



Roj: AAP CS 673/2012
Id Cendoj: 12040370012012200457
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Castellón de la Plana/Castelló de la Plana
Sección: 1
Nº de Recurso: 107/2012
Nº de Resolución: 58/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL JUAN JUAN SANJOSE
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

SECCIÓN PRIMERA

Rollo de apelación civil número 107 de 2012

Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Castellón

Medida Cautelar número 22 de 2012

AUTO NÚM. 58

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don PEDRO LUIS GARRIDO SANCHO

Magistrados:

Doña AURORA DE DIEGO GONZÁLEZ

Don RAFAEL JUAN JUAN SANJOSE

En la Ciudad de Castellón, a siete de diciembre de dos mil doce.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra el Auto dictado el día 29 de marzo de 2012 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Castellón en los autos de Medidas Cautelares seguidos en dicho Juzgado con el número 22 de 2012.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Doña Mariola , representada por el Procurador D. Pablo Vicente Ricart Andreu y defendida por el Letrado D. Antonio Ortolá Ortolá, y como apelada, la mercantil PROLAN 2005, SL, representada por la Procuradora Dª. Dolores María Olucha Varella y defendida por el Letrado D. Félix Espellela Casinos.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don RAFAEL JUAN JUAN SANJOSE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte Dispositiva del Auto apelado literalmente establece: "*DEBO DENEGAR Y DENIEGO la medida cautelar de embargo preventivo solicitada por la Procuradora Sra. Campayo Martínez, en nombre y representación de DÑA. Mariola , contra la mercantil PROLAN 2005, S.L., con expresa imposición de costas a la parte solicitante.*"

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de Doña Mariola , se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Auto por el que estimando el recurso de apelación interpuesto, se anule y revoque la resolución impugnada, en el sentido de admitir la petición de medida cautelar solicitada y se acuerde a tal efecto librar los oficios interesados a la Oficina de Punto Neutro Judicial en los términos interesados, con imposición de costas a la contraparte.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando la confirmación de la resolución recurrida y la denegación de la medida cautelar interesada de adverso. Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Primera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 10 de octubre de 2012 se formó el presente Rollo, teniendo por personadas a las partes y designándose Magistrado Ponente, por Providencia de fecha 8 de noviembre de 2012 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 4 de diciembre de 2012. Y por Providencia de fecha 29 de noviembre de 2012 se pone en conocimiento de las partes la designación de ponente al Magistrado suplente Don RAFAEL JUAN JUAN SANJOSÉ, por asistencia a la toma de posesión del nuevo Fiscal Jefe de Castellón del Ilmo. Magistrado Ponente designado.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los expuestos en el Auto apelado y se resuelve el recurso conforme a los siguientes:

PRIMERO.- Se alza la parte apelante contra el Auto que desestima la solicitud de medidas cautelares instada por la Sra. Mariola , al entender que por el juzgado a quo no se ha procedido de acuerdo a **Derecho**, no habiendo proveído la solicitud efectuada por el actor, ahora recurrente, en el sentido de que se realizara averiguación patrimonial del demandado por parte de la oficina de punto neutro judicial.

Asimismo alega el apelante que ha habido una indebida aplicación del artículo 688 LEC , al entender que no debía haber sido desestimada su pretensión cautelar por no especificarse los bienes objeto de **embargo** preventivo, puesto que éstos fueron determinados en la medida de las posibilidades que la parte actora tenía, siendo perfectamente válidos los **embargos de derechos** en fase de formación, **expectantes** o no consolidados, sin que ello suponga un **embargo** genérico e indeterminado.

Por último denuncia el recurrente falta de motivación en la resolución apelada al no entrar a resolver el juzgador de primer grado los motivos de fondo de la pretensión, ni la concurrencia de los requisitos que para las medidas cautelares viene exigiendo tanto la doctrina como la jurisprudencia.

El demandado, por su parte, se opone a dicho recurso en defensa de la resolución apelada, según la fundamentación que consta en el escrito de oposición motivado que figura unido a autos.

SEGUNDO.- En primer lugar y en aras a dar oportuna respuesta a los motivos de apelación planteados por el recurrente, vamos a entrar a examinar los dos primeros conjuntamente, puesto que dada su interrelación y su objetivo deben ser resueltos de manera unitaria.

Lo que en ambos motivos se combate es la denegación de la pretensión cautelar por la juzgadora de primer grado en base a que el recurrente no ha precisado los bienes concretos sobre los que se pretende el **embargo** interesado.

El apelante sostiene que si bien es cierto que no concreta de una manera absoluta los bienes a embargar, sí lo hace de manera suficiente, en el sentido de que en el otrosí primero de la demanda solicita el **embargo** de créditos que la mercantil demandada pudiese tener en concepto de devoluciones con la Agencia Tributaria, así como los saldos de las cuentas bancarias de titularidad del demandado, y las cantidades entregadas a cuenta o que deben ser entregadas a la mercantil demandada en concepto de reserva o compraventa de inmuebles integrantes del Edificio CATANIA en la localidad de Almazora.

Esta falta de concreción absoluta la justifica el recurrente en la imposibilidad de que los datos concretos se conociesen a priori por el actor, puesto que se trata de datos que figuran en registros que no son públicos y cuyo acceso está vedado a los particulares.

Asimismo denuncia el apelante que pese a que intentó obtener la información necesaria para la total concreción de los bienes a embargar mediante la solicitud de averiguación patrimonial a través del Punto Neutro Judicial, que consta inserta en el otrosí primero de su demanda, por parte del juzgado de primera instancia, nada se hizo al respecto.

Vistos los argumentos del recurrente, la parte apelada se opone a los mismos al entender que la misma falta de actividad achacada al juzgado se ha producido por parte del demandante, puesto que no consta ningún escrito en autos en el que se advirtiese al juzgado acerca de la falta de pronunciamiento sobre la averiguación patrimonial solicitada.

Como dice el Auto de la AP de Valencia sección 6ª del 23 de Diciembre del 2011 (Recurso: 865/2011 | Ponente: JOSE FRANCISCO LARA ROMERO), en su Fundamento de **Derecho** segundo, "...el Auto recurrido se ampara en que el artículo 588 de la LEC , que establece la Nulidad del **embargo** indeterminado, disponiendo que será nulo el **embargo** sobre bienes y **derechos** cuya efectiva existencia no conste. Al haberse hecho una "genérica" relación de entidades bancarias que suelen actuar con mayor frecuencia en nuestra Comunidad, el Auto deniega el **embargo** de unas "hipotéticos cuentas bancarias", o de los créditos que pudiera tener la empresa demandada con la agencia tributaria.

Con ello omite el razonamiento del Juzgado el apartado segundo del art. 588 de la LEC , precepto que está expresamente aplicando y que dispone que: "2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán embargarse los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito, siempre que, en razón del título ejecutivo, se determine por el Secretario judicial una cantidad como límite máximo. De lo que exceda de ese límite podrá el ejecutado disponer libremente.

O el artículo 589 de la Lec , que establece que: "1. Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo **embargo** estime suficiente para el fin de la ejecución, el Secretario judicial requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y **derechos** suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título.

2. El requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponerse, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de **embargo** o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren..."

En el mismo sentido el Auto de la AP de Madrid sección 20ª del 26 de Septiembre del 2012 (Recurso: 492/2012 | Ponente: RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA), en su Fundamento de **Derecho** quinto establece que " Lo que se pretende evitar por el legislador en el actual art. 588 de la LEC , es acabar con el vicio procesal frecuente bajo la legislación procesal anterior, de procederse al **embargo** genérico o indiscriminado sobre bienes o **derechos** a pesar de ignorarse por completo su efectiva existencia.

Como se expone en el Auto de 15 de octubre de 2.003 de la Sección 16ª de la AP de Barcelona, "se ha significado por la doctrina que la norma contenida en ese apartado ("Será nulo el **embargo** sobre bienes y **derechos** cuya efectiva existencia no conste") persigue más que regular una concreta exigencia legal de todo **embargo**, reaccionar frente a un repudiable estado de cosas (bajo la ley procesal anterior eran frecuentes los **embargos** genéricos sobre cualesquiera bienes del deudor o sobre ciertos **derechos** acerca de cuya existencia no concurría indicio alguno, con el cúmulo de problemas que ello originaba tanto para el ejecutante y el ejecutado como frente a terceros).

Se prohíbe así desde enero de 2001 el **embargo** indeterminado, entendiendo por tal el que recae sobre bienes y **derechos** "cuya efectiva existencia no conste". Nótese que no se trata tanto de exigir al ejecutante prueba cumplida de que los bienes que designe para la traba sean de titularidad del ejecutado (para ello se prevé el mecanismo del art. 593.2 LEC y en su caso la tercería), cuanto de fijar ya en ese momento preliminar los rasgos identificativos del bien o **derecho** cuyo **embargo** se propone a fin de que no ofrezca duda alguna su determinación (lo cual no acarrea en absoluto la prohibición del **embargo** de cosas futuras o de expectativas jurídicas, siempre que se identifiquen de un modo indudable). Buena prueba de que tal identificación ha de ser la suficiente, pero no necesariamente exhaustiva, es que el propio artículo 588 LEC en su segundo apartado admite el **embargo** de depósitos bancarios y cuentas corrientes aunque se ignore el importe de aquéllos y el saldo de éstas, siempre que conste con precisión el titular de los depósitos y cuentas y la entidad depositaria así como se fije en el momento de la traba el límite cuantitativo máximo de la deuda.

En el presente supuesto, las exigencias mínimas identificativas requeridas por el art. 588 de la LEC , se consideran suficientemente cumplidas en el Auto recurrido. Queda delimitada la titularidad activa y pasiva del crédito embargado, así como el origen y demás rasgos identificativos del mismo, de manera que sólo se concretará definitivamente y tendrá plena efectividad, de ser resuelto el contrato de arrendamiento de servicios que vincula a la demandada con la CAM..."

Y en el Auto de la AP de Barcelona, sección 13ª del 15 de Noviembre del 2005 (Recurso: 913/2004 | Ponente: FERNANDO UTRILLAS CARBONELL), en su Fundamento de **Derecho** tercero se expone que "... es lo cierto que, en contra de lo resuelto en el auto de primera instancia, no puede admitirse como motivo para la denegación de la medida solicitada la norma invocada del artículo 588 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , según la cual es nulo el **embargo** sobre bienes y **derechos** cuya efectiva existencia no conste, por estar referida la

norma a una mera cuestión práctica procesal, tendente a erradicar del uso forense la costumbre de acordar en la diligencia de **embargo** la designación genérica como objeto del mismo de los bienes del demandado, u otra fórmula amplia e inconcreta similar, con los problemas que la diligencia practicada en estos términos plantea en cuanto a la determinación concreta de lo que se haya podido entender embargado, singularmente a los efectos de una posible tercería, o del control sobre la inembargabilidad de determinados bienes.

Por el contrario, no puede entenderse que exista obstáculo legal alguno para que el **embargo** se pueda concretar en el dinero que pueda existir en el domicilio o el local de negocio del demandado, en una cuenta corriente de una entidad bancaria, o en la cuenta de consignaciones de un Juzgado, por cuanto lo decisivo no es la constancia o conocimiento actual por el ejecutante o por el Juzgado de la existencia del dinero, sino la pertenencia al ejecutado, pudiendo concretarse lo que constituye el objeto del **embargo** por las circunstancias que permiten su identificación, razón por la cual el artículo 588,2 admite el **embargo** de depósitos bancarios y saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito, sin que pueda exigirse la constancia para quien designa el objeto del **embargo** de su efectiva existencia positiva, o de su importe concreto, con independencia de que, aún siendo válido el **embargo**, pueda resultar en definitiva ineficaz por resultar el saldo negativo cuando se proceda a la efectividad del **embargo**..."

Poniendo en relación la jurisprudencia expuesta, con los elementos fácticos del presente asunto, debemos coincidir con el recurrente, en contra de lo mantenido por la resolución recurrida, que la determinación de bienes a embargar por parte del demandante, puesta en relación con su petición de averiguación patrimonial, era suficiente como para entender que no había una indeterminación de los mismos de tal calado como para proceder a la desestimación de la pretensión cautelar por este solo motivo, puesto que de ser así, se pondría a las partes que solicitan un **embargo** en una posición tal que impediría a las mismas ejercer su **derecho** al no poder obtener unos datos que no figuran en ningún registro público y cuyo acceso está vedado a los particulares.

Por lo dicho, no procede la desestimación de la pretensión cautelar en base a la inconcreción de los bienes a embargar, por lo que habrá que entrar a valorar los requisitos exigidos para la adopción de las medidas cautelares a fin de determinar si procede o no su admisión.

TERCERO.- Una vez resueltos los dos primeros motivos de apelación, y en cuanto a la falta de motivación alegada por el recurrente respecto al pronunciamiento relativo a la concurrencia de los presupuestos de fondo para la adopción de la medida cautelar, hay que decir que entendemos que la resolución recurrida está suficientemente motivada en este particular puesto que obviamente, al haber resuelto la inadmisión de la pretensión cautelar por la inconcreción de los bienes a embargar, resultaba estéril el estudio de los demás presupuestos ya que nada aportarían a la resolución de la litis, siendo suficiente la motivación expuesta en el auto recurrido.

No obstante lo dicho, y una vez resuelta la improcedencia de la inadmisión por la indeterminación de los bienes a embargar, debemos examinar, en esta alzada, la concurrencia o no de los requisitos para que se adopte la medida cautelar.

Tal como resulta del artículo 721.1 LEC la finalidad de la medida cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria y preservar en definitiva al **derecho** a la tutela judicial que, como es bien sabido, constituye un **derecho** fundamental (art. 24 CE). Es carácter fundamental de las mismas la instrumentalidad respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto, la accesoriedad y provisionalidad.

Como recalca el artículo 726 . I. 1ª LEC tienden a la efectividad de una eventual sentencia estimatoria "de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente". Su adopción requiere, además de la mencionada posibilidad de insatisfacción del **derecho** a la tutela judicial efectiva por hechos que puedan producirse durante la pendency del proceso (periculum in mora), la llamada apariencia de buen **derecho** (fumus boni iuris) , lo que requiere un examen indiciario de la prosperabilidad de la pretensión, esto es, aun sin prejuzgar el fondo de un proceso todavía no llevado a término, es necesaria la comprobación por el órgano judicial de que la pretensión ejercitada no carece de fundamentos sólidos (art. 728.2 LEC).

En primer lugar y en cuanto a la *apariencia de buen derecho* ("fumus boni iuris"), hay que resaltar que dicho presupuesto no exige que el actor acredite y demuestre la existencia de la pretensión que en su demanda interesa, puesto que ello lo tendrá que hacer en el pleito principal, pero tampoco se va admitir una solicitud de medidas en que el solicitante establezca, sin más su interés en que ésta se lleve a cabo.

Es por ello que lo que el demandante tendrá que hacer, mediante las alegaciones y medios probatorios que considere oportunos, es acreditar, al menos, los indicios de probabilidad, verosimilitud y de apariencia de buen **derecho**, suficientes para que el juez considere oportuno la adopción de la medida cautelar solicitada.

A este respecto es de destacar lo dicho por el Tribunal Supremo en Auto de 26 de Junio del 2008 (Recurso: 1537/2006 - Ponente: Vicente Luis Montes Penades), que en su Fundamento de **Derecho** segundo expuso que "...en el caso, la dificultad más grave se presenta en relación con la apariencia de buen **derecho**, siempre dificultada por la existencia de una sentencia, que a su vez se remite a otra anterior, en la que considera que se ha decidido ya la cuestión, que por esta causa no puede ser replanteada. De este modo, no queda justificada en la medida legal exigible la apariencia de buen **derecho** (artículos 728.2 y 735.2 LEC), cuyo requisito supone que se presenten por el solicitante datos, argumentos y justificaciones documentales, o por otros medios, que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. Aun cuando ciertamente la apreciación no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala el artículo 728.2 LEC , si es preciso que se obtenga un juicio de probabilidad cualificada, lo que en el caso resulta profundamente debilitado por el resultado desfavorable de la sentencia recurrida, hallándonos ante un recurso, como es el de casación, de ámbito limitado respecto de la "cognitio" del Tribunal..."

Ahora bien, y respecto al presupuesto que estamos estudiando, hemos de precisar que la constatación de la concurrencia de dicha exigencia se efectúa en base a un mero examen indiciario acerca de que la pretensión contenida en la demanda no está condenada al fracaso, sino que puede prosperar.

Pero esta valoración se hace sin prejuicio alguno y en un temprano momento del proceso, pues ni se ha practicado la prueba en el juicio principal ni, obviamente, se ha procedido a su valoración por el juzgador, que solamente ha tenido a su disposición, además de la solicitud de las cautelas, la exposición de la parte solicitante de su pretensión en cuanto al fondo y la prueba acompañada u ofrecida en dicha petición (art. 732 LEC). Por lo tanto, es perfectamente posible que a la decisión judicial acorde con la petición de adopción de las medidas cautelares siga, en el momento procesal adecuado, una resolución desestimatoria de la demanda, del mismo modo que puede acoger la demanda el mismo juzgador que antes rechazó las cautelas, por la simple razón de que para una y otra resolución se cuenta con diferente material probatorio y distinta disciplina jurídica.

Es por ello que la apariencia de buen **derecho** deberá referirse a una situación concreta, no siendo admisible aquellas pretensiones genéricas, debiendo ponerse en relación al tipo de pretensión que se ejercita en el pleito principal.

De las anteriores afirmaciones cabe extraer las siguientes consecuencias:

a) Para el buen fin de la medida cautelar y en cuanto a la apariencia de buen **derecho**, regulada en el artículo 728.2 LEC , debe haberse producido un "juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión".

b) Comporta ineludiblemente un juicio de verosimilitud o probabilidad, realizado de manera indiciaria y provisional, que determine un principio de prueba a favor del solicitante, teniendo por verosimilitud el término medio entre la certeza de la resolución del pleito principal y la incertidumbre de lo planteado en la demanda rectora del proceso.

c) Debe ser acreditada por quien la alega, mediante argumentos, y pruebas que permitan hacer la inferencia anteriormente mencionada. Aunque a diferencia de lo que corresponde, en principio, al actor de la demanda principal, no tiene que ser "probado" en stricto sensu, sino más bien "acreditado", ya que bastará para su cumplimiento un principio de prueba, no siendo imprescindible la prueba plena de la pretensión, como sí lo sería en el pleito principal.

Exigir al solicitante una prueba plena sería incurrir en una duplicidad de la instrucción, con la consecuencia de dilatar el procedimiento instrumental con los riesgos inherentes a ello, que es lo que precisamente se quiere evitar.

Es por tanto una valoración, que deberá efectuar el juzgador, de la posición de ambas partes en relación con el objeto del pleito en la fase inicial del mismo, sirviéndose para ello, no sólo de las pruebas documentales, sino, como bien dice el artículo 728.2 LEC , de cualquier otro medio de prueba que considere oportuno.

Al respecto es de destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11 del 11 de Mayo del 2012 (Recurso: 722/2011 - Ponente: Alejandro Francisco Giménez Murria) que en el Fundamento de **Derecho** cuarto establece que "...Para la resolución de este motivo debe tenerse en consideración que solo es necesario

que se acredite "prima facie" el "fumus boni iuris" o lo que es lo mismo, la aportación de prueba bastante, que normalmente será documental (sin perjuicio de poder usar otros medios en su defecto), tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo que, al arbitrio del Juzgador, deje entrever la apariencia del **derecho** que se pretende cautelar "... aportación de los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión", conforme exige el artículo 728.2 de la LEC ..."

Ahora bien, como hemos visto, y así expresamente se dice en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 728.2), todo lo anterior debe realizarse sin prejuzgar el fondo del asunto.

Entrando en el estudio del caso concreto, del examen de la demanda y de la documentación adjunta, así como de las propias alegaciones de la ahora apelante, y sin perjuicio del resultado de la valoración probatoria plena que ha de realizarse en el procedimiento principal, entendemos que hay suficiente para entender, en un juicio provisional e indiciario, que se cumple tal apariencia de buen **derecho**.

Y ello es así, puesto que en un juicio de verosimilitud o probabilidad, realizado de manera indiciaria y provisional, se puede deducir, que existe un crédito a favor del demandante por el importe reclamado en la demandada y que nace del contrato de arrendamiento (documento número 2 de la demanda), que si bien es cierto, tal y como dice la mercantil apelada, es posible que haya existido un incumplimiento del contrato de arrendamiento, dicho crédito tiene su fundamento en la opción de compra inserta en el citado contrato y en las cantidades entregadas a cuenta que se reconocen recibidas por el demandado.

Siempre a salvo de la decisión que posteriormente se establezca en la resolución del pleito principal y teniendo en cuenta que estamos en un procedimiento de medidas cautelares el cual se limita a un juicio indiciario sobre la reclamación del actor, entendemos que se ha acreditado con suficiencia la existencia del crédito reclamado sin que la demandada haya reclamado bien vía reconvencción o por una simple compensación de créditos la cantidad que supuestamente se le adeuda por el presunto incumplimiento de la demandante.

Recordemos que el contrato de arrendamiento, en su acuerdo séptimo letra g) expresamente establecía como indemnización a favor de la demandada, la retención del 50% de la cantidad entregada a cuenta por el optante, y en la letra a) del mismo acuerdo se establecía un plazo de dos años para el ejercicio de dicha opción.

Queda claro que bien por la carta remitida por el actor (documento número 4), o bien por el mero transcurso de los dos años establecidos en el contrato, que finalizaba el 29 de julio de 2010, el demandante ha perdido el **derecho** a la opción y el demandado ha obtenido el **derecho** a la indemnización pactada.

Como quiera que lo que se reclama en el pleito principal es la diferencia entre la cantidad entregada a cuenta y la indemnización a la que tiene **derecho** el hoy apelado, entendemos que prima facie y en sede de un juicio indiciario se dan los presupuestos necesarios para entender como cumplido el requisito de apariencia de buen **derecho** que estamos estudiando.

En cuanto al requisito de *perigo en la mora procesal* ("periculum in mora"), dicho presupuesto es en sí el fundamento de la medida cautelar, puesto que, como hemos dicho en reiteradas ocasiones, el objetivo principal es evitar los riesgos de la propia duración del proceso.

El periculum in mora está regulado en el artículo 728.1 LEC , cuando dice que "Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria."

De la concreta regulación que se hace de este presupuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, podemos destacar las siguientes notas:

Hay que justificar de una manera concreta y no abstracta el peligro que se va a correr para la satisfacción de la tutela judicial requerida en el pleito principal, para el caso de que no se adopte la medida cautelar solicitada.

No hay una limitación legal de las situaciones de peligro, sino que estas van a depender del caso en concreto, así como tampoco hay una descripción cerrada de las medidas a adoptar, no obstante lo cual si debe haber una correlación, atendiendo al artículo 726.1 LEC , entre el peligro que se denuncia y la medida que se pide.

El peligro en la demora tiene una configuración legal objetiva, en el sentido de que debe responder a la probabilidad de que se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal.

Respecto a los riesgos que pueden amenazar la efectividad de la resolución definitiva del pleito, es conveniente referir el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid sección 25 del 27 de Abril del 2012 (Recurso: 752/2011 - Ponente: Fernando Delgado Rodríguez), que en su Fundamento de **Derecho** segundo, hace una descripción detallada de los posibles peligros de demora y así establece:

"... Doctrinalmente se señalan como tipos de riesgos, según la SAP Málaga, sec. 5ª, de 13-5-2004, nº 575/2004, rec. 35/2004 , los siguientes:

a) Riesgos que amenazarían la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, es decir, por colocarse el demandado en situación de no poder cumplirla. Por ejemplo, el riesgo de insolvencia si se ha interpuesto una pretensión pecuniaria.

b) Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica. En el caso de entrega de una cosa determinada mueble, si no se hallare dicha cosa mueble por no haber adoptado la correspondiente cautela a lo largo del proceso principal, se tendrá que convertir la ejecución específica en una ejecución dineraria.

c) Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución en cuanto de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste podrá encontrarse con una situación irreversible.

d) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Por ejemplo la estimación de una pretensión declarativa de dominio devendrá inútil, si en el desarrollo del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y éste ha suscrito a su favor.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 728.1 , se prevé que el solicitante de la medida debe justificar que "en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse a una eventual sentencia estimatoria".

En consecuencia, basta al solicitante justificar posibles dificultades o trabas y no una imposible o muy difícil ejecución para ejecutar la eventual sentencia de condena. El requisito del " periculum in mora " se debe concretar, según la doctrina, en un peligro actual que, obviamente, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria..."

A diferencia de lo estudiado para el presupuesto anterior (fumus boni iuris), en este caso, el examen sobre el peligro en la demora denunciado, no puede limitarse a operar con simples posibilidades o realizar meros juicios de intenciones acerca de la producción hipotética o efectiva de esos daños o perjuicios derivados de la duración del proceso, sino que deberá obtenerse la certeza de que ello se va a producir.

Y este juicio debe ser realizado de tal forma, puesto que la adopción de las medidas cautelares van a afectar directamente en la esfera jurídica del demandado, y además porque para este juicio de admisibilidad, el juzgador deberá contar con todos los medios de prueba necesarios y pertinentes, siendo ello imprescindible para que el peligro en la demora sea admitido, ya que en nada afectará dicho juicio de valor en la resolución definitiva del pleito principal.

No obstante lo dicho, hay que matizar, puesto que tampoco es exigible una certeza absoluta, puesto que ello resultaría imposible en muchos casos, bastando según la situación fáctica estudiada, que el riesgo se presente de manera objetivamente cierto.

Por último, es importante resaltar que el riesgo denunciado no puede ser abstracto, sino que hay que concretar eficazmente qué peligro corre la eficacia de la resolución del pleito principal en caso de no adoptarse la medida, y así la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Auto de 03 de Abril del 2012 (Recurso: 113/2012 - Ponente: Vicente Ortega Llorca), en su Fundamento de **Derecho** tercero dice que "...El riesgo que con la cautela se pretende conjurar no ha de ser un riesgo abstracto, algo que podría suceder en cualquier caso y respecto de cualquier deudor, sino un riesgo o peligro concreto y valorable en el supuesto sometido a la decisión judicial. Por ejemplo, si se reclama el pago de una suma de dinero, el retraso pertinaz en el cumplimiento de otras obligaciones, sea con el mismo solicitante de la medida, sea respecto de otros acreedores, o la pendencia de diversas reclamaciones judiciales, o bien los indicios de despatrimonialización de los pretendidos deudores, o la realización de actos indiciarios de dicha despatrimonialización, o el descenso

apreciable en el nivel de su actividad, la resolución de contratos, o, en fin, cualquier elemento que sea indicativo de la probabilidad o, al menos, seria verosimilitud de que se pueda incurrir en poco tiempo, si no se ha incurrido ya, en alguna causa que aboque a la disminución sustancial o desaparición del patrimonio del demandado...".

En el presente caso, el peligro concreto consistiría en que durante la pendency del proceso se pudieran dar situaciones que impidieran o dificultasen la ejecución de la sentencia, al menos de manera plausible siendo las circunstancias concurrentes propicias para que se puedan dar.

En cuanto a los indicios que permiten apreciar dicho peligro en la mora procesal, se nos ha aportado por parte del demandante, en el acto de la vista de las medidas cautelares, sendos documentos consistentes en publicaciones del Boletín Oficial de la Provincia de Castellón, en los cuales se puede observar la existencia de un despacho de ejecución frente a la demandada dictado por el Juzgado de lo social número 2 de Castellón (documento número 3), así como otra publicación del mismo Boletín en que el Juzgado de lo social número 2 de Castellón condena a la demandada al pago como indemnización por extinción de relación laboral por importe de 10.235,43 (documento número 4), y por último y en lo que aquí interesa, una tercera publicación en el BOP en la que el Juzgado de lo social número 3 de Castellón declara a la demandada en situación de insolvencia por importe de 17.528,55 #.

Si bien la apelada impugnó la presentación de dichos documentos, lo que reitera ahora en esta alzada, dicha presentación, tal y como determinó la juzgadora a quo, es procedente por cuanto que si bien es cierto que la demandante deberá presentar junto con su escrito inicial todos aquellos documentos en que fundamente sus pretensiones, no es menos cierto que el artículo 270.1.1º, admite la presentación de documentos en momento no inicial del proceso cuando se trate de documentos de fecha posterior a la demanda, cosa que ocurre en el presente caso, al haberse presentado la demanda el 15 de febrero de 2011 y ser las publicaciones anteriormente referidas de fecha 28 de enero, 6 de marzo y 13 de marzo de 2012.

Por lo dicho, entendemos que se dan indicios suficientes para determinar, en el juicio de probabilidad que requieren las medidas cautelares, como probable que si no se accede a adopción de la cautela solicitada, como consecuencia, tanto de los procedimientos a que hacen referencia las publicaciones aportadas, como a otros que pudieran haber contra la demandada, la eficacia de una eventual sentencia estimatoria con respecto a las pretensiones del ahora apelante podría verse impedida o al menos dificultada en gran medida.

Cumpléndose los requisitos anteriormente mencionados solo resta por examinar la caución ofrecida por el actor, al haberse impugnado la cuantía de 100 # ofrecida por éste. Tenemos que coincidir con el demandado en que la cantidad ofrecida por el actor es insuficiente para cumplir con la función de dicha caución, y por tanto consideramos más acorde con las características de la pretensión, así como con el resto de datos fácticos aquí expuestos, que la misma se fije en la cuantía de 600 #.

Debe por tanto estimarse el recurso de apelación, y con revocación de la expresada resolución, deberán acordarse las medidas solicitadas, si bien previamente se deberá, por parte del juzgado a quo, proceder a la averiguación patrimonial del demandado, dando traslado de ésta a la parte actora para que exponga lo que a su **derecho** convenga en relación a las cuentas bancarias, productos financieros, y saldos acreedores con la AEAT concretos a embargar, siempre hasta el límite de la cantidad reclamada, en los términos que deberá ser establecidos por el Juzgado. Para la efectividad de las medidas cautelares, la parte demandante habrá de prestar previamente caución en cuantía de trescientos euros en metálico o por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadera a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

CUARTO.- Respecto a las costas de primera instancia, habida cuenta de que la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla la posibilidad de imposición específica de las costas ocasionadas en la adopción de medidas cautelares, conteniendo previsiones expresas sobre imposición de costas en dos supuestos: art. 736.1 LEC en caso de denegación de la medida cautelar, y el art. 741.2 relativo al incidente de oposición de la medida adoptada inaudita parte. En cambio, cuando se accede en todo o en parte a lo solicitado, nada se dice sobre quien ha de soportar las costas, y el artículo 394 solo se refiere a las costas en caso de estimación o desestimación de la pretensión principal, y siendo accesoria la medida cautelar, entendemos que al haberse admitido el recurso de apelación y por ende adoptadas las medidas cautelares solicitadas, se debe de dejar sin efecto el pronunciamiento sobre costas de primera instancia, de conformidad con lo expuesto.

La estimación del recurso tiene como consecuencia que no se haga expresa imposición de las costas de la alzada y la devolución de la cantidad consignada para recurrir (art. 398 LEC y D. Adicional 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA



Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Doña Mariola , contra el Auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Castellón en fecha 29 de marzo de dos mil doce, en autos de Medidas Cautelares seguidos con el número 22 de 2012, **REVOCAMOS** la resolución recurrida que se deja sin efecto, acordando la adopción de la medida cautelar consistente en el **embargo** de bienes de la demandada por la cantidad de 11.822,14 #, si bien previamente se deberá, por parte del juzgado a quo, proceder a la averiguación patrimonial del demandado, dando traslado de ésta a la parte actora para que exponga lo que a su **derecho** convenga en relación a las cuentas bancarias, productos financieros, y saldos acreedores con la AEAT concretos a embargar, siempre hasta el límite de la cantidad reclamada, en los términos que deberá ser establecidos por el Juzgado .

Esta medida se ejecutará una vez que la parte solicitante preste caución por importe de 600 #, mediante su consignación en la cuenta del Juzgado o Aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otra admitida en **derecho**.

No se hace expresa imposición de las costas de primera instancia ni de la presente alzada.

Se acuerda la devolución a la parte recurrente de la cantidad consignada como depósito para recurrir, pues se estima el recurso de apelación.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ