

Roj: AAP M 13150/2010 - **ECLI:**ES:APM:2010:13150A

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 8

Nº de Recurso: 275/2010

Nº de Resolución: 208/2010

Fecha de Resolución: 20/09/2010

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: ANTONIO GARCIA PAREDES

Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

MADRID

AUTO: 00208/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE MADRID

Sección 8

1420A

FERRAZ, 41

N.I.G. 28000 1 7004370 /2010

RECURSO DE APELACION 275 /2010

Proc. Origen: MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 1900 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 87 de MADRID

De: LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA S.A._

Procurador: RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Contra: INDUSTRIAS Y CONFECCIONES S.A.

Procurador: CESAR BERLANGA TORRES

Ponente: ILMO. SR. D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

AUTO Nº 208

Magistrados:

ILMO. SR. D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

ILMA. SRA. D^a. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

ILMA. SRA. D^a. M^a VICTORIA SALCEDO RUIZ

En MADRID , a veinte de septiembre de dos mil diez . La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por

los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Medidas Cautelares N^o 1900/2009, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia núm. 87 de Madrid, seguidos entre partes de una, como demandante-apelada, INDUSTRIAS Y CONFECCIONES, S.A., representada por el Procurador DON CESAR BERLANGA TORRES y de otra, como demandada-apelante, LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLES, S.A.U, representada por el Procurador DON RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GARCÍA PAREDES.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia n^o 87 de Madrid, en fecha 4 de noviembre de 2009, se dictó Autocuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.-ACCEDIENDO a lo solicitado por el Procurador Sr/Sra CESAR BERLANGA TORRES en nombre y representación de INDUSTRIAS Y CONFECCIONES SA se acuerda la adopción, sin previa audiencia de la parte demandada, de la siguiente medida cautelar:

1.-Que se prohíba a Lectra ejecutar los avales entregados por la parte actora con los n^o 1500/919.725 y 1500/913.666 hasta que no obtenga la homologación y reconocimiento del Laudo Arbitral dictado, conforme al procedimiento de EXEQUATUR regulado en los artículos 951 y siguientes de la ley de 1881, en aplicación del convenio de Nueva York.

2.- Que se comunique al Banco de Santander (Departamento de avales, sito en la Plaza de Canalejas, 1 de Madrid) la adopción de dicha medida requiriéndole para que se abstenga de efectuar el pago de los dos avales mencionados hasta que no sea obtenido por LECTRA la homologación y el reconocimiento del Laudo arbitral dictado ello para asegurar la efectividad de la pretensión a ejercitar en la demanda que se propone promover frente a LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA SAU.

2.-La anterior medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste la siguiente caución:

Forma: INGRESO EN LA CUENTA DE DEPOSITOS Y CONSIGNACIONES DE ESTE JUZGADO N^o 4141 0000 91 1900 09 o cualquiera de los modos validos en derecho salvo la personal, conforme el art 64.2 ley

Cuantía: 7.500 EUROS

Plazo: TRES DIAS

3.- Adviértase a la parte que si no presenta la demanda principal dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la medida, ésta quedará sin efecto, condenándosele en las costas y respondiendo de los daños y perjuicios que se hubieran producido. apartados 2 y 3 igual que auto acordando medida cautelar".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 15 de septiembre de 2010.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.-RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Planteamiento de la apelación.

El Auto de primera instancia de fecha 23 de diciembre de 2009 decidió mantener las medidas cautelares adoptadas en otro auto anterior (en que se ordenó suspender el pago de los avales) en base fundamentalmente a que, para la efectividad de los avales, entendió que se precisaba una previa homologación judicial -exequátur- del laudo emitido por la CCI sobre el contenido y la forma de cumplimiento de la resolución indemnizatoria.

Frente a dicha resolución, la parte demandada LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA S.A. formula recurso de apelación que intenta asentar, fundamentalmente, en los siguientes motivos de impugnación: 1) El Auto descansa sobre la premisa errónea de que los avales forman parte del laudo arbitral; 2) Contradicción entre lo dispuesto en el Auto y lo expuesto en la vista de las medidas; 3) No se dan en el presente caso los requisitos exigidos por la LEC para la adopción de una medida cautelar.

SEGUNDO. Función de los avales en cuestión, tanto en relación con el contrato como en relación con el laudo arbitral.

La controversia que llega a esta segunda instancia tiene su antecedente procesal en la demanda de medidas cautelares "inaudita parte" interpuesta por INDUYCO S.A contra LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA S.A. con la finalidad de que el juez de instancia suspendiese la ejecución de los avales nº 1500/919.725 (de fecha 9 de febrero de 2007) y nº 1500/913.666 (de fecha 28 de junio de 2006) emitidos por el Banco de Santander Central Hispano a favor de LECTRA.

Según el contrato firmado entre las partes ahora litigantes en fecha 2 de abril de 2004, el aval de fecha 28 de junio de 2006 por importe de 13 millones de euros, se correspondía con el "Pago 4", así denominado en el contrato y en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 4.2 del mismo. Mientras que el aval de 9 de febrero de 2007 por importe de 4.200.000 euros se otorgó para asegurar el pago del importe de las reclamaciones efectuadas en virtud de las manifestaciones y garantías previstas en las cláusulas 9 y 10.8 del contrato.

De manera que hay que poner de relieve, ya de entrada, que la emisión de ambos avales - según el texto de los mismos- no tiene su origen en mandato u orden alguna emitida por el tribunal arbitral que conoce de otra contienda entre las partes. Además de que la fecha de dichos avales es muy anterior a la fecha en que ha sido dictado el laudo arbitral que la parte solicitante de las medidas opone.

Así se desprende claramente del examen de los avales, por un lado, y del examen del laudo, por otro.

1. Por lo que se refiere a los avales, los dos son encuadrables dentro de la categoría jurídica de "aval a primer requerimiento". Así lo indican las expresiones utilizadas en uno y otro:

"Your request for payment shall be satisfied upon first demand.."

o

"Su solicitud de pago deberá cumplirse a primer requerimiento.."

En relación con este tipo de aval, es conveniente traer a colación las sucesivas precisiones que la doctrina jurisprudencial ha ido destilando hasta llegar al perfil que actualmente ostenta una figura que surgió en el ámbito del comercio internacional y que luego fue tomando cuerpo en distintas legislaciones (Italia, Francia) y que no hace muchos lustros empezó a adquirir carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia (STS de 11.julio.1983,14.noviembre.1989,27.octubre.1992,12.noviembre.2003,28.mayo.2004,27.septiembre.2005y1.octubre.2007) y a ser estudiada a fondo en nuestra doctrina, en base precisamente a esa jurisprudencia. E incluso ha conseguido un reflejo concreto en algunas Leyes que establecen obligaciones de garantía (v.gr. Ley de Ordenación de la Edificación,art. 19, o la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 529).

Por lo que a la doctrina civilista se refiere, es sabido que ésta resalta que en nuestro ordenamiento civil existe -como principio general- la prohibición de la abstracción absoluta de la causa. La causa es un elemento esencial del contrato y su ausencia comporta la nulidad absoluta de aquel (art. 1.275 CC). Y ello es así hasta el punto de que -como ha señalado la doctrina- las partes no pueden convenir la renuncia a la exigencia de causa, al tratarse de una norma de carácter imperativo.

Esta idea impediría, en principio, considerar que el contrato de aval a primer requerimiento pueda ser un contrato absolutamente abstracto y sin causa. Pero, dada la naturaleza "sui generis" del aval a primer requerimiento, tampoco sería necesario exigir que la causa del contrato de aval tuviera que ser la misma causa que la del contrato subyacente para cuya garantía se ha firmado el aval a primer requerimiento y no la voluntad libre de las partes de obligarse de una manera específica o "sui generis" (art. 1.255 CC). De tal manera que, al entender que el aval a primer requerimiento es inmune a las excepciones derivadas del contrato suscrito entre beneficiario del aval y avalado, no tiene por qué pensarse que por ello el aval se convierte en un contrato absolutamente abstracto (en el sentido de "sin causa"), sino que las posibles excepciones tendrían que derivarse, en su caso, del propio aval o a lo sumo del ejercicio del mismo (v.gr. exceptio doli).

Y si nos atenemos a la doctrina emanada del Tribunal Supremo, la podemos sintetizar en las siguientes sentencias:

STS 11 de julio de 1983: "...nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la

accesoriedad..."

STS 14 de noviembre de 1989: "...no nos encontramos ante una fianza, sino ante otro tipo de garantía exigible en la condiciones pactadas...que encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación proclamado en el art. 1255CC".

STS de 27 de octubre de 1992: "...la obligación de pago asumida por el garante se constituye en una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento garantiza", "es una característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, nota a la que se alude en la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1983.."

STS 12 de noviembre de 2003. (En similar sentido)

STS 28 de mayo de 2004. (Ídem)

STS 27 de septiembre de 2005. (Ídem).

STS 1 de octubre de 2007: "La característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial), por lo que no es menester que para la efectividad de la garantía se demuestre el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que basta con la reclamación del deudor para hacer efectivo el cumplimiento de esta".

En el presente caso, del examen del texto del aval no se desprende que el ejercicio de éste esté condicionado en modo alguno. Sólo exige acompañar al requerimiento:

"(i) o de un acuerdo por escrito firmado conjuntamente por LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA, S.A. y por INDUSTRIAS Y CONFECCIONES, S.A. refiriéndose expresamente al importe a pagar a la Parte Indemnizada y/o la parte aún garantizada de conformidad con este aval bancario,

(ii) o de notificación de LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA, S.A. o de INDUSTRIAS Y CONFECCIONES, S.A. de un laudo arbitral dictado por la corte de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio -que se celebrará siguiendo las reglas establecidas en la Sección 14.7 del Contrato de Compraventa de Acciones- especificando, para dicha reclamación, la parte de la cantidad señalada en el Anexo 1 a pagar a la Parte Indemnizada, y/o la parte aún garantizada de conformidad con este aval bancario."

Ello significa que las propias partes contratantes o participantes en el aval (Induyco y Banco de Santander) han querido poner de manifiesto y resaltar la no accesoriedad de la garantía y la inmunidad a todo tipo de excepciones que pudieran derivarse del negocio causal que unía a la empresa garantizada y a la empresa beneficiaria.

Ya no es que se trate de respetar desde una perspectiva doctrinal la naturaleza y características del aval a primer requerimiento, sino que se trata- además- de respetar desde una perspectiva estrictamente contractual lo que las partes han plasmado por escrito en el texto del aval. Se da una perfecta identificación entre documento mercantil (aval a primer requerimiento) y voluntad contractual (garantía abstracta e independiente del negocio causal subyacente). A lo que cabe añadir que estamos ante obligaciones -las del aval- contraídas no por los inicialmente contratantes (INDUYCO y LECTRA), sino por un

tercero (Banco Santander Central Hispano) a tenor de los pactos que haya realizado con INDUYCO.

2. Ahora bien, como en la demanda se alega -y así se recoge luego en la sentencia- que lo que condiciona la efectividad de dichos avales es la existencia de un laudo arbitral, habrá que ver -sin enjuiciar dicho laudo- si realmente de su parte dispositiva o de su fundamentación se desprende la necesidad de la ejecución previa o simultánea del laudo para poder hacer efectivos aquellos avales

El laudo arbitral (traducido y unido a las actuaciones a los folios 630 a 925 de las actuaciones) emitido por un tribunal arbitral de la CCI el 21 de octubre de 2009, en su parte dispositiva (la traducción dice "parte operativa") dice lo siguiente en relación con los mencionados avales:

"(5) el Tribunal declara que los dos importes principales establecidos anteriormente en el subpárrafo 1 son relativos a reclamaciones efectuadas por Lectra España de conformidad con el artículo 10.8 del ACA en el caso núm. 13912 /EC de la Cámara de Comercio Internacional, de acuerdo con el artículo 14.7 del ACA, (i) como se estipula en el Anexo 1 de la Garantía a primer requerimiento 1500/913.666 de fecha 28 de junio de 2006, emitida por el Banco Santander Central Hispano S.A. y (ii) como se indica en la Garantía a primer requerimiento núm. 1500/919.725 de fecha 9 de febrero de 2007, emitida por el Santander Central Hispano S.A. El tribunal declara asimismo que el efecto y validez de estas dos garantías entre las Partes se rigen por sus respectivas condiciones sin determinación al respecto por parte de este Tribunal en el presente Laudo;"

Con ello está indicando el tribunal arbitral que la vía para el efecto y validez de los dos avales es diferente de la del laudo. Y ello es, por otra parte lógico, porque -como dice el mismo tribunal arbitral en el apartado F-55 del laudo:

"...la demanda principal de Lectra se presenta de conformidad con el artículo 10 del ACA, como indemnización contractual expresa por el incumplimiento de Induyco de las garantías y manifestaciones contractuales del artículo 9 del ACA."

Y es que el fondo del asunto en el procedimiento arbitral no parece tener relación con los avales a la vista de lo que el tribunal arbitral expresa en el apartado B-13 del Laudo sobre la acción ejercitada por Lectra:

"B-13. Lectra alega que está por tanto legitimada a recibir una compensación en este procedimiento arbitral por (a) los daños que le han causado las manifestaciones engañosas, las acciones y omisiones de Induyco durante las negociaciones entre las Parte; (b) los daños que le ha causado que Induyco no hubiera puesto en su conocimiento estos hechos antes de la firma del ACA en abril de 2004; (c) la indemnización por el incumplimiento de algunas de las representaciones y garantías que le otorgó Induyco en el ACA, las inexactitudes u omisiones en los Estados financieros de 2003 y las reclamaciones que tuvieron su causa u origen antes del 31 de diciembre de 2003, incluyendo las Reclamaciones a terceros; y (d) los daños que Induyco le ha causado por su repetida negativa a cooperar con Lectra de buena fé en asuntos relaciones con las finanzas y operaciones de Investrónica.

De todo ello cabe colegir que, por un lado va o puede ir la ejecución de los avales a primer requerimiento y por otro lado puede llevarse a cabo la efectividad o ejecución del laudo sin que uno y otro se interfieran, antes al contrario, ambas actuaciones converjan desde su respectivo ámbito en el cumplimiento del contrato (avales) y en la exigencia de las consecuencias previstas en el contrato (laudo arbitral).

TERCERO. De la relación de las suspensión de los avales con la demanda posterior.

En el apartado Séptimo de la demanda de medidas cautelares se dice textualmente que:

"Las medidas cautelares solicitadas guardan una absoluta relación con lo que constituirá el objeto de la demanda principal que esta parte presentará en el momento oportuno, cuya pretensión principal será que se declare la necesidad de Lectra de iniciar el procedimiento establecido en el Convenio de Nueva York para obtener la homologación y el reconocimiento en España del laudo dictado, como trámite previo a cualquier actuación tendente a la ejecución del mismo".

Se anuncia por la parte solicitante de las medidas que la tutela judicial que pretende garantizar con las medidas cautelares es un eventual fallo judicial que declare que Lectra está obligada a plantear un exequátur para el reconocimiento y ejecución del Laudo arbitral dictado por la CCI. Es decir, algo así como que el juez diga que Lectra está obligada a hacer aquello a que la ley le obliga:

Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables

1. Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.

2. El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Que un laudo extranjero que quiera ser reconocido y ejecutado en España tiene que pasar por el procedimiento de "exequátur" es algo evidente.

Ahora bien, dado el carácter instrumental que caracteriza a las medidas cautelares ("...ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse..."art. 726.1ª LEC), lo importante en el incidente de medidas cautelares es poner en correlación medida con tutela. Una obligación legal no necesita una medida cautelar, pues no habrá juez que proceda a ejecutar un laudo extranjero si no es por el cauce legal establecido. Y sería imposible solicitar por otra vía la ejecución de lo dispuesto en un laudo arbitral, si es que el laudo arbitral es el único título ejecutivo que puede invocar la parte.

Pero en el presente caso, ha quedado claro -por lo expuesto anteriormente- que la virtualidad de los avales a primer requerimiento (cuya suspensión se pide) no procede del laudo arbitral y que además el laudo arbitral reconoce expresamente que la validez y el efecto de esos avales no dependen del propio laudo.

De ahí que la solicitud de medidas que estamos estudiando carezca de ese requisito de la instrumentalidad para lograr la tutela judicial efectiva. Y ello hace que, en un efecto dominó, queden sin fundamento los demás requisitos legales para las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* (porque al no estar conexiónados laudo y avales, invocar el laudo como apoyo es irrelevante), el *periculum in mora* (porque ningún daño puede ocasionar a la parte solicitante una actuación de la otra parte, como es la ejecución de unos avales que no tiene relación con la homologación del laudo) y la prestación de caución (que queda sin sentido

ante la ausencia de posibles daños o perjuicios).

Hay que concluir, pues, que la juzgadora de instancia incurrió en error al considerar procedentes las medidas cautelares en base a la existencia del laudo arbitral alegado por la parte solicitante. Y por ello, con estimación del recurso, el Auto apelado debe ser revocado y dejadas sin efectos las medidas adoptadas en él.

CUARTO. Costas procesales.

Por la estimación del recurso no procede hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales de la segunda instancia, a tenor de lo que dispone el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Mientras que las de la primera deben ser impuestas a la parte solicitante de las medidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 736.1 LEC.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por LECTRA SISTEMAS ESPAÑOLA, S.A frente a INDUSTRIAS Y CONFECCIONES, S.A., contra el Auto de fecha 4 de noviembre de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 87 de Madrid.

Revocar la referida resolución, dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas en la misma, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte solicitante.

No hacer pronunciamiento especial en cuanto a las costas procesales de esta segunda instancia.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.