



Roj: **ATSJ M 107/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:107A**

Id Cendoj: **28079310012022200019**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2022**

Nº de Recurso: **7/2022**

Nº de Resolución: **3/2022**

Procedimiento: **Ejecución laudo arbitral**

Ponente: **CELSO RODRIGUEZ PADRON**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31070260

NIG: 28.079.00.2-2022/0035666

Procedimiento ASUNTO CIVIL 7/2022-Reconocimiento de Laudos o resoluciones arbitrales extranjeras 1/2022

Materia: Arbitraje

Demandante: MARBAU CONSTRUCTION SARL BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA SA

PROCURADOR D./Dña. ELISA ZABIA DE LA MATA

Demandado: CAIXABANK SA

AUTO N° 3/2022

EXCMO. SR.

D. Celso Rodríguez Padrón

ILTMOS. SRES:

D. José Manuel Suárez Robledano

D. Francisco José Goyena Salgado

En Madrid, a quince de marzo de dos mil veintidós.

Vista por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la demanda de Reconocimiento de Laudo Extranjero en el procedimiento civil N° 7/2022, incoado en virtud de demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Elisa Zabía de la Mata, actuando en nombre y representación de las entidades mercantiles BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. y MARBAU CONSTRUCTION SARL, contra la también mercantil CAIXABANK S.A., y en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se presentó en fecha 2 de febrero de 2022, demanda de reconocimiento de laudo arbitral dictado en el extranjero (Marruecos) por la Procuradora Dña. Elisa Zabía de la Mata, actuando en nombre y representación de las entidades mercantiles BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. y MARBAU CONSTRUCTION SARL, siendo parte demandada la también



mercantil CAIXABANK S.A. incluyendo la solicitud por parte de la actora de adopción *inaudita parte* de medidas cautelares.

SEGUNDO.- Mediante Diligencia de Ordenación del Letrado de la Administración de Justicia, de 18 de febrero, se requirió a la parte actora a través de su representación a fin de que subsanase la constitución de la relación procesal por advertirse defectuosamente entablada, en el plazo de diez días, con expresión de que en el caso de no subsanarse, se daría cuenta al Tribunal para que dictase la resolución que proceda.

La representación procesal de Bauen y Marbau, presentó ante esta Diligencia, escrito de alegaciones, registrado en la Sala el día 2 de marzo, en el que expone que el reconocimiento que se insta del laudo extranjero no se dirige contra la mercantil demandada en el **arbitraje** puesto que ello ya se está desarrollando en Marruecos, sino contra la entidad financiera La Caixa, por cuanto la resolución del contrato tiene efecto sobre la garantía bancaria prestada en su día, y por tanto sometida a la jurisdicción española. Por ello se trae al proceso a la entidad garante, dado que el laudo implica la resolución de la relación contractual subyacente.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 3 de marzo de 2022, se tuvo por evacuado el requerimiento anterior, con el resultado que obra en autos, y se acuerda realizar la oportuna dación de cuenta al Magistrado ponente a los efectos legales oportunos.

Ha sido ponente para su resolución el Magistrado D. Celso Rodríguez Padrón, que expresa el parecer unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que da origen a las presentes actuaciones da cuenta, a efectos ilustrativos, de una relación contractual existente en su día entre las entidades mercantiles Bauen y Marbau por una parte y las sociedades "Hoche Partners" y "Les Palms de LAtlas" por otra, que tenía por finalidad la construcción por las primeras de un proyecto inmobiliario en Marruecos (un conjunto de 112 villas en la ciudad de Marakech). El proyecto -y la relación- fue formalizado mediante la firma de un contrato "llave en mano" el 21 de marzo de 2018, pactándose un plazo de ejecución de la obra de veinticuatro meses. Los promotores debían entregar a la parte contratista una provisión, y las empresas contratistas debían entregar garantía bancaria para responder del buen fin de su labor en los términos pactados. Ambas partes se sometieron a **arbitraje**, a celebrar en Marruecos.

A estos efectos, el 7 de mayo de 2018, la entidad financiera La Caixa (hoy Caixabank), emitió garantía a primera demanda, por importe de 1.019.000 euros a Hoche Partners por la correcta realización de los compromisos derivados del contrato de promoción inmobiliaria referido.

Según la demanda, los graves incumplimientos de los promotores impidieron el desarrollo de los trabajos proyectados, y tras el fracaso de las conversaciones mantenidas para alcanzar un acuerdo transaccional, presentaron demanda arbitral en febrero de 2020, ante la Corte Arbitral de Marrueco, que dictó Laudo el 3 de septiembre de 2021, declarando (en síntesis), que la parte contratista (Marbau) no había incurrido en ningún incumplimiento del contrato de obra; rechazaba condenarla a ninguna indemnización; estimó las pretensiones reconventionales; declaró la resolución del contrato por causa imputable a la sociedad "Les Palmes dAtlas", y condenó a ésta a pagar indemnización a Marbau. El Laudo es firme.

Siendo ello así, la relación subyacente a la garantía bancaria ha sido declarada resuelta, sin ninguna responsabilidad para las entidades garantizadas.

Prosigue la demanda exponiendo que, de forma sorprendente, las empresas promotoras se pusieron en contacto con Caixabank exigiendo el pago de la suma garantizada, lo que resulta inasumible en Derecho.

El Laudo se está ejecutando en Marruecos, pese a lo cual Caixabank ha respondido -sin entrar a valorar los efectos de la resolución arbitral- que al no ser parte en el procedimiento, no procede a cancelar la garantía, salvo que el laudo sea reconocido en España o se les ordene por autoridad competente la suspensión o cancelación de la misma, finalizando su comunicación de 18 de enero de 2022 que solo puede atender a requerimientos judiciales o de autoridades competentes.

Esta es la razón por la que se solicita, de conformidad con lo previsto en el artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como petición basada en razones de urgencia, la adopción de medida cautelar frente a la entidad financiera: esencialmente, que se acuerde *inaudita parte* librar requerimiento a La Caixa para que se abstenga de realizar ningún pago, actuación ejecutiva o reembolso con cargo a la garantía descrita.

SEGUNDO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley de **Arbitraje**, " *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".

Debe verificarse por lo tanto, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos formales que exige el artículo IV del mencionado Convenio, que a tal efecto dispone que:

"1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.
- b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular."

Asimismo, el Artículo V del mismo Convenio establece:

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de **arbitraje** o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al **arbitraje** pueden separarse de las que no han sido sometidas al **arbitraje**, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
- d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el **arbitraje**; o
- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de **arbitraje**, o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

TERCERO.- La Diligencia de Ordenación del Letrado de la Administración de Justicia de fecha 18 de febrero, apreció que la relación procesal estaba mal constituida, pues la demanda se dirige contra un tercero (un avalista del contrato) y no contra quien fue parte en dicho contrato. Además observa que es el domicilio de la parte demandada el que determina la competencia del Tribunal, y por ello otorgó plazo a la actora para subsanar el defecto.

Este trámite de subsanación se concede al amparo de lo establecido en el artículo 54.6 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, en cuanto a la competencia.

No resulta incomprensible, ni mucho menos, el interés que defiende la parte demandante en el presente proceso, ni las razones sobre las cuales construye su pretensión. Ahora bien, tal como ha sido planteada la cuestión, esta Sala se enfrenta a dificultades de diversa índole. Entendemos que para dar respuesta a la solicitud *inaudita parte* de la medida cautelar que se nos pide, hemos de tener en cuenta como punto de partida, las siguientes consideraciones.



1.- En el presente supuesto en realidad y pese a lo que consta en el encabezamiento de la demanda, no se está ejercitando la acción de reconocimiento en España de resoluciones arbitrales extranjeras que en el FJ anterior invocamos como marco general, sino tan solo promoviendo una medida cautelar relacionada con un laudo arbitral extranjero cuya ejecución no se lleva a cabo en España sino en el país donde ha sido dictado: Marruecos. El suplico de la demanda es preciso al concretar las peticiones deducidas; se reducen a la suspensión o cancelación del aval bancario otorgado en su día por una entidad financiera española; y la demanda se dirige exclusivamente contra este avalista (Caixabank).

2.- Por mucho que se hayan aportado abundantes documentos que *prima facie* pudieran conducir al reconocimiento de la ejecutividad del laudo dictado en Marruecos, no podemos ignorar que para que este Tribunal Superior de Justicia asuma la competencia para pronunciarse sobre ese reconocimiento, tendrían que cumplirse varios presupuestos.

2.1.- Por una parte, el que atribuye a nuestro conocimiento el fuero territorial determinado en el artículo 52 de la LCJJI, que dispone: *La competencia para conocer de las solicitudes de exequátur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de exequátur.*

2.2.- No puede tampoco ignorarse la importancia que cobra en el planteamiento del asunto el examen de la legitimación pasiva. Cuando en un proceso se tutelan situaciones jurídicas privadas, la posición legitimante será normalmente un derecho subjetivo de titularidad individual. Ha de partirse del examen de la relación de los sujetos con el objeto del proceso.

Es sobre esta base donde debemos insistir en el concepto de parte procesal a fin de verificar si la presente relación litigiosa está bien constituida o no. De acuerdo con lo señalado en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Si -como hemos dicho- en cuanto lo que se judicializa es la validez en España de un laudo arbitral extranjero que resolvió la disputa existente entre las partes de un contrato, es evidente que partes en el presente proceso tendrán que ser, forzosamente, quienes fueron parte en ese mismo contrato. Por el contrario, hoy se omite por completo en la demanda a la parte contratante, y se pretende la adopción de una medida cautelar -que por supuesto le afecta de lleno- dirigiendo la pretensión de exequátur tan solo y exclusivamente contra un avalista.

Cuando el artículo 54 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (en la que se desarrolla el procedimiento de exequátur con mayor detalle que en otras) establece que *La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera*, ha de entenderse que está permitiendo escoger de entre las partes propiamente dichas (en este caso única es la contraria) aquella contra la que quiere realizar lo dispuesto en el laudo; hacer valer la eficacia de éste. Pero no puede dar cabida este precepto a que se suplante a la parte por una figura ajena a la relación contractual genuina, como es el avalista, "vetando" en la práctica la participación de quien fue obligado en el contrato y por ello parte en sentido estricto.

Cuanto podemos concluir en las presentes actuaciones es que la (única) parte demandada, frente a la cual se ejercita la pretensión de la actora, no ha sido parte en el procedimiento arbitral, sino un tercero: el avalista.

2.3.- En relación con lo anterior aflora la necesidad de examinar también -incluso de oficio- el ejercicio de la acción contando con las exigencias del llamado **litisconsorcio pasivo** necesario, que viene a ser la obligada presencia en el proceso de las partes a quienes concierne -en este caso por haber sido partes del contrato- cuanto se está dirimiendo. No es posible seguir un proceso civil en el que se pretenda formalmente el reconocimiento de laudo extranjero, pero única y materialmente la suspensión o cancelación de una medida cautelar, sin llamar al proceso a la parte a quien el pronunciamiento del Tribunal pudiera deparar perjuicios. En consonancia con esta regla básica, recordemos que el artículo 54 de la LCJIC dispone: *"La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera.*

Actualmente recogido en el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el litisconsorcio pasivo necesario encuentra su origen en la creación jurisprudencial, y encuentra su fundamento en las vinculaciones subjetivas derivadas de los derechos deducidos en juicio. Comporta la necesidad de demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material debatida, porque en otro supuesto se produciría una defectuosa constitución de la litis. Como auténtico principio de orden público no solamente es predicable de las relaciones procesales que se constituyen en el seno de un proceso jurisdiccional. Es aplicable también al ámbito del **arbitraje** cuando nos referimos a su sentido genuino. Así tuvo ocasión de afirmarlo esta misma



Sala en diferentes ocasiones (sólo a título de ejemplo en la STSJ M de 5 de marzo de 2019 - ROJ: STSJ M 2136/2019; o en la STSJ M de 1 de febrero de 2016 - ROJ: STSJ M 701/2016).

Por ejemplo, la STS de 8 de marzo de 2006 (ROJ: STS 1350/2006) que señala que en el marco de las acciones contractuales: El litisconsorcio tiende a evitar, por una parte, que puedan resultar afectados directamente por una resolución judicial quienes no fueron oídos en juicio, y, de otra, a impedir la posibilidad de sentencias contradictorias. Exige por tanto, que estén en el pleito todos a los que interesa la relación jurídica, material controvertida, por lo que tal figura solo puede entrar en juego y producir sus efectos con respecto a aquellas personas que hubieran tenido intervención en la relación contractual o jurídica objeto del litigio, pues solo los interesados en ella pueden ser estimados como litisconsortes pasivos necesarios ya que quienes no fueron parte en el contrato controvertido carecen de interés legítimo sobre su cumplimiento o incumplimiento, y por tanto, no existe razón alguna para que sean llamados al juicio". (en el mismo sentido se habían pronunciado, por ejemplo, las SSTS de 24 de Abril de 1990; 22 de Abril de 1991; 9 de Junio de 1992; 30 de Enero de 1993; 14 de Julio de 1994; 22 de Junio y 18 de Septiembre de 1996; 15 de Febrero y 9 de Noviembre de 1999 y 16 de Febrero de 2000).

2.4.- Ya por último cabe dejar constancia de una referencia a la competencia de esta Sala. Se nos pide que nos pronunciemos exclusivamente sobre una medida cautelar, sin que estemos conociendo de demanda alguna de exequátur, o reconocimiento en España del laudo extranjero. Por la naturaleza accesoria que resulta inherente a esta concreta medida cautelar (con relación al proceso principal del que dimana) no resultamos ser competentes para resolver sobre lo solicitado con tal autonomía.

CUARTO.- La conclusión de todo lo expuesto hasta ahora no puede ser otra que coincidir con lo afirmado en la Diligencia de Ordenación de 18 de febrero: la relación jurídico-procesal está mal constituida, al prescindir el demandante - insistentemente- de la llamada al proceso de quien fue parte en el laudo cuya homologación parece (pues en realidad no es éste el objeto central de la demanda) que se pretende.

Cierto es que se admite en la Ley de Enjuiciamiento Civil la adopción de medidas cautelares en un proceso sin escuchar a la parte contra la que se solicitan. El artículo 733 en su apartado 2 consiente esta adopción de medidas *inaudita parte* cuando concurren razones de urgencia o de oportunidad que pongan de manifiesto la necesidad de semejante proceder en aras de la consecución adecuada del fin al que viene orientada la cautela. En todo caso entendemos que no puede llevarse esta práctica al extremo que supone ya no el omitir la audiencia del demandado, sino realmente apartarle del proceso negando desde el inicio su llamada a la litis, lo que es lo mismo que negándole la condición de parte legítima.

En todo caso, la solicitud de medidas cautelares en un proceso judicial es siempre una pretensión accesoria, destinada a garantizar el buen fin del proceso y la posibilidad de realización del derecho que asiste a la parte que promueve la medida. Si la relación principal (la relación procesal) no está bien constituida, y por exclusión deliberada de la parte contraria se aprecia por el Tribunal este defecto, no es posible que prospere la petición accesoria cautelar.

Al no haber subsanado el demandante este defecto esencial en el plazo que le fue otorgado a tal efecto, la demanda no puede ser estimada.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

Desestimar la demanda presentada por la Procuradora Dña. Elisa Zabía de la Mata, actuando en nombre y representación de las entidades mercantiles BAUEN EMPRESA CONSTRUCTORA S.A. y MARBAU CONSTRUCTION SARL, contra la también mercantil CAIXABANK S.A., y por lo tanto denegar la medida cautelar que es objeto del proceso.

Al no haber concurrido parte alguna a la causa, no se hace imposición a la parte actora de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados integrantes de la Sala. Doy fe.

E/

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Reitero fe.