



H

**Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª).****Auto núm. 41/2011 de 15 abril****JUR\2011\198174**

**Medidas cautelares:** clases: suspensión de acuerdos sociales impugnados: desestimación: cualquier reclamación del deudor hipotecario no podrá suspender o entorpecer el proceso ejecutivo hipotecario.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación núm. 500/2010

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. maría rebecca carpi martín**AUDIENCIA PROVINCIAL****TARRAGONA****SECCION PRIMERA****ROLLO NUM. 500/10****MDDS. CAUTELARES NUM. 1/2010****AMPOSTA NUM. DOS****A U T O num.****ILTMOS. SRES.:****PRESIDENTE****D. Antonio Carril Pan****MAGISTRADOS****Dª Mª Pilar Aguilar Vallino****Dª Mª Rebeca Carpi Martín**

En Tarragona a 15 de abril de 2011.

**HECHOS**

**ÚNICO.-** Con fecha 1 de septiembre de 2010 se presenta recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Amposta, de medidas cautelares, núm. 1/2010, de fecha 26 de mayo de 2010, por parte de DOÑA María Purificación, representada en la instancia por el Procurador Sr. Recuerdo Madrid, en el que figura como demandante la mercantil ALMASSERA LA FERRERETA S.L., representada en la instancia por la Procuradora Sra. García Solsona, y como demandadas la apelante y la mercantil PATRIMONIOS E INVERSIONES DELTA S.L., no comparecida en esta instancia.

VISTO, siendo ponente la lltma. Sra. Magistrada Dª. Mª Rebeca Carpi Martín.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS****PRIMERO**

Las alegaciones de la apelante son las siguientes: 1) falta de legitimidad de la actora, dado que la misma no acompañó a su escrito de demanda la documentación acreditativa de su representación legal

no habiéndose inscrito en el Registro Mercantil la Escritura de nombramiento del actual administrador hasta el 14 de abril de 2010; 2) no concurrencia del requisito de periculum in mora para la adopción de medidas acordada en relación a la medida de suspensión de subasta derivada de procedimiento de ejecución hipotecaria, conculcándose el art. 695 de la LEC por utilizarse el cauce de las medidas cautelares para impedir el desarrollo del procedimiento hipotecario, constando en los autos el documento público que acredita la realidad del préstamo hipotecario cuya existencia se impugna en el proceso del que traen causa estas medidas cautelares; 3) falta de acreditación del requisito periculum in mora, además, por no acreditar la actora el concreto riesgo que pueda dificultar la tutela judicial solicitada, pues caso de declararse la nulidad del préstamo hipotecario se repondría la situación jurídica anterior respecto de la finca hipotecada, pudiendo además la actora concurrir a la subasta de la misma y adjudicársela con reserva de las acciones de nulidad de la hipoteca; 4) falta de acreditación por la actora de la apariencia de buen derecho, por no ser suficientemente acreditativos en tal sentido los indicios apreciados por el auto de instancia, relativos a la titularidad de la mayoría de acciones de la sociedad demandante por parte de la demandada cuando se constituyó el crédito hipotecario en 2005, la falta de contabilización de dicho crédito en la contabilidad de la sociedad de ese año, la posesión por parte de la demandada de la primera copia de la escritura de cesión del crédito, la falta de constancia del crédito en el documento de transmisión de la sociedad y, en fin, el certificado emitido por el auditor de cuentas. Complementa su alegato en tal sentido la demandada entrando en profusión en los detalles y justificaciones de las precisas operaciones llevadas a cabo tanto mientras fue accionista mayoritaria de la sociedad demandante como posteriormente, a fin de acreditar la veracidad del préstamo hipotecario cuya nulidad se debate en el proceso en el que se insertan estas medidas cautelares; 5) desproporción de la caución impuesta a la actora para la adopción de las medidas cautelares solicitadas, debiendo incrementarse dicha caución para garantizar a la demandada que, en caso de desestimarse la nulidad del préstamo hipotecario, pueda percibir los intereses de demora más allá de los tres años garantizados con la hipoteca; 6) procedencia de la caución sustitutoria ofrecida por la parte demandada, por importe idéntico al de la caución impuesta a la parte actora.

## SEGUNDO

En el escrito de demanda de este procedimiento se solicitaron medidas cautelares, que fueron mantenidas por el Auto hoy recurrido. La LEC regula las disposiciones generales de las medidas cautelares en los arts. 721 a 729, y el procedimiento para la adopción de medidas cautelares en los arts. 730 y ss.; recogiendo expresamente en el art. 727.5º la medida cautelar de anotación preventiva de demanda. Como ya ha dicho esta Sala anteriormente (por ejemplo, en el AAP Tarragona 22 de marzo de 2010 y Auto de 29 de julio de 2010), los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son:

A) Fumus boni iuris o "aparición de buen derecho". El art. 728.2 LEC preceptúa que el solicitante de las medidas cautelares habrá de presentar 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; pudiendo en defecto de justificación documental, ofrecerla por otros medios.

B) Periculum in mora o peligro por la mora procesal. El art. 728.1 LEC establece que el solicitante de las medidas cautelares deberá justificar en cada caso, que de no adoptarse las medidas cautelares podrían producirse durante la pendency del proceso situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. El periculum in mora constituye el fundamento de toda medida cautelar. Viene a contrarrestar o evitar no el daño jurídico -tutelado por lo general con el proceso ordinario- sino al peligro de ulterior daño marginal derivado de la lentitud del proceso. Se trata, pues, de que el elemento tiempo, consustancial con todo proceso, no altere el estado de hecho que debe ser mantenido durante la sustanciación del proceso. Como dice la SAP Barcelona de 24 mayo 1990, "

puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución"

El peligro por mora procesal tiende no sólo a impedir la desaparición de los medios necesarios para la ejecución forzosa (finalidad asegurativa), sino también a proteger contra la prolongación de un juicio que puede producir un grado de insatisfacción continuada y que, en ocasiones, cuando llega a la fase ejecutiva, ya no puede ser amparada en condiciones de plena efectividad.

## TERCERO

Pues bien, aplicando dicha doctrina al supuesto de autos, y teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el escrito de apelación y que en ningún caso las medidas cautelares pueden prejuzgar el fondo del asunto, debemos tener en cuenta lo siguiente:

a) Sobre la apariencia de buen derecho, donde cabe subsumir en primer lugar la legitimación activa, en cuanto a ésta debe partirse de que la demandante es efectivamente la parte deudora y propietaria de la finca hipotecada en garantía del préstamo cuya nulidad se discute en los autos principales, de donde resulta clara su legitimación activa para tal proceso y para la solicitud de las medidas cautelares de anotación preventiva de demanda sobre la finca hipotecada y de suspensión de la subasta sobre la misma. No es óbice a lo anterior que en el momento de iniciarse el procedimiento no se presentasen la escritura pública y las certificaciones del Registro Mercantil en las que se acredita la legitimación del Sr. Roman como legal representante de la sociedad demandante, pues siendo tal su condición de representante desde el 5 de marzo de 2009, esto es, anteriormente a la interposición de la demanda, al presentarse dicha documentación en el acto de la vista debe entenderse, tal como hace la resolución de instancia, subsanado el defecto formal que pudiera haber existido inicialmente. No es óbice a lo anterior el dato cierto de no haberse inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento como administrador Don. Roman hasta el 14 de abril de 2010, esto es, con posterioridad al inicio de este proceso y pocos días antes de la vista celebrada el 20 de abril, pues la inscripción en el Registro Mercantil del cargo de administrador y representante societario no es constitutiva, por lo que no afecta a la validez y eficacia de tal nombramiento y la validez y eficacia de los actos que en tal condición realice el administrador, todo ello sin perjuicio de la protección a terceros que de la presencia o ausencia de una determinada inscripción en el Registro Mercantil pudieran derivarse, extremo éste que nada tiene que ver con la cuestión de la legitimación activa de la parte actora. Evidenciándose legitimación, por tanto, cabe entrar en el análisis de la posible existencia de un buen derecho puesto en riesgo. Concurre tal apariencia de un buen derecho o "fumus boni iuris" pues el solicitante junto con una adecuada y verosímil argumentación jurídica que expone en la demanda - de la que las medidas tienen carácter instrumental- ha aportado justificación mediante certificado emitido por el economista y auditor Sr. Mayans, en el que se detalla que el préstamo hipotecario cuya nulidad se pretende no consta registrado en los libros oficiales de contabilidad de la sociedad demandante a favor de las demandadas, así como tampoco consta ingreso dinerario alguno en concepto de préstamo hipotecario por el importe y características del préstamo objeto de este litigio ni devolución a la demandada de cantidad alguna en concepto del préstamo hipotecario susodicho. Todo ello, a simple vista y sin prejuzgar el fondo del asunto, vienen a poner de manifiesto posibles irregularidades que permiten considerar como aparente y probable la conclusión de que el citado préstamo hipotecario respondiese a un negocio jurídico simulado, tal como acertadamente colige y concluye el auto recurrido -cuyos fundamentos compartimos y refrendamos. La parte demandada, por su parte, entra en consideraciones en las que parece confundir los motivos de oposición a las medidas cautelares- que exclusivamente han de guardar relación con los requisitos que fija el art. 728 LEC - con las excepciones y alegatos defensivos que debe oponer o que ya ha opuesto en el escrito de contestación a la demanda y que en su caso deberán ser examinados y valorados en el curso del procedimiento principal, en el seno del cual se valorará en profundidad todo el conjunto probatorio, no siendo ahora el momento para ello. No obstante lo anterior, esta Sala, tras la revisión de la documentación presentada por la parte demandada, confirma la presencia de datos acreditados mediante la certificación del auditor que permiten considerar que aparentemente pudiéramos hallarnos ante un supuesto de simulación contractual que podría dar lugar a la nulidad del préstamo hipotecario, lo que es de por sí suficiente para la concesión de las medidas cautelares.

b) En cuanto al peligro de mora procesal, entiende este Tribunal que en el presente caso es evidente en relación a la medida de anotación preventiva de demanda, pues hallándose iniciado el proceso de ejecución hipotecaria sobre la finca, es cuestión de escaso tiempo el que el bien sea subastado y adjudicado a tercero, riesgo que, de acontecer, queda neutralizado por la existencia de la anotación preventiva de demanda, que funciona como medida cautelar que advierte a los terceros de la existencia de un litigio que afecta a la titularidad y derechos sobre un determinado bien inmueble sin impedir el tráfico jurídico sobre tal bien pero ello sin perjuicio del derecho del anotante. Así, dicha medida cautelar, expresamente recogida en el artículo 727.5 de la vigente LEC, asegura que cuando recaiga una sentencia condenatoria ésta podrá ejecutarse en iguales circunstancias que cuando se inició la instancia judicial y constituye, en esencia, un asiento registral temporalmente limitado que publica la pendencia de un proceso, sobre una situación jurídica registrada o registrable, siendo el efecto fundamental de la misma la enervación de la fe pública registral de los terceros que adquieran tras la anotación, siendo su efecto principal, como ponen de manifiesto las SSTs de 22 de abril de 1952 y 20 de enero de 1976, garantizar y asegurar la retroacción de los pronunciamientos de la sentencia dictada, sin impedir el tráfico de los bienes litigiosos afectados. En el caso de autos, en que se insta la nulidad del préstamo hipotecario que grava la finca de la demandante, es evidente que la constancia registral de la demanda iniciadora de la litis, con las consecuencias que frente a terceros comporta, no solo es solicitud totalmente proporcionada a la acción ejercitada, sino que es la medida cautelar adecuada para supuestos como el presente, lo que en modo alguno supone prejuzgar la cuestión de fondo debatida y los supuestos derechos que puedan tener los recurrentes.

#### CUARTO

No cabe afirmar lo mismo de la medida cautelar de suspensión de la ejecución hipotecaria solicitada también por la parte actora. Sin dudar de que su adopción facilitaría la situación a dicha parte, también es cierto que la misma ya queda debidamente protegida por la medida de anotación preventiva de demanda, pues aún en el caso de que se ejecute la hipoteca se adjudique la finca un tercero dicho tercero será conocedor del eventual carácter claudicante de su derecho y no resultará protegido ante una declaración de nulidad de la hipoteca ejecutada que arrastre también su adquisición. Y si bien es cierto que cabe apreciar un daño adicional para la actora derivado de la desposesión de la finca durante todo el tiempo que, pendiente la declaración de nulidad, la finca esté en manos de dicho tercero, quedando dicha actora sin un elemento patrimonial importante de su actividad empresarial, también lo es que tal daño patrimonial podría ser reclamado a la parte demandada, al ser el mismo una consecuencia del ejercicio de facultades que no le pertenecerían por derivarse de un contrato nulo por simulación. Pero es que aunque así no fuera, concurren en el presente supuesto motivos imperativos para denegar la procedencia de la medida de suspensión de la subasta solicitada, que nacen de la específica regulación del procedimiento de ejecución de bienes especialmente hipotecados que regulan los arts. 681 a 698 de la LEC y, en concreto, de lo dispuesto en el art 698 LEC en relación las posibilidades de suspensión de un procedimiento de esta naturaleza. Dicho artículo establece, con claridad, que "

Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias. 2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor. 3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención".

La resolución apelada no hace una aplicación adecuada del precepto transcrito, que, en primer lugar y junto con el art. 697 LEC, regula específicamente la suspensión en los procesos de ejecución sobre bienes hipotecados, máxime cuando la propia exposición de motivos de la ley procesal alude a esa especificidad procedimental al tiempo que subraya como característica de esos procesos -fundada en razones de protección del crédito hipotecario avaladas por el Tribunal Constitucional- "la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta", tal como destaca el Auto de la AP de Barcelona de 4 de noviembre de 2010. En segundo lugar, resulta claro, de la lectura del precepto, que cualquier reclamación que el deudor o propietario del bien hipotecado quiera formular, incluida la nulidad del título, que exceda de las causas de oposición legalmente previstas y recogidas en el art. 695, debe reconducirse al proceso correspondiente, que nunca suspenderá ni entorpecerá el proceso ejecutivo hipotecario. Admite el precepto, a lo sumo, que se adopte como medida asegurativa la de retener las cantidades que mediante la ejecución se obtengan y deban entregarse al acreedor a fin de garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte. Del precepto resulta claro que no cabe adoptar una medida cautelar que suspenda la ejecución y ni siquiera una que la entorpezca. Como destaca el Auto de la AP de Barcelona de fecha 4 de noviembre de 2010 antes citado, "nótese que el artículo 569.1 LEC sí contempla la suspensión de un proceso de ejecución común en el caso de que la investigación penal en curso pudiera desembocar en la mera "nulidad del título", de donde podemos extraer "a fortiori" otro argumento para descartar que quepa tal suspensión el procedimiento de ejecución hipotecaria, ni de modo directo dentro de tal proceso, ni de modo indirecto, mediante la adopción de una medida cautelar en el seno de otro procedimiento.

De lo anterior resulta, por tanto, que debe levantarse la medida cautelar de suspensión de la subasta acordada en el seno de los autos de ejecución hipotecaria 647/2005 seguidos en el Juzgado de Primera instancia núm. 1 de Amposta.

#### QUINTO

Finalmente y por lo que se refiere a la cuantía de la caución -2.000 Euros-, consideraba desproporcionado su importe la parte demandada como caución para paralizar un proceso de ejecución hipotecaria, pero ningún reparo aducía como caución a fijar para la medida de anotación preventiva de

demanda. A lo anterior se suma, además, que esta Sala considera que la misma es coherente y razonable con lo que manda el artículo 728.3 LEC sobre su fijación, debiendo tenerse en cuenta tanto la naturaleza y contenido de la pretensión ejercitada como la valoración realizada sobre el fundamento de la solicitud de la medidas, de todo lo cual en buena lógica se desprende que no pueden ser muchos ni elevados los daños y perjuicios que la adopción de tal medidas cautelares pudiera causar a la sociedad demandada, por lo que procede mantener dicha caución.

#### SEXTO

A tenor del fallo y de los arts. 398.1 y 394.1 LEC , y dada la estimación parcial del recurso y de la demanda, no procede la condena de las costas de primera y segunda instancia a ninguna de las dos partes.

Vistos los artículos citados, concordantes, demás normas de general y pertinente aplicación.

#### PARTE DISPOSITIVA:

Este Tribunal ACUERDA **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de apelación planteado por parte de DOÑA María Purificación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Amposta, de medidas cautelares, núm. 1/2010, de fecha 26 de mayo de 2010 y, en consecuencia:

1º) Levantamos la medida cautelar de suspensión de la subasta acordada en el seno de los autos de ejecución hipotecaria 647/2005 seguidos en el Juzgado de Primera instancia núm. 1 de Amposta, ordenando que continúe dicha ejecución. Sin condena al pago de las costas de primera instancia a ninguna de las dos partes.

2º) Confirmamos en cuanto al resto, los pronunciamientos del auto recurrido.

Así por nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

---

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.