

25. RAMÓN C. PELAYO

**MEDIDAS CAUTELARES Y ERROR JUDICIAL:
LOS MEDIOS Y LOS FINES**

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO (SALA 1.^a), DE 25 DE ABRIL DE 2011**

Ramón C. PELAYO JIMÉNEZ
Socio-Director
Abogado del Estado excedente

Arturo MUÑOZ ARANGUREN
Abogado asociado

Ramón C. Pelayo Abogados

RESUMEN

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto del comentario resuelve una demanda por error judicial planteada ante la Sala Primera, como consecuencia del dictado de un Auto por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, que rechazaba alzar las medidas cautelares acordadas en su día para garantizar el resultado de un proceso arbitral que finalizó indefectiblemente, al declararse el árbitro incompetente para conocer de la cuestión litigiosa.

Se examinan la naturaleza y alcance de la figura de la medida cautelar, los argumentos utilizados por la Sentencia para desestimar la demanda de error judicial y la exigencia jurisprudencial de la acreditación de un perjuicio efectivo y valuable como presupuesto necesario para estimar la acción.

ABSTRACT

The Supreme Court ruling subject of the commentary resolves a lawsuit for judicial error raised before the Civil Division, regarding an injunction granted by the Court of First Instance No. 3 of Marbella, who refused to lift the precautionary measures granted in their day to ensure the result of an arbitration process which inevitably ended, due to the fact that the arbitrator has denied his jurisdiction over the matter in dispute.

This paper analyses the nature and extent of the figure of the injunction, the arguments used by the ruling to dismiss the complaint of judicial error and the case law requirement of proving actual and valuable harm, as a premise for the success of the claim.

1. HECHOS

1.1. La sociedad A, S.L. presentó demanda solicitando la ejecución de un aval a primer requerimiento otorgado por la entidad bancaria X en su favor, en garantía de la correcta ejecución de unas obras por parte de la entidad B, S.A., a realizar en un municipio de la Costa del Sol.

Como consecuencia de la citada demanda, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Málaga dictó Sentencia con fecha 26 de junio de 2007, estimando la misma, y condenó a la entidad bancaria a abonar la cantidad de 1.328.600 euros, más los intereses legales. El Banco X, a la vez que preparaba e interponía recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado núm. 2 de Málaga, procedió a la consignación judicial de la cantidad reclamada en la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga, mediante Sentencia de 12 de febrero de 2008, confirmó íntegramente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Málaga y, consecuentemente, la correcta ejecución del aval prestado por la entidad BBVA.

1.2. Paralelamente a lo anterior, B, S.A. (entendiendo que las discrepancias entre las partes como consecuencia del contrato de ejecución de obra estaban sometidas a arbitraje de equidad) solicitó de la Demarcación en Málaga del Colegio de Ingenieros de Caminos el nombramiento de un árbitro para dilucidar las diferencias, mientras que la entidad A, S.L., sosteniendo que la controversia no estaba sometida a arbitraje de equidad sino a los Tribunales de Justicia, pre-

sentó la oportuna demanda contra la sociedad B, S.A, que recayó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella.

1.3. Estando así la situación, A, S.L. solicitó del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Málaga la entrega de la cantidad consignada por el Banco X y, al mismo tiempo, B, S.A. presentó, ante los Juzgados de Marbella —recayendo en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de dicha localidad—, una solicitud de medidas cautelares al amparo de lo dispuesto en el art. 722 LEC, para asegurar las resultas del procedimiento arbitral que había puesto en marcha, pidiendo, expresamente: que la demandada retirara inmediatamente su solicitud de pago de los avales; subsidiariamente, la no ejecución de los avales del Banco X; subsidiariamente, la suspensión del pago de los avales; y, con carácter subsidiario último, si los avales hubieran sido pagados ya por el Banco X, que A, S.L. reintegrara inmediatamente todo lo percibido. Las medidas cautelares fueron solicitadas «inaudita parte» ante el órgano judicial que entendía competente con arreglo al art. 724 LEC.

La solicitud de medida cautelar «sin audiencia de parte» fue estimada mediante Auto del Juzgado de Marbella de 16 de julio de 2007, sobre la base de que se había acreditado ante el Juzgado «la realización, por la actora, de las actuaciones necesarias tendentes a poner en marcha e impulsar el procedimiento arbitral». Interesa destacar, del Auto referido, que la medida cautelar se adoptó «en aras de procurar la efectividad de la resolución [...] que pudiera recaer en el proceso arbitral que ha de seguirse entre ambas partes para dirimir la controversia existente sobre la liquidación de un contrato de obra suscrito entre ambas...».

Como consecuencia de tales medidas cautelares, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella exhortó al núm. 2 de Málaga, el cual, tomando nota del embargo preventivo, rechazó la entrega a la demandante del dinero consignado por el Banco X.

Presentada oposición a la medida cautelar y celebrada la vista, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella ratificó la medida cautelar de embargo preventivo mediante Auto de 12 de diciembre de 2007.

1.4. B, S.A. presentó, en el procedimiento iniciado por A, S.L. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella, escrito de declinatoria alegando que la controversia estaba sometida a arbitraje de equidad; tramitado el incidente, el Juzgado acogió la declinatoria al entender que, efectivamente, procedía el arbitraje.

Interpuesto recurso de apelación por la sociedad A, S.L., éste fue íntegramente estimado por Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de abril de 2009, que revocó el del Juzgado y ratificó la competencia de este último para conocer del litigio existente entre las partes y, consecuentemente, la falta de competencia del árbitro designado en el procedimiento arbitral dado que la controversia entre las partes era jurídica y no técnica.

El mencionado Auto fue aportado al procedimiento arbitral (que seguía, paralelamente, su tramitación), acreditando la falta de competencia objetiva del árbitro para dirimir la controversia —puramente jurídica— existente entre las partes, lo que provocó el posterior dictado de un laudo por parte del Sr. Árbitro, declarándose objetivamente incompetente para conocer de la materia litigiosa y archivando el proceso arbitral.

1.5. Una vez dirimida la competencia a favor de los Tribunales de Justicia, en virtud del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Málaga, la sociedad A, S.L., mediante escrito de 28 de abril de junio de 2009, solicitó del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella el levantamiento de la medida cautelar, toda vez, que, decretada la competencia de los Tribunales de Justicia, ya no podía existir laudo arbitral alguno cuya eficacia tuviera que ser asegurada por tales medidas cautelares. Además, en ese escrito se ponía en conocimiento del Juzgado que B, S.A., al contestar a la demanda ante el Juzgado

de Primera Instancia núm. 5 de Marbella, no sólo se había opuesto a la misma, sino que había planteado demanda reconvenicional y solicitado, de dicho Juzgado, la adopción de medidas cautelares para asegurar sus pretensiones, lo que acreditaba la absoluta improcedencia del mantenimiento de las medidas ordenadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella para asegurar la eficacia de un laudo arbitral que ya jamás se produciría.

La solicitud de A, S.L. fue denegada por el Juzgado mediante Auto de 25 de junio de 2009, bajo el razonamiento de que el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga no enervaba ni ponía en cuestión la concurrencia de los requisitos y la procedencia de la adopción y mantenimiento de la medida cautelar, subsistiendo, según el Juzgado, «el fundamento y la razón de ser de la medida cautelar», y ello con independencia de que la contienda entre las partes relativa al contrato litigioso fuera resuelta por un Juez o un árbitro; además, el Juzgado alegaba que no existía un laudo absolutorio favorable para la demandada, sino una resolución «distinta» que remite la decisión del conflicto a los Tribunales, y no a los árbitros.

1.6. Frente a dicha resolución, la mercantil A, S.L. interpuso recurso de reposición (el único posible) el 1 de julio de 2009, alegando la infracción de los arts. 61, 723.1, 726.1.ª, 731.1 y 745 LEC, acreditando que las pretensiones que B, S.A. formulaba en su demanda reconvenicional eran las mismas que había perseguido en el procedimiento arbitral frustrado. Además, con posterioridad —y antes de la resolución del recurso de reposición— la sociedad A, S.L. aportó al Juzgado copia del laudo arbitral de 15 de septiembre de 2009, por el que se reconocía la falta de competencia del árbitro, archivándose el procedimiento.

El Juzgado desestimó el recurso de reposición mediante Auto del Juzgado de 3 de noviembre de 2009, sin entrar a rebatir los argumentos esgrimidos en el mismo, limitándose a afirmar, en cuanto a la alegada falta de competencia del Juzgado para mantener medida

cautelar alguna —por ser el único procedimiento existente entre las partes el seguido como ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella—, que precisamente en tales autos se había planteado por la allí demandada/reconviniente la posible falta de competencia de ese órgano y la correlativa del Juzgado de Primera Instancia núm. 3; y sin que tampoco fuera óbice para el mantenimiento de la medida cautelar el hecho de que B, S.A. hubiera instado la adopción de nuevas medidas cautelares en los autos núm. 1122/07 del Juzgado núm. 5 «puesto que con ellas se trata de asegurar una cantidad mayor que la que ha sido objeto de garantizar —*sic*— en los presentes autos».

1.7. Ante la situación creada, —y la irrecurribilidad del Auto desestimatorio del recurso de reposición—, la sociedad A, S.L. interpuso ante la Sala Primera del Tribunal Supremo demanda de error judicial frente al mencionado Auto de 3 de noviembre de 2009.

Y es que, como consecuencia de lo acordado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, existía una cantidad de dinero embargada que no garantizaba el cumplimiento de ninguna eventual resolución futura, ya fuera judicial o arbitral, y que se encontraba en una suerte de «limbo jurídico». Dado que dicha medida fue acordada para garantizar el resultado de un procedimiento arbitral concreto que nunca tendría lugar, se condenaba a la sociedad A, S.L. a tener que soportar, indefinidamente, dicho embargo preventivo, puesto que, aun habiéndose acreditado ante el Juzgado la finalización del procedimiento arbitral, éste se negó a alzar la medida cautelar acordada.

En síntesis, se denunciaba en la demanda la existencia, en la resolución del Juzgado, de errores manifiestos, tanto fácticos, como jurídicos, lo que había provocado un error judicial, en los términos exigidos por el art. 293 LOPJ.

Por lo que se refiere a los fácticos, era indudable que el Auto obvió la existencia de un laudo definitivo, que ordenó el archivo de las actuaciones arbitrales (y, con ello, la finalización del procedimiento

principal), lo que suponía no tomar en consideración un dato objetivo y decisivo para la resolución de la controversia.

Y por lo que se refiere a los errores jurídicos, consistían, básicamente, en ignorar el contenido de los artículos 731.1 y 745 LEC, al no percatarse el Juzgado de que, una vez finalizado el procedimiento arbitral en garantía del cual se adoptó la medida cautelar, era imposible el mantenimiento *sine die* del embargo preventivo (debido al carácter instrumental y accesorio de las medidas), amén de no tener en cuenta la imposibilidad lógica y jurídica de que dos órganos judiciales, de forma paralela, ostentaran la competencia para acordar o mantener medidas cautelares en relación a un mismo litigio (art. 61 LEC).

Por lo que luego se dirá, y en lo concerniente a la exigencia de *daño efectivo* derivado del *error judicial* —exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo—, la entidad A, S.L. justificaba el quebranto patrimonial sufrido en la imposibilidad de disponer de los 1.328.600 euros —más los intereses legales correspondientes— que permanecían indebidamente trabados; daño que se podía cuantificar en el importe al que ascendiera el interés legal del dinero desde que se solicitó el alzamiento de la medida (lucro cesante), ya que desde ese momento tenía la indicada sociedad derecho a disponer de la cantidad consignada a su favor por el Banco X.

La demanda fue admitida a trámite mediante por la Sala Primera del TS mediante Auto de 9 de febrero de 2010, con el previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

La Sentencia núm. 305/2011 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 2011, desestimó la demanda de error judicial interpuesta, al entender que A, S.L. no habría sufrido un perjui-

cio «injusto y definitivo» por el mantenimiento de la medida cautelar, aduciendo, en primer lugar, que no era descartable que finalmente la competencia para conocer de la pieza principal de los autos tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella se atribuyera al núm. 3 —a resultas del incidente sobre la competencia de aquel Juzgado promovida por B, S.A. y todavía sin resolver en la fecha en que se dictó la STS—.

En segundo lugar, la STS señalaba que no se había justificado —y menos aun acreditado— que el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella hubiera denegado el embargo preventivo solicitado junto con la reconvencción por B, S.A. o que lo hubiera decretado y practicado sin tener en cuenta el ya existente.

Concluye la Sentencia que la entidad demandante no había sufrido una «medida cautelar injusta, desproporcionada y claramente perjudicial» en su contra, por lo que desestima íntegramente la misma.

3. COMENTARIO

3.1. Concurrencia de los requisitos necesarios para la apreciación del *error judicial*

Con carácter preliminar al examen de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para rechazar la demanda, será preciso justificar por qué razón, a nuestro juicio, el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella incurría en un supuesto paradigmático de *error judicial*, en los términos señalados por, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 354/2006 de fecha 8 de mayo de 2006 (Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón):

«Dicho error judicial, sobre cuya existencia exclusivamente se ha pronunciado este Tribunal, puede ser de hecho o de derecho y, en todo caso, ha de tener la entidad que la norma implícitamente exige (no

basta con que haya determinado la nulidad de actuaciones: art. 292.3 de la Ley 6/1985) y que la jurisprudencia complementaria reclama.»

3.1.1. B., S.A. solicitó las medidas cautelares ante el *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella* para asegurar las resultas del procedimiento arbitral. Es decir, el procedimiento principal no era otro que el *arbitraje de equidad* que estaba tramitándose por parte del árbitro, Sr. Z, a instancia de la citada sociedad.

Pues bien, como se ha expuesto anteriormente, dicho *arbitraje de equidad* fue declarado improcedente por Auto de la A.P. de Málaga de 21 de abril de 2009 al resolver que la controversia debería ser dirimida ante los Tribunales de Justicia.

Lo anterior fue plenamente confirmado por el propio árbitro de equidad, al dictar laudo declarándose incompetente para la resolución de dicha controversia y archivando el procedimiento.

El **art. 731.1 LEC** dispone que «no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa, salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente...». La claridad de este precepto es meridiana, de tal manera que el *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella* no podía mantener las medidas cautelares al haber finalizado el proceso principal cuyo resultado pretendían asegurar. Las medidas cautelares no se otorgaron «en abstracto» para asegurar el resultado de la controversia entre las partes (en cualquier momento o ante cualquier órgano judicial o arbitral), sino que se otorgaron para asegurar la eficacia del laudo arbitral que pudiera recaer en el *arbitraje de equidad* que había iniciado B., S.A. Finalizado este procedimiento sin que existiera pronunciamiento alguno condenatorio para A, S.L., parece difícil discutir que las medidas cautelares debieron ser alzadas de forma automática.

3.1.2. No se puede argumentar que ante el *Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella*, en procedimiento iniciado median-

te demanda planteada por A, S.L. contra B, S.A., esta sociedad, al mismo tiempo que contestaba a la demanda, interpusiera demanda reconvenzional y solicitara la adopción de medidas cautelares, toda vez que esta solicitud correspondía ser resuelta por el *Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella*; competente para conocer del procedimiento principal y para todas sus incidencias, sin que nada tenga que ver con las medidas cautelares adoptadas por el *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella* para asegurar un laudo arbitral que ya jamás se produciría.

El hecho de que se adoptaran o no medidas cautelares para asegurar las pretensiones de B, S.A. en su demanda reconvenzional, dependía, exclusivamente, del *Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella* (**art. 723.1 LEC**) sin que nada tuviera que decir al respecto el *Juzgado núm. 3*.

Dicho de otra forma, la competencia del *Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella* (**art. 724 LEC**) existía, exclusivamente, para la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar el resultado del procedimiento arbitral en su momento iniciado (y, posteriormente, archivado), sin que en modo alguno pudiera mantener las medidas cautelares como garantía de las pretensiones ejercitadas ante otro Juzgado (*Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella*) en demanda reconvenzional, puesto que dicha decisión correspondía, exclusivamente, al Juzgado que estaba conociendo del asunto principal en primera instancia (**art. 61 LEC**).

El Auto del Juzgado de 3 de noviembre de 2009 conculcaba desde esta perspectiva la atribución de competencia funcional que establece el art. 61 LEC, dado que el órgano que conoce del pleito es competente, a su vez, para resolver todas sus incidencias, sin que sea admisible que otro órgano judicial puede inmiscuirse mediante la adopción o mantenimiento de medidas cautelares paralelas.

3.1.3. Existía, adicionalmente, una patente infracción del **art. 745 LEC** que dispone «firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo

o en la instancia, se alzarán de oficio todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado...».

El laudo arbitral de 15 de septiembre de 2009, que declaró la falta de competencia del propio árbitro y el archivo las actuaciones arbitrales, equivale (en lo que a las medidas cautelares se refiere) a una sentencia absolutoria firme —en la instancia— y debió aplicarse, análogicamente, lo dispuesto en el citado precepto. En efecto, tras haberse adoptado unas medidas cautelares para asegurar el resultado de un procedimiento arbitral se decretó, primero, que dicho resultado era imposible —en la medida en que el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga declaró que la única jurisdicción competente para conocer del contrato litigioso era el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella, y no un árbitro—, y, posteriormente, se confirmó por el archivo del procedimiento arbitral, de manera que la aplicación analógica del art. 745 LEC era ineludible [como señala la mejor doctrina —y sin entrar a analizar la vieja distinción entre la analogía *legis* y *iuris*—, la operación jurídica analógica es obligatoria —y no facultativa— para el Juez si concurren los requisitos legales para su aplicación, tal y como proclama la STS núm. 1050/2000, de 21-11-2000 (Ponente: González Poveda, Pedro), a la vista del tenor literal del art. 4 CC].

El caso contemplado en el citado precepto —alzamiento de las medidas tras sentencia absolutoria firme— presentaba *identidad de razón* con el caso que nos ocupa —laudo declarando la incompetencia objetiva del árbitro y archivando las actuaciones, que equivale a una absolución en la instancia— lo que, en definitiva, suponía que el resultado que se pretendía garantizar mediante las medidas cautelares, esto es, el dictado de un laudo condenatorio contra la mercantil A, S.L., no podría producirse nunca, razón por la cual procedía el alzamiento de la medida cautelar adoptada para garantizar ese imposible resultado.

El Juzgado razona que no ha existido un laudo absolutorio para la demandada, sino una resolución «distinta» (Auto de la A.P. de Málaga), que remitía la decisión del conflicto a los Tribunales, y no al árbitro. Este argumento tampoco es convincente, puesto que el árbitro, al declararse incompetente y archivar las actuaciones, absolvió automáticamente a la entidad A, S.L. de las pretensiones ejercitadas en el proceso arbitral. ¿O es que acaso la resolución arbitral que puso fin al proceso condenó la sociedad a A, S.L. a algo?

Consecuentemente, el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Málaga y el posterior laudo arbitral archivando el procedimiento tuvieron efectos absolutorios para la indicada sociedad en relación con el proceso principal (arbitraje) que se pretendía asegurar con las medidas cautelares al amparo de los arts. 722 y 724 LEC. El citado Auto «abortó» el procedimiento arbitral ya iniciado por B., S.A., anticipando la declaración del laudo de falta de competencia del árbitro (que se produjo a continuación) para resolver la cuestión sometida a su decisión.

3.1.4. Debemos recordar que el **art. 731.1 LEC** dispone que no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado —sin distinguir entre proceso judicial y arbitral, por cierto— (y en este caso es evidente que el proceso principal solo podía ser el procedimiento arbitral que finalizó con el laudo por el que el árbitro se declaró incompetente), «por cualquier causa», salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, de cuya lectura se infiere claramente que el legislador obliga a que la medida cautelar se alce cuando el procedimiento principal termina, ya sea por una resolución que desestima la demanda por razones de fondo, o por razones procesales, como en el caso que nos ocupa.

Y, en consonancia con los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el procedimiento arbitral debe entenderse como un «equivalente jurisdiccional» (STC núm. 288/1993, de 4 de octubre de 1993; Ponente: De la Vega Benayas, Carlos), por lo que,

a los efectos del artículo antes citado, debe entenderse por «proceso principal» el procedimiento arbitral que terminó con la declaración de incompetencia del propio árbitro, tras el dictado del Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, que declaraba que todas las cuestiones litigiosas entre las partes debían resolverse por la vía jurisdiccional ordinaria.

No existe ningún precepto en nuestro Ordenamiento jurídico que autorice a mantener las medidas cautelares de forma indefinida, una vez concluido el procedimiento cuyo hipotético resultado favorable para la actora, no lo olvidemos, garantizaban, para el eventual caso de que el actor decida plantear de nuevo la reclamación ante los Tribunales y pedir, además, la misma medida cautelar, cuando, con independencia de todo lo anterior, el órgano judicial competente para acordar la nueva medida cautelar ni siquiera sería el mismo.

En definitiva, la demanda de *error judicial* entendía de aplicación la doctrina fijada por, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 853/2005, de fecha 29 de octubre de 2005 (Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso), que menciona, como ejemplos de error judicial, la manifiesta equivocación en la fijación de la base fáctica del proceso; que se hubieran tenido en cuenta pruebas no practicadas; o cuando se adoptan decisiones palmariamente contrarias al Derecho en la actividad jurisdiccional de interpretación y aplicación de la Ley o se resuelva aplicando normativa inexistente o caducada, generándose resoluciones esperpénticas o absurdas. La tesis de la sociedad demandante es que no se trataba de una simple discrepancia con el criterio del Juzgado, sino ante un error patente y notorio que conducía a un resultado irracional, lo que con arreglo a la propia jurisprudencia del TS debía llevar a la expresa declaración de *error judicial*.

3.2. Los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo

La Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos orilla el debate sobre la conversión por el Juzgado de la medida cautelar adop-

tada en un fin en sí misma —que era el núcleo argumental de la demanda—, y se centra en el requisito jurisprudencial de la exigencia de un perjuicio efectivo para el demandante como consecuencia de la aplicación de la resolución judicial que se reputa errónea. Requisito que, dicho sea de paso, no exige el art. 293 LOPJ —a diferencia el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— y que es de creación puramente jurisprudencial, lo que no deja de ser cuestionable. La doctrina del TS exige desde años, de manera uniforme, para el éxito de la demanda de *error judicial* que el perjudicado logre acreditar que la resolución judicial le ha ocasionado un perjuicio perfectamente *valuable*, en palabras de la STS núm. 116/2006, de 20 de diciembre, lo que supone excluir situaciones en las que el perjuicio para el justiciable no sea puramente patrimonial. Quizá sería más razonable exigir la acreditación de ese perjuicio en vía administrativa, si el afectado pretende, tras obtener la sentencia que declara la existencia de *error judicial*, formular la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial.

En cualquier caso, a nuestro modo de ver, la Sentencia no acierta al descartar de plano la existencia de un perjuicio efectivo en el presente caso, pues era evidente el lucro cesante irrogado a la mercantil A, S.L. por la imposibilidad de disponer, desde que solicitó el alzamiento del embargo, de la suma de dinero trabada que le pertenecía. Lucro cesante perfectamente cuantificable en el interés legal del dinero embargo desde que se solicitó el alzamiento de la medida ex art. 1108 del Código Civil, y hasta que se recuperara la disponibilidad de la cantidad indebidamente bloqueada. La STS mantiene que, al no haberse adoptado medida cautelar adicional alguna por el otro Juzgado —el núm. 5 de Marbella— no existía el perjuicio denunciado, cuando es evidente que se trata de una cuestión que en nada afecta a la existencia del daño patrimonial sufrido por A, S.L. y a la incorrecta actuación del Juzgado de Primera Instancia núm. 3. Dicho de otra forma, aunque el Juzgado núm. 5 hubiera adoptado alguna medida —lo que era perfectamente legítimo, dado que era el único

órgano judicial competente para ello—, el menoscabo patrimonial previo derivado del mantenimiento de la traba injustificadamente por otro órgano judicial distinto durante un periodo de tiempo indefinido —a pesar de haberse dictado laudo poniendo fin al proceso arbitral que garantizaba dicha medida— no desaparecería.

El otro argumento esgrimido por la Sentencia de 25 de abril de 2011 tampoco es jurídicamente satisfactorio. Se alude al hecho de que, a instancias de B., S.A., se estuviera en ese momento tramitando un incidente de competencia en el procedimiento tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella, por estimar dicha sociedad que el órgano judicial competente para conocer de la *litis* era el Juzgado núm. 3, por haber conocido de la medida cautelar previa al arbitraje. Por ello, concluye la STS, no es descartable, en abstracto, que se pudiera acabar atribuyendo la competencia para conocer del asunto al Juzgado de Primera Instancia núm. 3. A nuestro juicio, el Alto Tribunal no debió detener su análisis ahí, sino que debió examinar si ese incidente de competencia debía o no prosperar y, sólo si la respuesta fuera afirmativa, desestimar la demanda de *error judicial*. Máxime cuando no existe norma procesal alguna que permita asignar la competencia para conocer de un procedimiento judicial ya iniciado a un órgano judicial, distinto del resultante de aplicar las normas generales de atribución competencial, por la mera razón de haber adoptado en su día una medida cautelar previa en relación a otro proceso —en este caso arbitral— ya finalizado.

3.3. Un epílogo concursal

La sociedad A, S.L., como consecuencia de la imposibilidad de disponer de la importante suma de dinero embargada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella se vio finalmente abocada a presentar concurso voluntario de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1/BIS de Málaga.

Fue, finalmente, en el seno de ese proceso concursal, cuando el tan mencionado embargo fue alzado, mediante Auto de 12 de mayo de 2011, con base en el artículo 8.4 de la Ley Concursal, que faculta al Juez de lo Mercantil para adoptar tal decisión, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso.

4. CONCLUSIÓN

La Sentencia objeto del comentario es expresiva de la creciente interpretación restrictiva que la Sala Primera del Tribunal Supremo aplica al concepto de *error judicial*, añadiendo, a los requisitos legales necesarios para la estimación de la demanda de responsabilidad civil, la acreditación de un perjuicio efectivo y valuable como consecuencia de *error judicial* denunciado, y ello a pesar de que el art. 293 LOPJ omita cualquier referencia al respecto, a diferencia del art. 139 de la Ley 30/1992.

Esta exigencia eleva aún más el listón fijado por el propio Tribunal Supremo para estimar las demandas formuladas por los justiciables pretendiendo la declaración expresa de la existencia de un error judicial.

Según dejó escrito CALAMANDREI, «las medidas cautelares no son nunca un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva», afirmando el insigne jurista italiano que «son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumentos del instrumento».

Y es que, en atención a lo expuesto, debemos concluir proclamando algo evidente: que las medidas cautelares no se otorgaron en el caso analizado —ni pueden serlo en ningún otro—, en abstracto, para asegurar el resultado de la controversia entre las partes en cualquier momento o ante cualquier órgano judicial o arbitral, sino que necesariamente se otorgaron para asegurar la eficacia futura de un

eventual laudo arbitral concreto, favorable a la parte que solicitó la medida.

El debate procesal resuelto por la STS debió ser, en consecuencia, otro: determinar si estábamos ante una mera discrepancia jurídica del demandante con respecto al criterio del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella; o si, por el contrario, aún agotando todas las posibilidades de interpretación de los preceptos aplicables, nunca podría llegarse a la conclusión alcanzada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella —consistente en mantener el embargo indefinidamente—, en cuyo caso la demanda de *error judicial* debía haber prosperado.