

A. DERECHO
CIVIL

ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES
RESPECTO DE LAUDO ARBITRAL
RECURRIDO EN ANULACIÓN

Núm.
80/2002

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

• ENUNCIADO:

La empresa Caronajes Pérez es titular de una licencia para fabricar en España cajas de cartón tipo «A», pudiendo sublicenciar con otros fabricantes de cajas de dicho tipo y modelo cediendo los derechos de propiedad industrial en diferentes modalidades contractuales. El 23 de septiembre de 1998, Cartonajes Pérez y la empresa Celulosas de Murcia firmaron un contrato por el cual la primera cede a la segunda por 10 años y 85.000.000 de ptas. una sublicencia para la fabricación de cajas del tipo citado y para cualquier discrepancia que pudiera darse en la interpretación y aplicación de las cláusulas del contrato, se pactó la sumisión a arbitraje.

Entre otras cláusulas, se pactó una como esencial por la cual, Celulosas de Murcia desde el 1 de julio de 2000 se comprometía a adaptar toda su producción de cajas a las de la calidad marcada por el tipo «A», y entendiéndose la titular de la licencia que se estaba incumpliendo tal pacto por la cesionaria, llevó a cabo la resolución del contrato y promoviendo la constitución del arbitraje previsto; el laudo arbitral protocolizado notarialmente confirmó la resolución del contrato. En su defensa, la cesionaria adujo durante el procedimiento arbitral la posible nulidad de la cláusula incumplida por ser contraria a las normas reguladoras de la libre competencia, no pronunciándose los árbitros en este punto ya que se estimaron incompetentes al tener dicho extremo carácter de cuestión de orden público a su parecer.

Celulosas de Murcia impugnó el laudo arbitral ante la AP competente mediante un recurso de anulación del laudo previsto en los arts. 45 y ss. de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 el cual se halla pendiente de resolución. Pero igualmente la empresa recurrente inició un procedimiento ordinario para lograr la declaración de nulidad de la tan nombrada cláusula contractual, y en el mismo fue estimada la declinatoria planteada por Cartonajes Pérez, recurriendo en apelación tal resolución la cesionaria y hallándose pendiente de resolución tal recurso de apelación. También la empresa Celulosas de Murcia inició un procedimiento por denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia, habiendo este Servicio emitido informe en el sentido de estimar que en la cláusula incumplida existe infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, hallándose el asunto pendiente de resolución ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En semejante situación procesal de las respectivas pretensiones, por Cartonajes Pérez se desea conocer la viabilidad de la adopción de medidas cautelares al amparo del art. 50 de la Ley de Arbitraje y art. 721 de la LEC de 2000, concretamente se pediría al Juzgado de Primera

Instancia que sea decretado el cese provisional en la fabricación y distribución de cajas de tipo «A» por parte de Celulosas de Murcia ya que continúa tal mercantil en dicha actividad, en tanto sea ejecutorio el laudo recurrido.

Se solicita dictamen sobre las posibilidades jurídicas de adopción de la medida apuntada.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- Medidas cautelares del proceso civil.
- Aplicación al arbitraje recurrido.
- Efectos del recurso de anulación del laudo.
- Apariencia de buen derecho.
- Ejecución provisional del laudo arbitral.

• **SOLUCIÓN:**

Nos encontraríamos en el presente supuesto ante una solicitud de medidas cautelares no del apartado séptimo del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sino del apartado undécimo del mismo precepto, en relación con el artículo 50 de la Ley de Arbitraje ya que al haberse dictado el laudo arbitral no podríamos incardinar la solicitud en el nuevo supuesto previsto en la vigente ley en su artículo 724 de la LEC y así las medidas solicitadas reputarán su accesoriadad en relación a la tramitación del recurso de anulación como prevé el antes citado artículo 50 de la Ley de Arbitraje.

Se hace preciso examinar la concurrencia de los requisitos del artículo 728 de la LEC en concreto la llamada apariencia de buen derecho y el peligro de la mora procesal como postulados básicos de la petición. El primero de los dos requisitos consiste en la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del Juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor pues la medida cautelar supondrá una injerencia en la esfera jurídica del demandado, pero sin que sea precisa una actividad probatoria similar al proceso principal, sino que tan sólo se precisa un juicio de probabilidad, la que nos conduce a la aparición de una situación jurídica necesitada de cautela. Así se observa que el artículo 728.2 de la LEC establece que el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar por parte del Tribunal y sin prejuzgar el fondo del asunto un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de su pretensión. Ésta sería la manifestación de la llamada función cautelar o preventiva de la jurisdicción.

Entrando en la cuestión litigiosa concreta que el caso nos plantea, hemos de comenzar por analizar la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho y en este punto, nos hallamos con una resolución arbitral cuya impugnación ante los Tribunales ordinarios ha supuesto, en aplicación de lo previsto en el artículo 55 de la Ley de Arbitraje, la suspensión de su ejecutividad; efectivamente y a diferencia de lo previsto para las resoluciones judiciales, la nueva LEC no prevé la ejecución provisional de los laudos arbitrales recogiendo por el contrario dichas resoluciones como susceptibles de ejecución ordinaria una vez firmes. Así vemos cómo el artículo 55 de la Ley de Arbitraje establece la obligación del Juez de instancia al que se acude para solicitar el auxilio judicial para ejecutar el contenido de un laudo dictado e incumplido, de suspender dicha ejecución en el mismo momento en el que el condenado en el laudo acredita la interposición de un recurso de anulación; pues bien, tal imposibi-

lidad de ejecución provisional ratificada con la nueva LEC, en tanto no contempla tal título como provisionalmente ejecutable ha de ser puesto en relación con las medidas cautelares previstas en el artículo 50 para la pendencia del recurso de anulación, medidas que al integrarse en el artículo 727.11 de la LEC han de contar con los requisitos del artículo 728 de la LEC. En tanto no nos encontramos con un supuesto de medidas cautelares a dictar antes de la interposición de la demanda ni con la misma, sino hallándose pendiente de resolución de un recurso de anulación contra un laudo, procede valorar la concurrencia de una situación cautelable en relación con la pendencia de un recurso a resolver por otra instancia, a diferencia del supuesto del artículo 723 de la LEC, en el que se atribuye la competencia para la adopción de medidas cautelares durante la tramitación de un recurso de apelación al propio Tribunal que va a decidir dicho recurso. Partiendo de lo expuesto y de la especial circunstancia de la proscripción de la ejecución provisional de laudos arbitrales, hemos de concluir que la existencia del propio laudo y su contenido, no puede ser calificado por sí mismo como suficiente para acreditar la apariencia de buen derecho. Así será preciso valorar las demás circunstancias concurrentes y la posibilidad de que dicho laudo sea anulado de ser estimado el recurso formulado cuya prosperabilidad ha de ser calificada por una entidad diferente a la llamada a resolver sobre las medidas.

Cartonajes Pérez contempla la posibilidad de solicitud de medidas cautelares que suponen por sí mismas la ejecución provisional del contenido del laudo, en tanto el mismo acuerda la resolución del contrato existente entre las partes; no obstante lo dicho, la referida resolución del contrato trae su causa del incumplimiento decidido por Celulosas de Murcia del contenido de una cláusula cuya nulidad fue alegada por la misma y dicha declaración fue negada por los árbitros al no encontrarse competentes para conocer de la misma; dicha declaración de nulidad fue de nuevo interesada por la cesionaria del contrato en un procedimiento ordinario diferente, oponiendo la cedente declinatoria pues tampoco los Jueces ordinarios eran competentes para conocer de la misma, declinatoria que fue estimada en la instancia y que siendo apelada tal decisión, todavía no ha sido objeto de resolución. Finalmente, y de nuevo a instancia de Celulosas de Murcia, la cuestión fue sometida al parecer de los órganos garantes de la competencia, cuyo Servicio de Defensa informó entendiendo que, efectivamente, existía en la cláusula infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. De lo expuesto en estos antecedentes se deduce que existe una decisión arbitral recurrida en la que se declara resuelto el contrato existente entre las partes, resolución instada por Cartonajes Pérez al concurrir el incumplimiento por la cesionaria, de una cláusula cuya validez niega la misma por ser contraria a las normas reguladoras de la competencia, nulidad que según su versión justifica dicho incumplimiento, hallándose pendiente la decisión sobre la validez de la misma en dos ámbitos diferentes, y validez por fin, respecto de la que el laudo no se pronuncia al entenderse los árbitros incompetentes, no siendo suficiente tal valoración para dejar de pronunciarse sobre los efectos del incumplimiento de la tan citada cláusula.

Todos estos antecedentes no permiten advertir en el presente caso las circunstancias concurrentes como para que el juicio de probabilidad sea favorable a estimar que se da en nuestro caso una situación jurídica precisada de cautela.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, arts. 721 y ss.**
- **Ley 36/1988, de 5 de diciembre (Arbitraje), arts. 50 y 55.**
- **STS de 4 de octubre de 1997.**