

Roj: AAP M 1049/2012 - **ECLI:**ES:APM:2012:1049A

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 28

Nº de Recurso: 304/2011

Nº de Resolución: 3/2012

Fecha de Resolución: 13/01/2012

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: ANGEL GALGO PECO

Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

AUTO: 00003/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 304/2011

Materia: Ejecución laudo extranjero

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid.

Autos de origen: 508/2009

Apelante: CEMINTER HISPANIA, S.A.

Procurador/a: Dª Paloma Alonso Muñoz

Letrado/a: Dª Carmen Codes Cid

Apelado: CUSTODIA SHIPPING AS

Procurador/a: D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz

Letrado/a: D. José Muñoz Burguet

AUTO Nº 3/2012

En Madrid, a 13 de enero de 2012.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en

materia mercantil, integrada por los ilustrísimos Señores Magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 304/2011, interpuesto contra el auto de fecha 30 de abril de 2010, dictado en los autos seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid con el número 508/2009.

Las partes apelante y apelada intervienen a través de la representación procesal y con la asistencia letrada de los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de abril de 2010, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó auto cuya parte dispositiva reza: "Debo acordar y acuerdo desestimar la oposición a la ejecución por motivos procesales formulada por CEMINTER HISPANIA, S.A., contra el despacho de ejecución por auto de fecha 25 de febrero de 2010, debiendo continuar por sus trámites la presente ejecución".

SEGUNDO.- CEMINTER HISPANIA, S.A. interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, con oposición de CUSTODIA SHIPPING AS, ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 12 de enero de 2012.

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

Es magistrado ponente D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La adecuada comprensión de las cuestiones que se someten a este Tribunal exige identificar los antecedentes de la resolución impugnada:

1.- Con fecha 3 de noviembre de 2009, CUSTODIA SHIPPING AS (nos referiremos a dicha entidad como "CUSTODIA") presentó solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo dictado en Londres el 26 de agosto de 2009 por el árbitro Mr. Justiniano, por el que se condena a CEMINTER HISPANIA, S.A. (en adelante, "CEMINTER") al pago a dicha entidad de 2.502.263,74 dólares USA, que fue turnada al Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid.

2.- Con fecha 30 de noviembre de 2009, el Juzgado de lo Mercantil dictó auto por el que se admitía a trámite dicha solicitud, ordenando que se le diese el trámite establecido en los artículos 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (en lo sucesivo, "LEC 1881"), se disponía el traslado de la solicitud a CEMINTER y al Ministerio Fiscal por un plazo de nueve días a los efectos oportunos y se acordaba llevar a cabo el emplazamiento de CEMINTER en el domicilio aportado por la parte promotora del expediente.

3.- Obra en autos escrito del Ministerio Fiscal fechado el 28 de diciembre de 2009 informando favorablemente el exequátur.

4.- El 12 de enero de 2010, dos días después de habersele dado traslado de la solicitud de CUSTODIA, CEMINTER presentó escrito interponiendo recurso de reposición contra el auto anteriormente citado, interesando que se le confiriese el plazo de treinta días

para comparecer previsto en el artículo 957 LEC 1881 antes de dársele el traslado por nueve días para efectuar alegaciones establecido en el artículo 956 del mismo cuerpo legal, así como la suspensión del plazo que se le había señalado para efectuar alegaciones en el auto recurrido en tanto se resolviese el recurso. El recurso fue admitido a trámite por providencia de fecha 15 de enero de 2010, dándose traslado a CUSTODIA a efectos de impugnación (lo que esta última entidad verificó por escrito presentado el 28 del mismo mes).

5.- CEMINTER presentó el día 22 de enero de 2010, antes de las 15,00 horas del día siguiente al que vencía el plazo que se le había señalado a tal efecto, escrito efectuando alegaciones en relación con la solicitud de CUSTODIA

6.- Por providencia de 4 de febrero de 2010 se acordó la unión a los autos del escrito de CUSTODIA impugnando el recurso de reposición interpuesto por CEMINTER contra el auto de 30 de noviembre de 2009, añadiendo: "Visto el estado procesal del presente procedimiento y en lo referente al recurso de reposición, carece de interés el mismo dado que ya constan en autos las alegaciones de la parte demandada sobre la solicitud de exequátur".

7.- Contra dicha resolución CEMINTER interpuso, por medio de escrito datado el 18 de febrero de 2010, recurso de reposición, solicitando que se procediese a resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha 30 de noviembre de 2009. Por providencia de fecha 23 del mismo mes dicho recurso fue admitido a trámite, ordenándose el traslado a la parte contraria por plazo de cinco días a fin de que pudiese impugnarlo.

8.- El 25 de febrero de 2010, sin que hubiese vencido el plazo señalado a CUSTODIA ni haber presentado esta escrito de impugnación (según consta en autos, la presentación se produjo el 5 de marzo de 2010), el Juzgado de lo Mercantil dictó auto por el que (1) se despacha ejecución frente a CEMINTER, (2) se acuerda la ejecución de los bienes de esta mercantil por la cantidad de 2.502.263,74 dólares en concepto de principal, más el 30 por 100 en concepto de intereses moratorios y costas de la ejecución, (3) se requiere a CEMINTER para que designe bienes suficientes para cubrir dichos importes, y (4) se desestiman los recursos de reposición interpuestos por CEMINTER contra el auto de 3 de noviembre de 2009 y la ulterior providencia de fecha 4 de febrero de 2010, por su pérdida sobrevenida de objeto. En el auto se hace constar que contra el mismo no cabe recurso, sin perjuicio de que CEMINTER pudiese oponerse a la ejecución despachada dentro de los diez días siguientes a su notificación.

9.- Dentro del plazo de diez días señalado en el anterior auto, CEMINTER presentó escrito formulando oposición por defectos procesales a la ejecución despachada y solicitando la nulidad de actuaciones, que, tras la tramitación oportuna, ha dado lugar al auto de 30 de abril de 2010, contra el que se interpuso el recurso de apelación elevado al conocimiento de esta Sala.

Lo que solicita la parte recurrente es que se declare la nulidad del auto de 30 de noviembre de 2009 (2) y de todo lo actuado con posterioridad, ordenando la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a fin de que se dicte nuevo auto por el que se confiera a esta parte el plazo de treinta días para comparecer y otros nueve días para formular alegaciones en relación con la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo al que ya hicimos referencia y, subsidiariamente, se declare la nulidad de los autos de 25 de febrero (8) y 30 de abril de 2010 (9), ordenándose reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al primero.

SEGUNDO.- Basa la parte recurrente su petición de que el auto de 30 de noviembre

de 2009 sea declarado nulo en que en el mismo se omitió el trámite de emplazamiento previo por plazo de treinta días establecido en el artículo 957 LEC 1881, señalándosele directamente (para comparecer y efectuar alegaciones) el plazo de nueve días previsto en el artículo 956 del mismo cuerpo legal para efectuar alegaciones tras la personación de aquel frente a quien se solicita el reconocimiento del título ejecutivo extranjero. Aduce la apelante que tal omisión entraña una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías procesales que no puede entenderse suplido por el hecho de haber efectivamente comparecido y efectuado alegaciones dentro del plazo señalado en la resolución cuestionada.

La prosperabilidad de un pedimento de esta clase está condicionada a que la infracción procesal producida sea causa de nulidad radical (artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que a su vez presupone que se haya ocasionado indefensión (artículo 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El Tribunal Constitucional ha aquilatado el sentido en que debe ser entendido dicho término, resultando expresiva a estos efectos, entre otras muchas, la sentencia 151/2008 (Pleno), de 17 de noviembre, que se pronuncia (fundamento de derecho 3) en los siguientes términos: "este Tribunal ya desde la STC 48/1984, de 4 de abril, destacó, por un lado, que "la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24" (FJ 1) y, por otro, que "[e]l concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la Constitución permite y obliga a construir, no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión ... La conclusión que hay que sacar de ello es doble: por una parte, que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto -o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento" (FJ 1). Así, en la STC 48/1986, de 23 de abril, se señaló que "una indefensión constitucionalmente relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella" (FJ 1). Este Tribunal sigue reiterando que para que "una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie" (por todas, SSTC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 10, 6130/2002, de 3 de junio, FJ 4)".

En la proyección de la anterior doctrina sobre el caso que nos ocupa, es de observar, en punto a la indefensión producida, que en el escrito de recurso se alude al derecho de la parte a disponer en su totalidad de los plazos establecidos en la Ley. Durante el trámite seguido en la anterior instancia la recurrente argumentó (recurso de reposición (4) interpuesto contra el auto que se tilda de nulo) que se le habían mermado sus derechos de defensa, cifrando tal merma (recurso de reposición (7) interpuesto contra la providencia (6)) en que la omisión del trámite establecido en el artículo 957 LEC 1881 le había impedido recabar los antecedentes precisos y con ello la formulación de argumentos adicionales a los recogidos en el escrito presentado al evacuar el traslado conferido por el Juzgado de lo Mercantil, como consecuencia del acortamiento de plazos en que dicha omisión se tradujo.

Nos encontramos, sin embargo, ante alegatos de corte genérico e inexpresivos por sí solos de la indefensión que se aduce, sin haber podido comprobar si efectivamente se le produjo indefensión a la parte recurrente, sobre quien pesa la carga de su argumentación y justificación. En efecto, aun es hoy la fecha en que ignoramos en qué medida, como

consecuencia de la omisión denunciada, se vio la apelante impedida para formular cuantos alegatos estimase procedentes en su defensa, pues no han quedado siquiera indicados, ni en el recurso ni en los sucesivos escritos alegatorios presentados a lo largo del iter procesal, qué otras cuestiones distintas de las reflejadas en el escrito evacuando el trámite de alegaciones conferido por el Juzgado tuvieron que dejar de formularse por ignoradas o insuficientemente comprobadas al tiempo de vencer el plazo señalado por aquel.

En consecuencia, no poniéndose de manifiesto que la omisión denunciada resultase en indefensión material para la parte denunciante, se está en el caso de rechazar la petición de nulidad de actuaciones en examen.

TERCERO.- Distinta suerte merece la petición de la misma índole que se formula con carácter subsidiario, como a continuación se razonará.

En relación con el auto de 25 de febrero de 2010(8) señala la parte recurrente una batería de deficiencias, apareciendo justificada dicha denuncia, lo mismo que la queja (aunque no en todos los extremos en relación con los cuales se formula) de la afectación por aquellas del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte apelante. En la valoración de tales extremos debemos partir de dos premisas básicas:

(1) En España el exequátur de laudos extranjeros se sustancia a través de mecanismos estrictamente convencionales, señaladamente, el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, complementado por el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, todo ello sin perjuicio del régimen particular que haya podido establecerse en otros convenios de carácter bilateral. Así lo establece el artículo 46.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En el marco del Convenio de Nueva York, que determina el régimen aplicable al caso de autos, el procedimiento de reconocimiento es el previsto en el Estado en el que se pretende que se reconozca fuerza ejecutiva al laudo, en nuestro caso el establecido en los artículos 955 a 958 LEC 1881, centrándose aquel en las condiciones de reconocimiento, que se regulan en el artículo V del Convenio.

(2) El procedimiento de exequátur regulado en la LEC 1881 es un procedimiento de reconocimiento u homologación, erigiéndose como un presupuesto de la ejecución del título: su objeto es la declaración de ejecutividad del título extranjero, procurándole fuerza ejecutiva en nuestro país. De esta forma, de prosperar el exequátur, el título extranjero se transforma en un título que sirve de base al ejercicio de una acción ejecutiva conforme al régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, para la ejecución del título en cuestión habrá de acudirse, en los mismos términos en que resulta preciso para la ejecución de un título homónimo de derecho interno, al procedimiento de ejecución, promoviendo al efecto la oportuna demanda ejecutiva.

Las anteriores precisiones se hacen necesarias, a la vista de que en el auto de referencia, en una extraña conmixción, tras haberse seguido el trámite marcado por los preceptos de la LEC 1881 de referencia: (1) Se juzgan los alegatos de la parte aquí recurrente oponiéndose al exequátur solo en parte y desde la óptica de las condiciones de reconocimiento establecidas en el Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, siendo así que el título de cuyo reconocimiento se trata está excluido del ámbito de aplicación del citado Reglamento (artículo 1.2.d) del mismo). (2) Se despacha ejecución por el importe a cuyo pago se condena a CEMINTER en el laudo cuyo reconocimiento se solicitaba en el escrito iniciador

del expediente, incrementado en un 30% en concepto de intereses y costas. Tal proceder, amén de otras faltas (el examen de la concurrencia de las condiciones establecidas en el artículo 34 del Reglamento 44/2001 no puede llevarlo a cabo el tribunal de primera instancia, siendo posible solo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra su resolución: artículos 42 y 45 del citado Reglamento) implica, por lo que se refiere al despacho de ejecución, un apartamiento de las pretensiones que conformaban el objeto de la litis (recordemos que nos encontramos ante una solicitud de exequátur, con el alcance puramente homologador antes indicado) y, en cuanto a la norma utilizada para resolver la discusión, un análisis y una respuesta no coherente con los términos del debate, sin que resulte admisible aquí defender, como se hace en el ulterior auto de 30 de abril de 2010, una suerte de teoría de la sustanciación o de resultado por equivalencia en base a la proximidad de las condiciones de reconocimiento recogidas en el Convenio de Nueva York que CEMINTER aduce para oponerse al otorgamiento del exequátur y las señaladas en el Reglamento 44/2001, sin que, por otro lado, se hayan dado respuesta a todos los motivos de oposición formulados por aquella en su escrito de alegaciones. Todo ello redundaría en un evidente atentado al derecho a la tutela judicial efectiva de la parte aquí recurrente, agravado por la imposibilidad de recurso contra la resolución en el que las infracciones denunciadas cobran carta de naturaleza (así se señala en dicha resolución, que en este punto mira hacia el régimen marcado para el proceso de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 551.2, apartándose del establecido en el Reglamento 44/2001, artículo 43), dejando como única vía para la defensa de aquel frente al entuerto la oposición a la ejecución que nunca debió ser despachada en esta sede.

CUARTO.- Habida cuenta la estimación del recurso, no procede hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas originadas por el mismo, de conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Estimando el recurso de apelación contra el auto dictado el 30 de abril de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en los autos 508/2009 del que este rollo dimana interpuesto por CEMINTER HISPANIA, S.A., DECLARAMOS LA NULIDAD del auto de fecha 25 de febrero de 2010 dictado en el curso de dichos autos, así como de todo lo actuado con posterioridad al mismo, debiendo retrotraerse las actuaciones al estado inmediatamente anterior al auto de referencia a fin de que por el órgano de procedencia se dicte nueva resolución ajustada a derecho. Todo ello, sin expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas por el recurso.

Así, por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.