, que dicen relación a la falta de emplazamiento; inaplicabilidad del Convenio de Ginebra de 1.961 a los efectos de la aplicación de lo normado en el ad. 722 de la LEC la no apreciación de la litispendencia y por ultimo ala imposibilidad de la modificación de las resoluciones judiciales para examinar después las relativas al fondo.

Expuesta la legislación aplicable, se examinara en primer lugar el tema relativo a la nulidad de actuaciones pedida por la recurrente con referencia a ciertas infracciones de orden procesal, que por cierto mezcla con otras que pertenecen en verdad al fondo del asunto, para después ya entrar en el verdadero fondo de tema sometido al debate en esta alzada que se refiere a la procedencia de la medida cautelar adoptada a la luz de la efectiva tutela

judicial en atención a la sentencia o laudo o de su ejecución por el consiguiente peligro en la demora y al examen del titulo presentado para justificarla.

Pues bien, en cuanto ala pretendida nulidad de actuaciones es de recordar que el TC y asimismo el TS vienen enseñando que el cause procesal adecuado para pedir la nulidad de alguna actuación procesal es la de los recursos y, considerando que si bien es cierto que, tal como lo hace la recurrente, puede alegar los quebrantamientos a su juicio producidos de forma o contravenciones de las normas rectoras del procedimiento y así la revocación de las resoluciones que hayan puesto fin al procedimiento por ausencia de presupuestos procesales que el apelante estime concurrentes, o por no haberse corregido faltas susceptibles de subsanación; y, la declaración de nulidad de alguna resolución interlocutoria o del pronunciamiento definitivo, con retroacción de lo actuado al momento en que se cometió la falta; sin embargo es necesario advertir que no se trata, como regla, de postular por primera vez ante en órgano " ad quem" la subsanación de las faltas que se hubieren cometido en la primera instancia, sino de reproducir en la segunda las reclamaciones efectuadas en aquélla y que fueron desestimadas. La falta de reclamación expresa e inmediata, de ordinario mediante recurso de reposición, o, en relación condeterminadas actuaciones orales, la protesta o reserva, impide que prospere la queja efectuada en la segunda. A su vez, la omisión de esta denuncia o de la petición de subsanación en la segunda instancia apareja la imposibilidad de interponer posteriormente el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469, apdo. 2) y en este caso de autos, presentada la demanda en petición de la medida cautelar - como complementaria de otra anterior - y examinada y aceptada por el Juzgado su propia competencia objetiva y territorial de oficio y examinada la sumisión al arbitraje de Londres, emplazada legalmente la recurrente en el domicilio legal - Registro Mercantil - si es que esta no se mostraba conforme con lo actuado, el momento adecuado para hacer constar su petición de nulidad era en el acto de la vista para la audiencia de las partes prevista en el artículo 734 de la LEC que en su apartado 3º establece que " contra las resoluciones del Tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieren producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares "

No consta que la recurrente en el acto de la vista - folio 340 al 350 - hiciese constar su protesta previa al posterior recurso y por tanto deben denegarse de plano estas pretendidas nulidades por defectos formales y otras relativas ala competencia del Juzgado para conocer del asunto y sobre una posible excepción de litispendencia.

A mayor abundamiento, en relación con esta cuestión, a pesar de que, de acuerdo con la doctrina y el ordenamiento jurídico - art. 22.5° de la LOPJ - y enseñanzas del TJCE, cabe la adopción de la medida en procedimiento arbitral y en ausencia de Convenio - ahora también por la LEC -; la pretendida indebida aplicación del CONVENIO DE GINEBRA sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de abril de 1.961, alegada por la demandada, carece de sentido porque, amen de que este Convenio, según se preámbulo, es desarrollo para la C.E. del de Nueva York de fecha 10 de junio de 1958, se encuentra ratificado expresamente por Dinamarca - firma 21-4- 61 y ratificación 22-12-72 - y parece que por Suecia pues no se explica entonces como a los efectos de establecer la AUTORIDAD COMPETENTE A LOS EFECTOS DEL CONVENIO figura en el anexo la Cámara de Comercio de Estocolmo V. Tradgardsgatan 9 de dicha ciudad.

El artículo 721 dispone que bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del Tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela

judicial que pudiera otorgarse en la sentencia (o laudo como novedad de la nueva Ley) estimatoria que se dictare y que las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales y en relación con este precepto el siguiente - art. 722 -, en relación las medidas cautelares a adoptar en procedimiento arbitral y litigios extranjeros dispone que, podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje ; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo ala institución correspondiente según su Reglamento y que con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles

En este punto y en contestación a la cuestión planteada por la recurrente sobre la materia, es necesario recordar que, en materia de jurisdicción internacional sobre medidas cautelares, no cualquier " situación privada internacional" o " situación de tráfico jurídico externo" provoca una cuestión de competencia judicial internacional las hipótesis de cuestiones de competencia judicial internacional en esta materia sólo se plantearán en los casos en que las medidas cautelares deban ejecutarse en territorio de un Estado distinto del órgano que conoce del proceso principal, produciéndose así, gráficamente, una disociación geográfica de alcance transnacional, entre la fase declarativa de la cautela y la ejecución de ésta.

En estos casos, la solución tradicional, consistente en atribuir extensivamente competencia judicial internacional para la adopción de medidas cautelares al órgano que conoce - o va conocer - del proceso principal; para acudir posteriormente al expediente de reconocimiento de la resolución cautelar ante los órganos extranjeros del Estado en que debe ejecutarse la misma, plantea serios problemas que pueden llegar a frustrar el éxito de la medida adoptada.

Justamente para salvar estos problemas derivados de la desconexión geográfica entre la fase cognoscitiva de la cautela y la fase ejecutiva de ésta, han surgido normas ad hoc basadas en un criterio de efectividad, que atribuyen competencia judicial internacional para la adopción de la cautela a los órganos del Estado en cuyo territorio deba ejecutarse la misma de tal forma que se evita una escisión traumática entre la fase declarativa de la cautela y la fase de ejecución de esta, que no siempre son separables.

En principio, nada obsta para que tales normas especificas sobre medidas cautelares atribuyan competencia internacional a los órganos de un Estado a los que también pueda corresponder el conocimiento del asunto a título principal, de tal forma que coincidan unos y otros fueros, sin embargo, la verdadera utilidad del fuero especifico se revela en los casos en que no existe tal coincidencia; en estas situaciones es conveniente, pues, la existencia de norma especifica cuyo supuesto de hecho se circunscriba a los casos en que los órganos del Estado ejecutante de las cautelas no pueden conocer de la adopción de las mismas bien por ser completamente incompetentes para el conocimiento del proceso principal - por la ausencia de fuero que lo atribuya - bien porque, siéndolos en abstracto, el planteamiento contencioso del asunto haya tenido lugar ante los órganos de otro Estado igualmente competente.

Este es precisamente el caso en el régimen convencional europeo del art. 27 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1.968 sobre Competencia judicial Internacional y

Reconocimiento y Ejecución de Decisiones de Derecho Civil y Mercantil, aplicable en España desde el día 1.° de febrero de 1991, (también LUGANO), con arreglo al cual " podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la Ley de un Estado contratante alas autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo De la norma transcrita baste señalar que, en opinión de autorizada doctrina únicamente atribuye competencia internacional para la adopción de medidas cautelares a los órganos en cuyo Estado debe precederse a su ejecución precisamente en los casos en que éstos - sensu contrario - son totalmente incompetentes para el conocimiento del proceso principal.

Pues bien, descendiendo ya a las novedades de la nueva L.E.C. en esta materia, deben señalarse dos preceptos de interés, cuales son el párrafo 2.° del artículo 724 y el párrafo segundo del artículo 61.

El primero de los preceptos citados, inserto en el capítulo relativo a las disposiciones generales de las medidas cautelares, contiene una norma atributiva de jurisdicción a los órganos españoles que se refiere expresamente al régimen convencional internacional, que es, como sabemos, PREVALENTE al régimen interno; dispone el párrafo segundo del artículo 721 que "con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares, quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del fondo del asunto no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles".

Por tanto, la previsión del párrafo 2.° del ya citado artículo 724 inserto en el régimen convencional, opta por la misma fórmula que ya aceptaba el Convenio de Bruselas , pero establece ya un vínculo entre proceso principal y medidas cautelares, formulado en sentido negativo Que el proceso principal extranjero no verse sobre materias de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales españoles.

Ahora bien, de cuáles sean estas materias dependerá la licitud de la restricción de la norma, pues existe solo un caso en que la reserva exclusiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 22.5 y 9.2) y la del citado Convenio de Bruselas no es coincidente se trata de los arrendamientos de inmuebles por temporada inferior a seis meses.

Así, si la información sobre tales " materias de competencia exclusiva» viene suministrada por la Ley Orgánica del Poder judicial, el proceso principal que se siga en el extranjero tendría que haberse planteado en España, a pesar de que el Convenio de Bruselas autoriza lo contrario, y el juez español debería rechazar la petición de cautelas al amparo de la norma del artículo 724.2 la LEC , también en contra de lo prevenido ad hoc por el artículo 24 del citado Convenio. En definitiva, la norma interna deviene ilícita por contravenir el régimen prevalente representado por el citado convenio, al que se está dando unilateralmente un sentido restrictivo del que carece.

Por el contrario, si la referencia a "las materias exclusivas» se entiende efectuada, por remisión, a los propios "Tratados y Convenios» internacionales de que habla el precepto, el inciso último del precepto carece de sentido y resulta perturbador, por cuanto para regular la jurisdicción internacional sobre medidas cautelares bastan los citados instrumentos convencionales.

Procede resaltar en este punto del debate que incluso en los casos en que no resulte aplicable ningún Convenio internacional (en especial, ni el de Bruselas ni el de Lugano), según la doctrina cabe plantearse si es o no posible que nuestros Tribunales acuerden

directamente medidas en apoyo de un proceso que se esté sustanciando ya o esté por sustanciarse en un Estado extranjero - es decir, sin que su actuación sea ejecución de lo acordado por el Juez extranjero -. La respuesta - dice la doctrina - no resulta sencilla, pues se da cierta contradicción entre el tenor literal del art. 722 II LEC/2000 y lo que se puede desprender del art. 22.5° LOPJ .

Así, en línea de principio, esta posibilidad parece encontrar apoyo normativo en el art. 22.5.° de la LOPJ " En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes 5.° Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. " En definitiva, si la norma quiere la consonancia del derecho español interno con los tratados y convenios internacionales, lo prudente seria dejar a éstos que se encarguen de regular la competencia internacional.

Sin embargo, la misma doctrina entiende posible una interpretación diferente que permite conciliar sin mayores problemas ambos preceptos en efecto, cuando el art. 722 II emplea la expresión " con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación", lo que hace es exigir, simple y llanamente, que, en caso de que tales normas existan, la actividad de los órganos jurisdiccionales se ajuste a lo previsto en ellas; pero no está exigiendo, a que la disociación sea admisible, que la prevea un Tratado, en tal caso sería una norma absolutamente superflua: aun sí nada dijera la LEC - o incluso aunque dijera lo contrario -, la supremacía del derecho convencional sobre el interno obligaría a entender posible la adopción de medidas cautelares en tales casos. De este modo cobra sentido la formulación de los dos requisitos que se establecen en el art. 722 II LEC/2000 :

1.° Que el proceso en el extranjero ya esté pendiente.

2.° Que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

Cuarto El artículo 723 relativo ala competencia dice que será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia y el artículo 724 acerca de las competencia en casos especiales, norma que cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados; y el artículo 725 relativo al examen de oficio de la competencia regula cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declínatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Lo mismo se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal. Se entiende que si la demandada no esta de acuerdo en la asunción de la competencia de todo orden por parte del tribunal podrá, en el momento procesal oportuno, acto de la vista de la audiencia, formular su queja y protesta a los efectos de la apelación.

Quinto El artículo 726 referido a las características de las medidas cautelares dispone que el tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características la 1ª de ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente (peligro en la demora) 2ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado y que con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte; el artículo 730 establece que las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal y que podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas y, 4º que con posterioridad ala presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos; estamos ante la denominada modificación de la medida.

Norma la LEC que la modificación de una medida cautelar acordada podrá ser solicitada en cualquier momento, mediante la aportación de una variación de la realidad fáctica, lo que permitirá que el Tribunal se replantee su procedencia o no en los términos en los que fueron adoptada Así lo prevén los arts. 743 y 736.2 LEC . Pero aun en el supuesto que la Ley nada hubiera previsto, cabría la revisión de las medidas cautelares con base en su carácter instrumental y accesorio y la naturaleza fáctica de sus presupuestos. Téngase presente que en el procedimiento de adopción de las cautelas no se examina el derecho litigioso sino, precisamente el peligro que comporta la sustanciación de un litigio sobre el referido derecho. Consecuentemente, si por hechos o circunstancias que no hubieran podido tenerse en cuenta se produce una alteración que incide sobre el peligro examinado, no cabe duda que procederá su revisión.

En íntima relación con la modificación, en este punto del debate, puede analizarse si el auto resolutorio sobre medidas cautelares produce o no cosa juzgada, o si bien ésta nace con una vocación temporal - límite temporal de la cosa juzgada -. La doctrina procesal ha debatido ya en profundidad esta cuestión. La conclusión a la que, en general, ha llegado es que no cabe hablar de una eficacia temporal de la cosa juzgada, sino que una situación que había ya sido juzgada, ha variado por lo que ha devenido diferente de la que había adquirido firmeza. Así pues, el factor tiempo, exclusivamente, no es determinante para que pueda solicitarse la modificación de una medida cautelar adoptada. Serán las modificaciones acaecidas en la primitiva situación juzgada, las que permitirán solicitar una revisión del auto resolutorio de una medida cautelar. Sólo la alegación de hechos nuevos o posteriores al momento de la concesión o ala finalización del plazo para oponerse ala medida cautelar permitirá la modificación de aquélla. En definitiva, se trata de una resolución constituida por medidas cuya subsistencia procede revisar por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus .

Sexto El artículo 728 se refiere a los requisitos necesarios para poder adoptar estas cautelas y dice relación de una parte al peligro por la demora procesal y ala apariencia de buen derecho, como juicio sumarísimo de verosimilitud sobre el derecho que afirma en el proceso principal por el actor, excluyente de la certeza propia de la sentencia, por ser incompatible con la rapidez que se exige en estas decisiones sobre instrumentos cautelares la necesidad de prestar caución o fianza y, por ultimo, la dependencia o subordinación a un proceso principal y en consecuencia y como derivación se establece que sólo podrán acordarse medidas cautelares si, quien las solicita, justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios. (Se refiere al juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de su pretensión siempre que no prejuzgue el asunto de fondo.)

El Tribunal Constitucional se ha definido en varias ocasiones sobre las medidas cautelares del proceso civil y parece inclinarse sobre la finalidad de o función de la efectividad de la sentencia estimatoria frente dentro de la tutela judicial efectiva, a la mas restringida que las entiende como aseguramiento de las ejecución de aquella. (STC núm 148 de 1993).En todo caso, aun habiendo declarado la efectividad de la tutela judicial, como la finalidad última de las cautelas, es de señalar que el Tribunal Constitucional, cuya postura ha debido influir, sin duda, en la configuración definitiva de las medidas cautelares en la nueva LEC, no ha marginado la valiosa doctrina elaborada por la escuela clásica, sino que, por el contrario, ha sabido aunar ambas, extrayendo las bondades de una y otra postura. Así, por ejemplo, en la STC 39 /1995 , en la que se analizan los límites genéricos de las medidas cautelares, el citado Tribunal Constitucional, haciendo suya la extendida terminología tradicional, resolvió que " siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar de forma cautelar medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final".

Por su parte el T.J.C.E en su sentencia de fecha 26 de marzo de 1992 , estableció que son medidas provisionales o cautelares aquellas que " están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita ". De esta sentencia se extraen hasta cuatro elementos caracterizadores que han de concurrir en una medida para ser considerada como " provisional o cautelar " y que son 1º) su aptitud para combatir el denominado " periculum in mora ", en su versión moderna de demora judicial en la prestación de la tutela efectiva de los derechos 2º) su dependencia o subordinación respecto del proceso principal sobre el fondo, lo que determina su interinidad o temporalidad 3º) su provisionalidad en el tiempo que impide o prohibe su perpetuidad como derivación del principio de seguridad jurídica y 4º) la instrumentalidad de su contenido dependiendo de un proceso principal o arbitral como novedad. La Sentencia del mismo Tribunal de 17 de noviembre de 1998 391/95 en el caso Van Uden Maritime BV ya venia manteniendo la posibilidad de medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral.

Conviene recordar que el Convenio de Bruselas de 1968 se declara expresamente inaplicable al arbitraje (art. 1 II d). Esto había llevado durante bastante tiempo a juzgados y a autores a creer que no era posible fundar en su art. 24 la adopción de medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral que se llevara a cabo en otro Estado contratante. Sin embargo, y en una audaz decisión para potenciar la efectividad del arbitraje comercial

internacional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha optado por una interpretación contraria, probablemente más apegada al espíritu que a la letra del tratado. Esto significa que, si finalmente se solicitaran, las medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral extranjero deberían acordarse con arreglo a las reglas anteriores que se acaban de explicar al aludir al art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968 .

Séptimo Ya con referencia al fondo del asunto; del examen de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar del art. 727 de la LEC los que vienen recogidos en el art. 728 de la misma Ley y que dicen relación, de una parte, al peligro por la demora procesal - fundamento y ratio de la medida cautelar, como la necesidad de conjurar los peligros que amenazan los procesos de declaración y de arbitraje y sus respectivas ejecuciones, limitándose no solo a los riesgos de infructuosidad sino también a los de la inefectividad debida al transcurso del tiempo - y de la otra a la apariencia de buen derecho, concebido como juicio sumarísimo de verosimilitud sobre el derecho que afirma en el proceso principal por el actor, excluyente de la certeza propia de la sentencia, por ser incompatible con la rapidez que se exige en estas decisiones sobre instrumentos cautelares y por último, la necesidad de prestar caución o fianza PRESTADA EN ESTE CASO DE AUTOS) y la dependencia o subordinación a un proceso principal (Laudo arbitral) y en consecuencia la necesidad de justificar que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y que el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión esta Sala hace suyos los razonamientos y argumentos de la Operadora Judicial a quo sobre la apariencia de buen derecho - laudo arbitral fallado y pendiente solo de ejecución - y sobre el peligro en la demora a la vista de la prueba aportada y por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto ya citado y, en consecuencia, declarar la vigencia del mismo, ratificando la denegación de la adopción de las medidas cautelares instadas por la apelante.

Octavo La actora apelante impugna la sentencia en base a un solo motivo referido ala no condena en aquella de la demandada al pago de las costas devengadas en el proceso y para ello sustenta su argumento en lo dispuesto en el artículo 736.1 párrafo último de la LEC - que se refiere al auto por el que se denieguen las medidas, no estableciendo nada para el caso de que se admitan - a la vez que en su párrafo último dispone que las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394; según el que " en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones principio objetivo del vencimiento), salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares." Sin embargo en los preceptos dedicados a la oposición a las medidas adoptadas inaudita parte en el artículo 741.2 de la misma Ley se imponen las costas al demandado si las medidas son aceptadas y si alzare las medidas se impondrán al actor. De todo ello puede deducirse que, salvo que ante la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el tribunal mediante razonamiento ad hoc decida otra cosa, se debe aplicar de forma estricta el criterio objetivo del vencimiento. Pero es que, en el supuesto de autos, en verdad se dan, tanto en la primera instancia como en esta alzada, esas serias dudas de hecho y de derecho a la vista de las circunstancias concurrentes de repetición de petición de media cautelar de similar entidad y obscuridad de las propias normas reguladoras, procede respetar la no condena en costas ala demandada en la instancia al igual que como mas adelante se razonará tampoco nos pronunciaremos sobre las de esta alzada.

Noveno A la vista de lo anteriormente razonado y según lo normado en los artículos ya citados de la NLEC en especial del 394 y siguientes de la misma, aplicables a ambas instancias, las costas deben ser impuestas ala parte que hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que ante la realidad de serias dudas de hecho o de derecho, el Tribunal decidiera otra cosa mediante razonamiento ad hoc y en este caso ala vista de la complejidad del asunto y las dudas de hecho y de derecho existentes no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, los invocados por las partes y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala por ante mi el Secretario DIJO:

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación en su día formulado por la representación y asistencia jurídica de la empresa naviera demandada FERRYS DEL MEDITERRANEO S.A. y el, a su vez, el interpuesto por las actoras; contra el auto de fecha cinco de octubre pasado dictado por la Ilustrísima Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm seis de los de esta ciudad DEBEMOS CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la citada resolución sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes con indicación expresa de los requisitos exigidos por el art. 248 de la LOPJ .

Así por esta nuestra sentencia, que en nombre de su S.M. EL REY y en cumplimiento del mandato constitucional la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez ponente, hallándose en audiencia publica, en el día de la fecha que obra en autos.