



Roj: **AAP GI 1625/2024 - ECLI:ES:APGI:2024:1625A**

Id Cendoj: **17079370022024200355**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **20/11/2024**

Nº de Recurso: **854/2024**

Nº de Resolución: **465/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120218225445

Recurso de apelación 854/2024 -2

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona

Procedimiento de origen:P.S. Oposición a liquidación de daños y perjuicios 145/2023

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 1647000012085424

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Concepto: 1647000012085424

Parte recurrente/Solicitante: CONSTRUCCIONES RUBAU SA

Procurador/a: Carme Expósito Rubio

Abogado/a: José Maria Losa Reverté

Parte recurrida: PUBLIC ENTERPRISE FOR STATE ROADS (EN ADELANTE PERS O EL CLIENTE)

Procurador/a: Cristina Peya Estevez

Abogado/a: LAURA MARIN MARTINEZ

AUTO Nº 465/2024

Ilmos .

Magistrados

JOAQUIN FERNANDEZ FONT

MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

JAIME MASFERRER COLL



Girona a 20 de noviembre de 2024

HECHOS

PRIMERO.-El 27 de junio de 2024 , se recibieron las actuaciones de Procedimiento Oposición a liquidación de daños y perjuicios 145/2023 , procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona , al objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por CONSTRUCCIONES RUBAU SAProcurador/a: Carme Expósito Rubio contra el Auto de fecha 5 de abril de 2024 , en la que consta como parte apelada , PUBLICENTERPRISE FOR STATE ROADS (EN ADELANTE PESR)Procurador/a: Cristina Peya Estevez

SEGUNDO.-El contenido de la decisión del Auto objeto de recurso es lo siguiente :

Que deben fijarse los daños y perjuicios derivados de la medida cautelar de embargo preventivo de la cantidad pendiente de entrega por parte de Banco de Sabadell respecto de la garantía de anticipo prestada por Construcciones Rubau S.A,alzada por auto de 10 de junio de 2022, en la cantidad de131.974,53 €.

Se imponen las costas del presente incidente a Construcciones Rubau S.A .

TERCERO.-El recurso se admitió y se tramito de conformidad con la normativa procesal para este tipo de recursos

Se señalo fecha para llevar a cabo la deliberación , votación y decisión que ha tenido lugar el día 18 de noviembre de 2024

CUARTO .-En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso .

Se designo como ponente a la Magistrada D^a Maria Isabel Soler Navarro , que expresa el parecer de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se interpone recurso de apelación por CONSTRUCCIONES RUBAU S.A contra el Auto dictado en fecha 5 de abril de 2024 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona en que acuerda que deben fijarse los daños y perjuicios derivados de la medida cautelar de embargo preventivo de la cantidad pendiente de entrega por parte de Banco de Sabadell respecto de la garantía de anticipo prestada por Construcciones Rubau S.A,alzada por auto de 10 de junio de 2022, en la cantidad de131.974,53 €.

La parte apelada solicita la confirmación de la resolución apelada .

SEGUNDO.-Los motivos del recurso de apelación básicamente son :

- Ausencia de culpa o negligencia. No puede considerarse un supuesto de responsabilidad objetiva y automática.
- La determinación de los daños y perjuicio y su improcedencia. Se han de acreditar y probar los daños y perjuicios efectivamente reclamados, y en este caso (i)no cabe fundar la determinación y concesión de daños y perjuicios en los criterios considerados en su momento para fijar la caución por la adopción de la medida cautelar como se hace en la resolución recurrida; (ii)además, cualquier perjuicio por la falta de disposición del importe del aval, ya está sobradamente compensado con los intereses incluidos en el laudo arbitral, no pudiendo duplicarse intereses para compensar la falta de disposición de ese mismo importe por parte de PESR; (iii)Interdicción de enriquecimiento injusto.

- A mayor abundamiento, el auto recurrido incurre en una incongruencia por exceso o ultra petitem. Se trata de una infracción al haberse otorgado más de lo pedido, habiéndose fijado estos daños y perjuicios en la cantidad de 131.974,53 euros en vez de los 130.868,60 euros pedidos por PESR según la modificación de su petitum efectuado en la vista celebrada, como es fácilmente constatable a través de la grabación existente y del propio escrito presentado en dicho acto con dicho cambio

Asimismo, existe un error en los cálculos relativos al importe concedido en el auto impugnado. En el periodo del 22 de septiembre de 2021 al 14 de septiembre de 2022, que es el concedido en el auto recurrido, el importe correcto sería de 129.312,42 euros, que no sólo es inferior al importe concedido en el auto (131.974,53 euros), sino también al pedido por PESR según manifestó en la vista celebrada (130.868,60 euros).

TERCERA.- Delimitación del procedimiento principal. Contenido del Laudo Arbitral: especial referencia a la condena al pago de intereses respecto al importe del anticipo garantizado con el aval del Banco Sabadell. La disputa existente entre las partes deriva del contrato suscrito por RUBAU y PESR en fecha 12 de enero de 2016



para la construcción de la Secc. "Farisch Drenovo Km. 0+000 - Km. 10+197, de la Autopista Gradsko - Prilep junto con una serie de estructuras como puentes, pasos inferiores, etc. en la República de Macedonia del Norte.

La controversia entre PESR y RUBAU se refirió de manera principal, a la ejecución del Contrato y su resolución anticipada operada por RUBAU el 9 de julio de 2019, y la posterior de PESR de 8 de agosto de 2019 que ha resultado fallida.

Esta disputa ha sido dirimida en un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercial Internacional que ha resuelto acerca de la procedencia de las peticiones resolutorias de ambas partes, así como de sus respectivas reclamaciones económicas incluidas las relativas a los avales del BBVA de cumplimiento por la suma de 3.190.249,00 euros y del Banco Sabadell del anticipo de 4.785,373,00 euros cuya cuantía pendiente de devolución según lo reclamado por PESR era de 4.485.167,83 euros.

Significar que el importe que garantizaba el aval del Banco Sabadell se iba reduciendo conforme se iba procediendo a la devolución del anticipo, como explicaremos más adelante.

3.2.- El contenido del Laudo Arbitral de fecha 23 de noviembre de 2021. Especial referencia a la condena al pago de intereses respecto al importe del anticipo garantizado con el aval del Banco Sabadell.

Dicho procedimiento arbitral dio lugar al laudo dictado el 23 de noviembre de 2021. La posterior resolución de 28 de marzo de 2022 del Tribunal Arbitral, rechazó las solicitudes de rectificación / aclaración de ambas partes. El Tribunal Arbitral falla que PESR incumplió su obligación de pago de la IPC nº 8, declarando que el contrato fue resuelto válidamente por RUBAU e incorrectamente por PESR, por lo que se establece que PESR no tiene derecho a ejecutar la Garantía de cumplimiento emitida el 28 de diciembre de 2015 en favor de RUBAU por BBVA y se ordena a PESR que devuelva a RUBAU dicha garantía de cumplimiento de BBVA. En cuanto a la garantía de anticipo del Banco Sabadell.

En cuanto a la Garantía de Anticipo, dicho laudo condena a RUBAU a pagar a PESR la suma de 4.485.167,83 euros del anticipo relacionado con el aval del Banco Sabadell, más los intereses aplicables a dicha cantidad según lo pactado (que eran los establecidos en la Ley de Obligaciones de Macedonia).

Se transcribe la parte dispositiva del Laudo respecto a e Los intereses que se condena a pagar a RUBAU son los relativos al importe del anticipo garantizado por el aval del Banco Sabadell, 4.485.167,83 euros, que es exactamente el mismo importe sobre el que se determinan los daños y perjuicios de la medida cautelar. Además, estos intereses comprenden las mismas fechas a las que se refiere el Auto que estamos recurriendo. Y finalmente, estos intereses tienen su fundamento en la falta de disposición por parte de PESR de la cantidad esos 4.485.167,83 euros, al igual que los intereses que se determinan en el auto que recurrimos CUARTA.- Ausencia de culpa o negligencia. No puede considerarse un supuesto de responsabilidad objetiva y automática.

El Auto impugnado considera que la determinación de daños y perjuicios una vez estimada la oposición a las medidas cautelares alzadas es un supuesto de responsabilidad objetiva y automática conforme a los arts. 712 y ss en relación con el art. 742 de la LEC, por lo que sólo procede establecer su valoración.

Sin embargo, el supuesto del artículo 742 de la LEC se refiere a que el Juez estimase la oposición a una medida cautelar inicialmente decretada sin previa audiencia del demandado, en cuyo caso bastaría que alcanzase firmeza el auto estimatorio de dicha oposición para que pudiera acudir, sin necesidad de esperar a la finalización del proceso principal, al procedimiento para determinar los eventuales daños y perjuicios.

Ese no es el caso que aquí nos ocupa. No estamos ante una medida cautelar revocada por mor de la oposición planteada por la contraparte. Hay que recordar, además, que una vez acordada la medida cautelar que nos concierne inaudita parte, PESR ni siquiera se opuso al Auto de 22 de septiembre de 2021.

Aunque la Juzgadora indica que la producción del daño sería independiente a la existencia o no de tal oposición, entendemos que la solución no puede ser la misma, a tenor de lo previsto en el art. 745 de la LEC, cuando el alzamiento de la medida no deriva de una decisión adoptada en el seno del propio incidente cautelar, sino como consecuencia devenida del resultado del litigio principal.

Hay que tener en cuenta que en relación con ese artículo 745 de la LEC dicho precepto, al igual que el art. 742 de la LEC, no declara ni siquiera una forma implícita, que la responsabilidad derivada de las medidas alzadas sea de tipo objetivo, por lo que lo procedente es aplicar un principio general de culpa, basado en el artículo 1902 del Código Civil.

Lo contrario, como se indica en el auto recurrido, supondría una interpretación extensiva que, en definitiva, restringiría significativamente el derecho a impetrar un auxilio cautelar de los órganos jurisdiccionales, pues



cualquier medida revocada podría dar lugar a daños y perjuicios, algo que acabaría por incidir en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Citamos por todas, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de enero de 2007 (JUR 2007/274823) relativo al art. 745 de la LEC. Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se ha producido una actuación culpable de RUBAU a la hora de solicitar las medidas cautelares que nos conciernen.

El mero ejercicio de un derecho no puede ser sancionado con una indemnización como la que aquí se solicita por PESR so pena de coartar la posibilidad de acceso a la jurisdicción a quien entiende que es titular de un determinado derecho y lo ejercita ante los tribunales, lo que constituye un derecho constitucionalmente reconocido (artículo 24 CE), en un caso, además, en que no se declara que mi mandante haya actuado dolosamente, ya que no ha sido así. Y ello sin mencionar que una vez adoptada dicha medida cautelar, PESR no formuló oposición a dicho Auto en el plazo de 20 días desde su notificación. Dicho esto, y volviendo a la ausencia de culpa por parte de RUBAU, hay que destacar igualmente que el Laudo dictado ha puesto de manifiesto la total improcedencia de la ejecución del aval del BBVA que ha pretendido insistentemente y manera maliciosa PESR desde el 2019, poniendo de manifiesto la razón que asistía a RUBAU. Es más, el Tribunal Arbitral falla que PESR incumplió su obligación de pago de la IPC nº 8, declarando que el contrato fue resuelto válidamente por RUBAU e incorrectamente por PESR, por lo que se establece que PESR no tiene derecho a ejecutar dicha Garantía de cumplimiento del BBVA. Por otro lado, en cuanto al aval del Banco Sabadell y el anticipo, ya se ha explicado que se ha procedido a solicitar la nulidad parcial del Laudo ante los Tribunales competentes al haber computado dos veces el importe del anticipo, aunque en cualquier caso el pronunciamiento del Laudo tampoco comporta ni supone la existencia de ninguna culpa de RUBAU ya que si no cualquier petición no concedida en un procedimiento judicial, algo que acaba por incidir en el derecho a la tutela judicial efectiva. A mayor abundamiento, del Auto de 10 de junio de 2022 que dispuso el alzamiento de las medidas cautelares no se desprende la inoportunidad o el carácter caprichoso de la medida alzada por el dictado del Laudo dictado en el procedimiento principal, sin que se incluya tampoco ningún tipo de mención a la existencia de culpa, negligencia o similar por parte de RUBAU.

QUINTA.- La determinación de los daños y perjuicio y su improcedencia.

5.1.- Se han de acreditar y probar los daños y perjuicios efectivamente reclamados.

En cualquier caso, entendemos que no siempre ni en todos los casos ni todas las medidas cautelares, de forma inexorable derivarán en unos daños y perjuicios.

Sólo surgirá dicha obligación de indemnizar daños y perjuicios si realmente se ha causado un daño en el patrimonio de la persona o entidad que era la parte pasiva o demandada en las medidas cautelares alzadas. Y en el supuesto que aquí nos ocupa, no se están acreditando unos daños superiores o diferentes para PESR por la falta de disposición de la suma de 4.485.167,83 euros del

anticipo garantizados por el aval de Banco Sabadell de los que ya se han reconocido en el Laudo.

5.2.- La determinación de daños y perjuicios contenida en el auto impugnado es totalmente improcedente La determinación de los daños y perjuicios de la medida cautelar que resuelve del Auto considera, según se indica en la resolución impugnada, las siguientes cuestiones:

(i) La caución que se acordó para la adopción de la medida cautelar partió de la premisa de la falta de disposición de la cantidad del anticipo pendiente objeto de aval considerando los intereses legales que dicho importe podía llegar a generar.

(ii) Los intereses del laudo arbitral y los fijados en este procedimiento de determinación de daños y perjuicios de las medidas cautelares se corresponden con premisas, importes y fechas diferentes.

(iii) No se considera que un enriquecimiento injusto a favor de PESR conforme a lo que se alega por RUBAU.

Pues bien, entendemos que las tesis de la Juez "a quo", todo sea dicho con los debidos respetos y en estrictos términos de defensa, no pueden tener una favorable acogida procediendo la total revocación del Auto recurrido.

5.2.2.- Cualquier perjuicio por la falta de disposición del importe del aval, ya está sobradamente compensado con los intereses incluidos en el laudo arbitral, no pudiendo duplicarse intereses para compensar la falta de disposición de ese mismo importe por parte de PESR.

Por otro lado, el Auto recurrido dice que de todas formas la imposibilidad o falta de disposición del dinero del anticipo garantizada por el aval del Banco Sabadell provoca un daño en el patrimonio de quien tenía derecho a percibir ese importe. Y como el dinero es un bien susceptible de producir rendimientos mediante su inversión debe considerarse que estos daños y perjuicios deben ser el interés legal del dinero en España En relación con ello, se dice que los intereses del laudo arbitral y los fijados en este procedimiento de determinación de



daños y perjuicios de las medidas cautelares se corresponden con premisas, importes y fechas diferentes, remitiéndose al auto de fecha 24 de julio de 2023 de determinación de daños y perjuicios seguido en el otro procedimiento de medidas cautelares 1145/2019 adoptadas con carácter previo (prohibición de ejecución del aval) a las que aquí nos ocupan.

En absoluto podemos estar de acuerdo con estas aseveraciones que, entendemos, dan lugar a una resolución errónea contraria a los hechos, el derecho y a la equidad que deben presidir todas las resoluciones judiciales. : SEXTA.- Incongruencia del Auto que concede más de lo pedido. SÉPTIMA.- Error en los cálculos relativos al importe concedido en el auto impugnado.

Pero es que, además, como ya denunciábamos en nuestro escrito de oposición, en el periodo del 22 de septiembre de 2021 al 14 de septiembre de 2022, que es el concedido en el Auto recurrido, el importe correcto sería de 129.312,42 euros, que no sólo es inferior al importe concedido en el auto (131.974,53 euros), sino también al pedido por PESR según manifestó en la vista celebrada (130.868,60 euros).

Este sería el cálculo correcto como se indicaba en las págs. 27 y 28 de nuestro escrito de oposición.

TERCERO.-El auto objeto del recurso de apelación trae causa en los siguientes antecedentes y que son :

El 12 de enero de 2016, la constructora RUBAU y PESR celebraron un contrato para la construcción de una serie de carreteras y otras infraestructuras en la República de Macedonia del Norte. En el contexto de este contrato, RUBAU prestó dos garantías relacionadas 1) un aval por importe de 3.190.249 euros en la entidad BBVA, S.A.; 2) un aval a primer requerimiento denominado "garantía de pago anticipado" por importe de 4.785.373 euros en BANCO DE SABADELL, S.A., cuya cuantía pendiente de devolución según lo reclamado por PESR era de 4.485.167,83 euros. El importe que garantizaba el aval del Banco Sabadell se iba reduciendo conforme se iba procediendo a la devolución del anticipo.

. En julio de 2019 surgió entre las partes contractuales una disputa relativa a la ejecución del contrato y su resolución anticipada operada por RUBAU el 9 de julio de 2019, y la posterior de PESR de 8 de agosto de 2019. Dicha controversia se dirimió mediante un procedimiento arbitral en la Cámara de Comercio Internacional.

RUBAU interpuso el 12 de julio de 2019 una demanda de medidas cautelares "inaudita parte" frente a PESR ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona solicitando la suspensión de los dos avales prestados por RUBAU en BANCO DE SABADELL, S.A. y BBVA, S.A.

Por Auto de fecha 15 de julio de 2019 se acordó conceder la medida cautelar solicitada por RUBAU. No obstante, tras la oposición de PESR, la medida cautelar fue revocada por Auto de 15 de julio de 2021.

Alzada dicha medida Construcciones Rubau formulo petición de medidas contra Empresa Pública de Carreteras del Estado de la República de Macedonia (PESR), en la que se insta contra Empresa Pública de Carreteras del Estado de la República de Macedonia (PESR),

"El embargo preventivo de las cantidades a entregar, entregadas o pendientes de entrega a PESR por parte de SABADELL y/o BBVA como consecuencia de la ejecución de las garantías prestadas por RUBAU en virtud del contrato de obras suscrito por las partes, yacuerde la adopción de las medidas necesarias para asegurar la efectividad del embargo, librando para ello los oficios que correspondan a SABADELL y/o BBVA o cualquier otra entidad financiera que pudiera resultar destinataria de las sumas percibidas."

Por auto de fecha 22/09/2021 dictado en las medidas cautelares previas nº 1730/2021 del que trae causa el presente rollo de apelación se acordó :

Que procede el embargo preventivo de las cantidades pendientes de

entrega a PESR por parte de SABADELL y BBVA como consecuencia de la ejecución de las siguientes garantías:

a) Garantía de cumplimiento otorgada por BBVA con número 6252340100205134 en fecha de 28 de diciembre de 2015, a favor de Empresa Pública de Carreteras del Estado (Macedonia) y con vencimiento en fecha de 30 de enero de 2020.

b) Garantía de anticipo otorgada por Banco de Sabadell con número

10001047694 en fecha de 23 de marzo de 2016, a favor de Empresa

Pública de Carreteras del Estado (Macedonia) y con vencimiento en fecha de 20 de febrero de 2020.

Así como otras garantías que hubieran podido otorgarse en relación con el contrato de obras suscrito en fecha de 12 de enero de 2016 por Construcciones Rubau S.A con PESR y denominado "Construcción de la Autovía Gradsko - Prilep. Sección: Farish - Drenovo. Km. 0+000 - Km. 10 + 197".



Y ello previa prestación por la parte actora de caución para responder de los daños y perjuicios que pudieran causarse en la cuantía de 589.978 € en dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trata.

Líbrense los mandamientos oportunos para la efectividad de la presente resolución.

Con fecha de 10 de junio de 2022 se dictó auto en el procedimiento de medidas cautelares nº 1730/2021 por el que las mismas fueron alzadas en concreto en dicho AUTO consta :

PRIMERO. - Por auto de 22 de septiembre de 2011 se acordó a petición su favor en el procedimiento arbitral seguido contra Empresa Pública de Carreteras del Estado de la República de Macedonia (en adelante, PESR) antela Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional la medida cautelar siguiente:

embargo preventivo de las cantidades pendientes de entrega a PESR por parte de SABADELL y BBVA como consecuencia de la ejecución de las siguientes garantías:

a) *Garantía de cumplimiento otorgada por BBVA con número 6252340100205134 en fecha de 28 de diciembre de 2015 , a favor de Empresa Pública de Carreteras del Estado (Macedonia) y con vencimiento en fecha de 30 de enero de 2020.*

b) *Garantía de anticipo otorgada por Banco de Sabadell con número 10001047694 en fecha de 23 de marzo de 2016 , a favor de Empresa Pública de Carreteras del Estado (Macedonia) y con vencimiento en fecha de 20 de febrero de 2020.*

Así como otras garantías que hubieran podido otorgarse en relación con el contrato de obras suscrito en fecha de 12 de enero de 2016 por Construcciones Rubau S.A con PESR y denominado "Construcción de la Autovía Gradsko -Prilep. Sección: Farish - Drenovo. Km. 0+000 - Km. 10 + 197".

SEGUNDO.- En fecha de 23 de noviembre de 2021 recayó laudo arbitral en aquel procedimiento cuya parte dispositiva es la siguiente:

República de Macedonia del Norte incumplió su obligación de pago del IPC No.

8 en virtud del Contrato;

b) *El Tribunal declara que el Contrato fue rescindido válidamente por Construcciones Rubau S.A. en virtud de la Subcláusula 16.2 del Contrato, a partir del 9 de julio de 2019;*

c) *El Tribunal declara que la Empresa Pública de Carreteras del Estado de la República de Macedonia del Norte no tiene derecho en virtud del Contrato para hacer cumplir la Garantía de Buena Ejecución emitida el 28 de diciembre de 2015 a Construcciones Rubau S.A. por parte del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA);*

d) *Se ordena a la Empresa Pública de Carreteras del Estado de la República de Macedonia del Norte que devuelva a Construcciones Rubau S.A. la Garantía de Buena Ejecución emitida el 28 de diciembre de 2015 por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA);*

e) *Se condena a Construcciones Rubau S.A. a pagar inmediatamente a la Empresa Pública de Carreteras del Estado de la República de Macedonia del Norte la cantidad de 4.485.167,83 euros e intereses simples sobre la suma de la siguiente manera:*

i. desde el 23 de agosto de 2019 hasta el 15 de marzo de 2020, al tipo de interés interbancario ofrecido en euros (Euribor), aumentado en 10 puntos porcentuales, por año, determinándose el tipo de interés semestralmente al tipo del Euribor a un mes para euros, válido el último día del semestre

anterior al semestre actual;

ii. desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 29 de junio de 2020 aumentó en 5 (cinco) puntos porcentuales, por año, determinándose el tipo de interés al tipo del Euribor mensual para euros vigente el último día del mes anterior;

iii. a partir del 30 de junio de 2020 y hasta el pago total, al tipo de interés interbancario del euro (Euribor), incrementado con 10 puntos porcentuales, por año, determinándose el tipo de interés semestralmente al tipo del Euribor de un mes para euros, válido el último día del semestre anterior al semestre actual;

f) Cada Parte sufragará el 50% de los costos de **arbitraje** que fueron fijados por la Corte de la ICC en 730.000 USD.

g) Cada Parte sufragará sus propios costos.

h) El Tribunal niega todas y cada una de las demás reclamaciones y oraciones de reparación presentadas por las partes en este procedimiento.

El Tribunal arbitral dictó en fecha de 28 de marzo de 2022 una resolución por la que denegaba todas las peticiones de rectificación, complemento e interpretación del laudo formuladas por Construcciones Rubau S.A.

TERCERO.- Por escrito de 19 de diciembre de 2021 de 2021 PESR solicitó el alzamiento parcial de las medidas cautelares en relación con la garantía prestada por el Banco de Sabadell. Por escrito de 20 de diciembre de 2021

Construcciones Rubau S.A solicitó el mantenimiento de las medidas y por escrito

de 3 de febrero de 2022 PESR se opuso al mismo, quedando los autos para resolver en fecha de 3 de febrero de 2022.

Siendo el fundamento básicamente de dicha resolución :

En el presente supuesto , del fundamento primero del auto de 22 de septiembre de 2021 que adoptó la medida se desprende con claridad que el fundamento principal de la misma es el aseguramiento de la eventual condena dineraria a cargo de PESR y a favor de Construcciones Rubau S.A en el procedimiento arbitral , y a la vista de la parte dispositiva del laudo es evidente que no existe condena alguna de PESR a favor de Construcciones Rubau S.A, sino que se condena a Construcciones Rubau S.A a abonar a PESR una cantidad de 4.485.167,83 €

La resolución recurrida trae causa de un incidente de liquidación de daños y perjuicios tramitado conforme a los arts. 742 y 712 LEC fruto de la revocación de un auto que adoptó unas medidas cautelares.

Y como se ha señalado dichas medidas cautelares consistieron en el embargo preventivo de las cantidades pendientes de entrega a PESR por parte de Banco de Sabadell y BBVA , como consecuencia de la ejecución de las garantías a primer requerimiento otorgadas a su favor .

Por Auto de fecha 10 de junio de 2022 se acordó el alzamiento de dichas medidas y en cuanto a la caución prestada se acordó su devolución a CONSTRUCCIONES RUBAU S.A

El auto recurrido estima como hemos señalado la liquidación de daños y perjuicios solicitada por PESR, los cuales se derivan de no haber podido disponer de un aval a primer requerimiento, prestado por RUBAU, por importe de 4.485.167,83, entre el 22 de septiembre de 2021 , fecha en que se dictó el auto de medidas cautelares y fija como dies ad quem el día en que cesó la indisponibilidad, que no es la fecha del auto que dejó sin efecto la medida (10 de junio de 2022) sino la fecha en que se entregó la cantidad objeto de embargo depositada en la cuenta del Juzgado a Banco de Sabadell (14 de septiembre de 2022) , pues a partir de este momento solo dependió de la entidad bancaria la entrega de la misma a PESR. y se fijan en los intereses legales de dicha suma de dinero, calculados conforme a la ley española.

Señala además la resolución impugnada :



Ello es así porque los intereses pactados contractualmente lo fueron para las cantidades que se deriven del propio contrato y no para la fijación de un concepto como el daño causado por la indisponibilidad de la cantidad objeto de garantía, el rendimiento probable de la cual se acerca más, por otro lado, al tipo del interés legal del dinero que a los tipos pactados por las partes en el contrato, siendo que se trata de ajustar lo más posible la indemnización al alcance real del daño patrimonial causado.

Y no aprecia la existencia de un enriquecimiento injusto opuesto por la parte recurrente al mantener :

Sin embargo , dicha figura solo puede apreciarse cuando el desplazamiento patrimonial no tiene una base contractual o legal que lo justifique, lo que no es el caso, pues la indemnización de los daños causados por la medida cautelar improcedente está prevista en el art. 741 LEC y ha sido objeto de una declaración judicial en el auto de 15 de julio de 2021, declaración que ha devenido firme el 1 de diciembre de 2021.

CUARTO.-Sentados los anteriores antecedentes ,en cuanto al primer motivo del recurso en cuanto la parte recurrente mantiene el error de la Juzgadora de Instancia al considerar que estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad objetiva automática .

Señalar que la resolución de Instancia no incurre en el error invocado ya que como se recoge en el Fundamento Jurídico primero de dicha resolución :

Conforme al art. 741 LEC, cuando estimada la oposición a lasmedidas cautelares éstas se alzan, el actor será condenado al pago de losdaños y perjuicios producidos.

Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva y automática, en que enel procedimiento de cuantificación conforme al art. 712 y siguientes al que seremite el art. 742 LEC lo que procede es la fijación de las partidas que loscomponen y su valoración.

No obstante, como en cualquier supuesto de responsabilidad objetiva, lo que debe quedar determinado con claridad es la relación de causalidad entre laconducta de aquel frente a quien se reclama- en este caso la medida cautelar

adoptada- y los daños que se reclaman.

Así lo estableció la STS (sección 1) del 29 de octubre de 2015 (ROJ: STS4441/2015):"

En consecuencia no existiría tal error ya que como ya lo valora y con cita de la STS en todo caso como en cualquier supuesto de responsabilidad objetiva, lo que debe quedar determinado con claridad es la relación de causalidad entre la conducta de aquel frente a quien se reclama- en este caso la medida cautelar adoptada- y los daños que se reclaman. y esto es lo que valora la resolución de instancia cuestión distinta es que la parte no comparta lo resuelto y que también es objeto de recurso de apelación .

QUINTO.-Sentado lo anterior la cuestión controvertida en esta alzada queda limitada a determinar si los intereses a cuyo pago fue condenada RUBAU en el procedimiento arbitral y los daños y perjuicios solicitados por PESR en esta pieza del *art. 712 LEC* ,que se proyectan respecto de idéntica cantidad (4.485.167,83), obedecen a fundamentos distintos.

Dicha cuestión ha sido ya resuelta por la Sección Primera de esta Audiencia en resolución de fecha 26 de abril de 2024 , en un incidente de medidas cautelares que dimana del mismo procedimiento ordinario en que se acordaron si bien en aquel supuesto la medida cautelar acordada lo era de la suspensión de los dos avales prestados por RUBAU en BANCO DE SABADELL, S.A. y BBVA, S.A, dicha resolución efectúa los siguientes razonamientos y que esta Sala comparte :

Expuesto cuanto antecede, no puede compartirse con la resolución recurrida ni con la parte apelada que los intereses a cuyo pago fue condenada RUBAU en el procedimiento arbitral y los daños y perjuicios solicitados por PESR en esta pieza del *art. 712 LEC* ,que se proyectan respecto de idéntica cantidad (4.485.167,83), obedezcan a fundamentos distintos. Ambas compensan el daño derivado de no haber podido disponer de una determinada suma de dinero en periodos prácticamente coincidentes. Si bien PESR puntualiza que los intereses impuestos por el laudo arbitral responden al "retraso" por parte de RUBAU en abonar el importe de 4.485,167,83 euros, nos hallamos en ambos casos ante unos intereses de demora cuya razón de ser es compensar el perjuicio que supone no disponer de ellos en el momento en que la suma antedicha es solicitada por quien dice tener derecho a ella. Si se hubiese dictaminado en el procedimiento arbitral que PESR no tenía derecho a esta suma de dinero, no habría procedido reclamar intereses ni por la vía arbitral ni la judicial prevista en el *art. 712 LEC* .Asimismo, si, por las razones que fuere, en el procedimiento arbitral no hubiese habido pronunciamiento sobre estos intereses, sí que habría quedado abierta la vía del *art. 712 LEC* para que PESR se resarciese, velándose así por la indemnidad patrimonial de dicha entidad.



No se ha acreditado ni alegado por PESR en esta pieza la existencia de ningún daño distinto de aquél que fue resarcido por el procedimiento arbitral, como podría ser la pérdida de oportunidad de realizar una inversión concreta con la suma de dinero que se hallaba bloqueada por el Auto que concedió las medidas cautelares "inaudita parte". Este daño, el retraso en disponer de este dinero, solo se produce una vez, independientemente de los mecanismos a los que se haya acudido para producirlo. Abonar dos veces unos intereses por no haber podido disponer de la suma de dinero antes indicada sí que supondría un enriquecimiento injusto a favor de PESR, en el sentido de desplazamiento patrimonial sin causa (*STS 352/2020, de 24 de junio*).

En esta línea, los daños y perjuicios derivados de la revocación de las medidas cautelares no son un supuesto de daños "in re ipsa", es decir, de automática producción, lo cual encuentra tasadas manifestaciones en el ordenamiento jurídico (así ocurre, por ejemplo, con los daños derivados de la vulneración del derecho al honor, intimidad y propia imagen, como se desprende del *art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*). Nuestro Derecho contempla la posibilidad de resarcir los daños y perjuicios por la revocación de una medida cautelar, como ocurre también por la revocación de la resolución que ha originado una ejecución provisional que luego es revocada (*art. 533.3 LEC*), como mecanismo de cierre para velar por la indemnidad patrimonial del afectado por dichos actos. Pero puede ocurrir que una medida cautelar no produzca ningún daño real aunque luego sea revocada, lo que determina que no proceda estimar solicitud al amparo del *art. 712 LEC* en dicho caso concreto. En esta dirección se pronuncian la *STS 584/2014, de 29 de octubre* y la *SAP Barcelona (Sección 15ª) 154/2021, de 14 de octubre*.

Tampoco la previsión del *art. 742 LEC* se refiere a una suerte de daños "en abstracto". Parece pretender sostener la parte apelada que la adopción de una medida cautelar como la suspensión de un aval a primer requerimiento origina una suerte de daño automático y abstracto porque la mera concesión de esta medida cautelar (aunque luego se corrija por la vía de revocación) supone desnaturalizar el aval a primer requerimiento, dejándolo vacío de contenido. En efecto, si se pudiese dejar inoperantes los avales a primer requerimiento por vía de medidas cautelares se alteraría la propia razón de ser de esta garantía en el tráfico jurídico. Estas consideraciones, que tuvieron éxito en cuanto al fondo del asunto (se revocó la medida cautelar por esta razón) no deben suponer, en todo caso, la imputación de un daño a RUBAU, quien actuó amparada en todo momento por una resolución judicial, sino que, en su caso y en un plano teórico, darían lugar a responsabilidad prevista en el *art. 121 CE* .

Rechazada la razón principal en la que el Auto recurrido funda la estimación de las pretensiones de PESR, tampoco puede compartirse con dicha resolución que el hecho de que, para calcular la caución que debía prestar RUBAU al objeto de que se suspendiera el aval a primer requerimiento de BANCO DE SABADELL, S.A., se liquidaran los intereses legales de la suma retenida, constituye un indicio de la procedencia de lo pretendido por PESR. La fijación de la caución es puramente instrumental y su única finalidad es evitar el ejercicio de pretensiones abusivas, subordinando la adopción de la medida cautelar a su prestación, sin que en nada prejuzgue en cuanto al fondo la propia adopción de la medida cautelar ni las consecuencias de su levantamiento.

Finalmente, se debe apuntar que, como reconoce la apelante, el periodo objeto de resarcimiento por la Cámara de Comercio Internacional se inicia el 23 de agosto de 2019, cuando el Auto que adoptó la medida cautelar de suspensión del aval es de 15 de julio de 2019. El segmento de tiempo que abarca del 15 de julio al 23 de agosto de 2019, no cubierto por el resarcimiento concedido en el procedimiento arbitral es, por ello, el único periodo que debe obtener favorable condena al pago de intereses en este incidente, y ello conforme a la Ley española, ya que la parte apelada no ha recurrido la desestimación de la pretensión principal interpuesta en la pieza de la que provienen estas actuaciones (*art. 465.5 LEC*), conforme a la cual pretendía la liquidación de intereses según la Ley de Obligaciones de la República de Macedonia, siendo solo subsidiaria la aplicación del interés legal vigente en España.

Lo que aplicado al caso presente, y no constando acreditado más perjuicio por la parte apelada que el derivado de la indisponibilidad de dicho aval, que es precisamente lo que se indemniza por la Cámara de Comercio Internacional, de acogerse existiría efectivamente un enriquecimiento injusto ya que por un mismo concepto se le hubiera indemnizado dos veces y además lo más relevante es que la parte actora en este procedimiento aparte del daño por la indisponibilidad no ha acreditado más perjuicios originados a consecuencia de dicha medida cautelar.

Señalar asimismo en cuanto a la alegación de la parte apelada que tampoco puede compartirse como mantiene la parte apelada que los intereses que se reclaman como daños y perjuicios en este incidente tendrían su origen ex lege y en la resolución judicial que estimo la oposición de las anteriores medidas cautelares, ya que como se recoge en la resolución de la AP **AAP, Civil sección 5 del 04 de abril de 2017 (ROJ:AAP MA 126/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:126A)**



No obstante, conviene precisar la naturaleza de la acción de que se trata y en este sentido ha de afirmarse que el hecho de venir amparada en el *artículo 1902 del Código Civil* no ha de variar la propia consideración que el legislador ha hecho sobre el ejercicio de tal derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que hubiera podido causar la adopción de medidas cautelares, que pudieran calificarse de injustificadas según el resultado del proceso. Es la *Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)* la que se refiere a dichas reclamaciones y así cuando el *artículo 745*, para el caso de alzamiento de las medidas, dice que «se procederá conforme a lo dispuesto en el *artículo 742* respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado», está poniendo de manifiesto, por un lado, que no se entienden producidos tales daños o perjuicios "ex re ipsa" ya que se refiere a unos daños hipotéticos que han de alegarse y justificarse; y por otro que, acreditada la existencia de los mismos, no puede quien instó la medida alegar inexistencia de mala fe por su parte para eximirse de la obligación indemnizatoria, pues lo mismo que ha de satisfacer las costas cuando es condenado en virtud del principio de vencimiento objetivo, con independencia de la buena o mala fe en su actuación procesal, también ha de asumir el riesgo derivado de su petición de medidas cautelares. De ahí que la configuración legal venga a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, pero condicionada en su exigencia a la demostración de los concretos daños o perjuicios sufridos. Ello resulta claramente también de lo dispuesto por el *artículo 742* cuando habla de «daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada» y conecta con el *artículo 712* y siguientes, a los que se remite, exigiendo concretamente el *artículo 713.1* que «junto con el escrito en que se solicite motivadamente su determinación judicial, el que haya sufrido los daños y perjuicios presentará una relación detallada de ellos, con su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos». El hecho de que se trate de una responsabilidad con un fundamento legal tan específico no determina que se trate de una responsabilidad "ex lege", como afirma la recurrente. En sentido amplio, toda la responsabilidad es "ex lege" porque de una u otra forma toda la responsabilidad tiene su fundamento en una norma legal: la extracontractual, en el *art. 1902 CC (LEG 1889, 27)*, entre otras numerosísimas normas; la contractual, en el *art. 1101 CC* y en las normas que regulan cada uno de los contratos. Una y otra responsabilidad (la contractual y la extracontractual) existen con independencia de que el título por el que se responda sea más o menos subjetivo: existe responsabilidad contractual de carácter subjetivo y responsabilidad contractual de carácter objetivo, consecuencia de la idea sobre la distribución de los riesgos que el legislador haya tomado como referencia para establecerla; y también existe responsabilidad extracontractual de carácter subjetivo y de carácter objetivo u objetivado. Pero, el carácter subjetivo u objetivo no permite excluir que se trate de responsabilidad extracontractual.

Toda la responsabilidad por daños obedece al esquema propio de la responsabilidad contractual o de la extracontractual.

Pero cuando se habla de responsabilidad "ex lege" en sentido propio se está haciendo referencia a un tipo de responsabilidad distinto. Se trata de una responsabilidad que dimana del incumplimiento de obligaciones legales en sentido estricto, distintas al incumplimiento de las obligaciones contractuales o al incumplimiento del genérico deber de cuidado.

La responsabilidad a la que hace referencia el *art. 742 LEC* no pertenece a esta última categoría sino que se trata de una responsabilidad por daños. Que los hechos que la determinan se hayan podido objetivar no cambia las cosas: se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual que, en lo no previsto de forma específica, debe seguir el régimen propio de ésta. Así, si bien el requisito de la culpa no es exigible en este tipo de responsabilidad, de forma que el solicitante asume el riesgo de tener que resarcir daños por el mero hecho de que las medidas se terminen revocando, ello no significa que no sea preciso que concurren otros elementos típicos de las acciones de daños, tales como el nexo causal y la prueba del daño efectivamente sufrido.

En cuanto a lo planteado por la parte apelada como obstáculo para aplicar lo resuelto por la Sección Primera de esta Audiencia por las medidas cautelares instadas por Rubau, en el sentido de que si prospera el recurso interpuesto por construcciones Rubau contra el Laudo, y en consecuencia la misma habrá quedado impedida de cobrar la Garantía de Pago Anticipado ni por el Laudo arbitral al quedar excluida del Laudo la petición relativa al pago anticipado y a su garantía y la misma quedaría desprovista de resarcimiento alguno.

Señalar que la normativa ya prevé supuestos legales para prevenir situaciones como la presente que describe la parte apelada y que se ponen a la disponibilidad de la partes. Y sin que esta posibilidad modifique en nada que los daños resarcibles en dicho procedimiento y en el presente no son distintos ya que como se recoge en la resolución de la Sección 1ª de esta Audiencia y esta Sala comparte cuando dice:

No se ha acreditado ni alegado por PESR en esta pieza la existencia de ningún daño distinto de aquél que fue resarcido por el procedimiento arbitral, como podría ser la pérdida de oportunidad de realizar una inversión concreta con la suma de dinero que se hallaba bloqueada por el Auto que concedió las medidas cautelares "inaudita parte". Este daño, el retraso en disponer de este dinero, solo se produce una vez, independientemente



de los mecanismos a los que se haya acudido para producirlo. Abonar dos veces unos intereses por no haber podido disponer de la suma de dinero antes indicada sí que supondría un enriquecimiento injusto a favor de PESR, en el sentido de desplazamiento patrimonial sin causa (STS 352/2020, de 24 de junio).

Con lo cual solo restaría analizar el periodo no coincidente para el abono de dichos intereses . Y siendo que en el Laudo arbitral se fijan los intereses desde el 23 de agosto de 2019 hasta el completo Pago es decir hasta la transferencia realizada a PESR el 14 de septiembre de 2022 , en el supuesto presente la medida cautelar acordada queda completamente incluida dicha indemnización completamente en los intereses acordados en el laudo arbitral , dado que el periodo indemnizable va del 22 de septiembre de 2021 al 22 de septiembre de 2022 ,con lo cual deberá estimarse el recurso y con revocación de la resolución recurrida desestimar la indemnización de daños y perjuicios reclamados .

SEXTO.- Costas.

Al estimarse el recurso de apelación no procede hacer pronunciamiento expreso en materia de costas en esta alzada conforme a lo dispuesto en el Art 398 de la L.EC.

. Y en cuanto a las de Instancia se impondrán a la parte instante del incidente , todo ello de conformidad con lo dispuesto en Los Arts 716y 394de la L.EC.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: SE ESTIMA, el recurso de apelación formulado por CONSTRUCCIONES RUBAU, S.A. contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona de fecha 5 de abril de 2024, en los autos de incidente de liquidación de daños y perjuicios, de los que este Rollo dimana.

En consecuencia, se revoca dicha resolución , DESESTIMANDO la petición de daños y perjuicios formulada por la Empresa Pública de

Carreteras del Estado de la República de Macedonia del Norte contra CONSTRUCCIONES RUBAU S.A,

Con imposición de las costas de Instancia a la parte instante

No se hace pronunciamiento expreso en cuanto a las costas de esta alzada

Y con devolución del depósito constituido para recurrir

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno (art. 477 LEC).

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados.

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.