



Roj: **AAP IB 226/2024 - ECLI:ES:APIB:2024:226A**

Id Cendoj: **07040370032024200149**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **17/07/2024**

Nº de Recurso: **507/2024**

Nº de Resolución: **166/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA CALADO OREJAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00166/2024

Modelo: N10300 AUTO DEFINITIVO TEXTO LIBRE

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

Teléfono:971-71-20-94 **Fax:**971-22.72.20

Correo electrónico:audiencia.s3.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: ACO

N.I.G.07015 41 1 2024 0000809

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000507 /2024

Juzgado de procedencia:JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CIUTADELLA DE MENORCA

Procedimiento de origen:MCP MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0000399 /2024

Rollo núm. 507/24

A U T O núm. 166/2024

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. Miguel-Álvaro Artola Fernández

MAGISTRADOS:

D. Jaime Gibert Ferragut

Dña. Ana Calado Orejas

En Palma de Mallorca a diecisiete de julio de dos mil veinticuatro.

VISTOSpor la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Medidas Cautelares Previas seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de los de Ciudadela con el nº 399/24, **Rollo de Sala núm. 507/24**,entre FRIEDRICH-HAUS-FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL gGMBH, SPREE-ECK-FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL gGMBH, MÄDLER-HAUS- FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL gGMBH, como parte instante-apelante, representada en esta alzada por el Procurador Sr. Company-Chacopino y asistida del Letrado Sr. Izquierdo. (DÑA. Diana y DIRECCION000 ., como demandadas).

ES PONENTE la Ilma. Sra. Dña. Ana Calado Orejas.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ciudadela se dictó Auto en fecha 12 de junio de 2024 en las referidas actuaciones en cuya parte dispositiva se dispone:

ACUERDO la inadmisión a tramite de solicitud de medidas cautelares previas a la demanda principal inaudita parte formulada por la representación procesal de FRIEDRICH-HAUS - FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL GGMBH, SPREE-ECK - FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL GGMBH, y MÄDLER-HAUS - FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL GGMBH, frente a Dña. Diana y DIRECCION000 , por falta de legitimación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de APELACIÓN (art. 736 de la LEC).

SEGUNDO.-Contra la expresada resolución, y por la representación de la parte instante se interpuso recurso de apelación, seguido el recurso por sus trámites, se señaló fecha para deliberación, votación y fallo.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-La parte instante solicita la adopción de medidas cautelares previas a la interposición de la demanda e *inaudita parte*, frente a Dña. Diana y DIRECCION000 .. En concreto:

-El embargo preventivo telemático, ex. artículo 727.1º de la LEC , de los saldos bancarios que los Demandados tengan en las cuentas a la vista de las entidades bancarias miembros de la Asociación Española de Banca (AEB) adheridas al Convenio de colaboración entre el CGPJ y la AEB en materia de obtención de información para Juzgados y Tribunales, de 21 de octubre de 2020;

-El embargo preventivo, ex. artículo 727.1º de la LEC , de la Finca A (Finca de Ferrerías nº NUM000) situada en la DIRECCION001 , Ferrerías, Ciutadella de Menorca, inscrita con Código Registral Único de la Finca NUM001 en el Registro de la Propiedad de Ciutadella de Menorca, de la cual la Sra. Diana es copropietaria.

-El embargo preventivo, ex. artículo 727.1º LEC , de la Finca B (Finca de San Lluís nº NUM002) situada en territorio de DIRECCION002 , Mahón, inscrito a nombre de DIRECCION000 en el Registro de la Propiedad de Mahón, al Tomo NUM003 , Libro NUM004 , Folio NUM005 .

-La anotación preventiva de los embargos, ex. artículo 727.6ª de la LEC , de las Fincas en los correspondientes Registros de la Propiedad.

-El embargo preventivo, ex. artículo 727.1ª de la LEC en relación con lo previsto en el artículo 635 del mismo cuerpo legal , de las participaciones sociales de las que la Sra. Diana es titular en DIRECCION000 , en tanto socia y administradora única de dicha sociedad, a cuyo fin este Ilustre Juzgado deberá notificarlo a las mismas para que anoten preventivamente, en el libro registro de socios del Registro Mercantil, dicho embargo, de conformidad con lo previsto en el artículo 725.5ª de la LEC .

-Para el caso de que los embargos preventivos mencionados no sean suficientes para cubrir la cantidad indicada, se solicita el embargo preventivo de cuantos bienes sean localizados por el Juzgado tras la oportuna averiguación patrimonial efectuada al amparo del artículo 590 de la LEC .

Alega:

Que en 2013 contrató con DIRECCION003 (sociedad alemana cuya administradora es la Sra. Diana) la gestión de tres inmuebles de su propiedad sitios en Berlín, otorgándole poder para ello en 2014.

La Sra. Diana , abusando de la confianza depositada en ella por mis mandantes, se extralimitó en el uso de los poderes que estos le otorgaron. A partir de 2016 DIRECCION003 , en nombre y por cuenta de las Filiales de Fondation Coromandel, empezó a encargar -de forma verbal- a EFF Hausbau gGMBH (sociedad alemana cuyo administrador es el Sr. Edmundo) obras de adecuación de los inmuebles, resultando que según la orden de registro emitida en el marco de unas diligencias de investigación penal incoadas por la fiscalía de Neuruppin, Alemania, contra la Sra. Diana y contra el Sr. Edmundo , a raíz de una inspección fiscal, EFF Hausbau había generado entre 2016 y 2020 unos ingresos aproximados de más de 5 millones de euros derivados de las obras de renovación en los inmuebles, y había pagado en ese periodo más de 1 millón de euros a DIRECCION000 (sociedad española administrada por la Sra. Diana) por una "supuesta gestión de obras y supervisión de proyectos". Según la Orden de Registro, no existían pruebas de la prestación de los servicios de "gestión de obras y supervisión de proyectos" por parte de DIRECCION000 a EFF Hausbau. Y además, que la cuantía de los supuestos servicios, por lo que se sospechaba que el Sr. Edmundo pagaba a la Sra. Diana por conseguir los trabajos para EFF Hausbau, y que se trataba, por tanto, de "comisiones indebidas".



Que la Sra. Diana , requerida por la ahora instante, ha admitido los pagos a DIRECCION000 pero negado que fuera para adjudicación de trabajos sino que se realizaron los servicios, habiendo recabado de la Sra. Diana documentación (extractos de entrada y salida de pagos de las cuentas de EFF, y facturas de EFF y de DIRECCION000 .)

Que tras revisar los documentos decidieron el 25 de octubre de 2023 rescindir los contratos de gestión de los inmuebles concertados con DIRECCION003 y en noviembre de 2023, los contratos verbales formalizados con EFF

Que pidieron más documentación a DIRECCION003 , que les entregó en diciembre de 2023 pero resulta incompleta lo que ha dificultado a mis mandantes avanzar en el ejercicio de acciones legales frente a los demandados. Han cuantificado provisionalmente los daños y perjuicios sufridos en un millón seiscientos veintisiete mil seiscientos seis euros con siete céntimos (1.627.606,07 €), los cuales serán objeto de reclamación en el procedimiento principal que van a interponer en Alemania.

Consideran que concurren los requisitos para la adopción de las medidas que interesa: apariencia de buen derecho, que se extrae de los hechos relatados; el peligro de mora dado que pueden desprenderse de los bienes ante la inminencia de la demanda, habiendo alegado la Sra. Diana que se declarará insolvente y que la finca B está en venta; la idoneidad de las medidas, y la necesidad y urgencia de ser adoptadas sin audiencia de la parte contraria *a fin de evitar que, durante la sustanciación del proceso correspondiente, se puedan llevar a cabo por los Demandados actuaciones que impidan, una vez acordadas, su efectividad, o bien, simplemente, por el transcurso del tiempo, dejen las medidas vacías de contenido. No cabe duda alguna de que la no adopción de las medidas cautelares solicitadas, con la urgencia que merecen, podría implicar que, llegado el caso, la sentencia estimatoria de las pretensiones de las Filiales de Fondation Coromandel devenga, sin duda, ineficaz, por falta de bienes disponibles para ejecutarla, existiendo, de esta manera, poderosísimas razones de urgencia que aconsejan la adopción inaudita parte de las medidas cautelares solicitadas.*

En cuanto a la caución consideran que no debiera haber ninguna al ser el importe de la caución inversamente proporcional a la claridad de la apariencia de buen derecho, alegando su voluntad de prestar el importe que se considerare por el Juzgado.

SEGUNDO.-La juez tras exponer el contenido del art. 722 párrafo segundo de la L.E.C.:

Sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas comunitarias que sean de aplicación, también se podrá solicitar de un Tribunal español por quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles.

Y el del art. 35 del Reglamento (UE) n.º **1215/2012** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil:

Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto.

Resuelve de la interpretación conjunta de ambos preceptos:

Merced a lo anterior, descendiendo al caso que nos atañe, comprobado que quién solicita las medidas cautelares no cumple con el requisito de legitimación previsto en la normativa nacional de ser parte en un proceso jurisdiccional que se siga en un país extranjero, procede la inadmisión a trámite de dichos pedimentos.

Argumentando:

Bien es cierto que, el último de los preceptos transcritos nada dice al respecto de que el asunto esté ya lite pendente, únicamente permite solicitar medidas cautelares en otro Estado Miembro distinto del competente para conocer del asunto principal. Empero, el propio tenor literal del artículo hace una remisión expresa a la Ley del Estado Miembro en cuestión, para dilucidar qué medidas pueden o no adoptarse frente a lo solicitado, de modo que, dicho mandato, habrá de ser igualmente extensivo a los requisitos procesales que la normativa interna refleje, entre estos, los referentes a la legitimación, que en el caso de autos se reducen a la exigencia de que, las medidas cautelares solicitadas deberán serlo por quien acredite ser parte en un proceso judicial extranjero, esto es, posterior a la interposición de la demanda, pero nunca antes.

Corolario de lo anterior, se inadmite a trámite la presente solicitud de medidas cautelares, por falta de legitimación ex artículo 722.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



La solicitante recurre esta decisión denunciando infracción de los arts. 722, 730.2 y 733.2 de la LEC: El Auto se equivoca al entender que no es posible solicitar medidas cautelares previas al inicio de un procedimiento extranjero.

Tras señalar en primer lugar que el auto realmente deniega y no "inadmite" su solicitud, por cuanto el motivo es la falta de legitimación, sostiene que *"yerra el juzgado al entender que el art. 722 de la LEC prevalece por encima de la normativa comunitaria de aplicación que, como hemos visto, no limita en modo alguno cuándo deben pedirse las medidas cautelares respecto de un procedimiento extranjero.....La utilización del adverbio "también" despeja cualquier duda, en relación con el anteriormente citado art. 35 del Reglamento 1215, que permite de forma general la solicitud de medidas cautelares ante un Estado miembro diferente del que deba conocer del fondo del asunto sin limitar el momento temporal para ello."*

Pues bien. Entendemos asiste la razón a la recurrente en este extremo. La remisión que contiene el art. 35 del Reglamento a la ley del estado miembro en el que se solicitan las medidas debe entenderse referida a la instrumentalización de las mismas, es decir, a la observancia de los requisitos exigibles para su adopción, sin que del examen e interpretación conjunta de los preceptos pueda llegar a entenderse la supeditación de la normativa comunitaria a la nacional en el ámbito de la legitimación.

No deben obviarse los principios de primacía y efecto directo del derecho europeo. Es la ley nacional la que debe interpretarse bajo el prisma del Reglamento y no al contrario.

En este sentido, cabe citar la S TJUE (Sala Segunda) de 15.07.10, resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof-Alemania, y en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los tribunales nacionales: *"99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice, o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate...."* En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden *"...frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas..."* (en tal sentido, SS TJU 119/1984, 388/1992 y 185/2007).

Por lo que hay que concluir que la parte actora se encuentra legitimada para instar las medidas cautelares previas.

TERCERO.-Sentado lo anterior procede resolver sobre la petición de dichas medidas ya que la recurrente solicita en su recurso la revocación del auto y la concesión de las medidas solicitadas.

Constituyen presupuestos indispensables de las medidas cautelares: A) El *fumus boni iuris*, lo que implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmados han de parecer verosímiles o, al menos, suficientes, para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que insta la medida cautelar. B) *Periculum in mora*, que es el peligro de un daño urgente y marginal derivado del retraso de la resolución definitiva. C) La caución, por cuanto y tal y como establece el art. 728.3 de la L.E.C. *"Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado"*. Y D) La proporcionalidad, pues la medida ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado.

Ahora bien, a lo anterior hay que añadir una exigencia suplementaria para los casos en que la adopción de la medida cautelar es solicitada, no junto con la demanda principal, que es la regla general establecida por el art. 730.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal*), sino previamente a la interposición de la demanda. El art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone *podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda* pero, acto seguido, lo condiciona a que se aleguen y acrediten razones de urgencia o necesidad, siendo ambos términos sinónimos en realidad a pesar de que se emplean en forma disyuntiva, ya que la necesidad que contempla el artículo 730 de la Ley equivale a algo forzoso, ineludible o imprescindible.

Se suscita la duda acerca de cuáles puedan ser esas razones de urgencia o necesidad que, una vez alegadas y acreditadas, den pábulo a la adopción de la medida cautelar. Obviamente, ha de tratarse de razones de urgencia o necesidad distintas de las inherentes a cualquier petición de medida cautelar toda vez que, de otro modo, se quebrantaría ese régimen de regla general y excepción que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece. Tampoco resulta válido entender que la necesidad pueda ser subjetiva o equivalente a simple conveniencia del solicitante, ya que hay que tener en cuenta que la regla general es la solicitud con la demanda y las medidas previas constituyen la excepción (art. 730.1 L.E.C.) Con la exigencia de la urgencia o necesidad se pretende cumplir una dualidad de propósitos, conforme establece la mejor doctrina; en primer lugar, se quiere evitar que



se frustrase su efectividad, como ocurriría si se adoptare posteriormente, y en segundo lugar, que la exigencia de rápida respuesta judicial sea proporcional con el tiempo mínimamente indispensable para la redacción de la demanda.

En este sentido se ha pronunciado esta misma Sección 3ª, ya en Auto de 29 de enero de 2008 Ponente Sr. Gómez), en cuyo razonamiento jurídico segundo se expone: *"El art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que "podrán también solicitarse las medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad". Los requisitos de las medidas cautelares previas o "ante demanda" son, pues, los generales para la adopción de la concreta medida que se inste (art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , esto es, apariencia de buen derecho, peligro en la mora procesal y prestación de caución) y además, la "urgencia o necesidad". Parece que ambos términos son sinónimos aunque se empleen en forma disyuntiva, pero, en cualquier caso, es indudable suponen un "plus" respecto de las medidas que se solicitan junto a la demanda principal, las medidas llamadas coetáneas a las que se refiere el apartado primero del mismo artículo 730 como regla general de la justicia cautelar. En este contexto, la "urgencia o necesidad" ha de venir referida a las circunstancias que obstaculizan el cumplimiento de la regla general, esto es, que hacen imposible o difícil presentar simultáneamente la demanda y la solicitud de medidas cautelares (demora por la dificultad en recolectar los datos o los documentos en que deba fundarse la demanda) a las que, sin embargo, no se alude en el escrito en el que se insta la adopción de las medidas cautelares previas, siendo esta la "ratio essendi" de la resolución desestimatoria dictada en primera instancia que, en consecuencia, deberá confirmarse en todos sus extremos, con independencia de que pudieran concurrir los requisitos generales de las medidas cautelares y de la alegada proporcionalidad de la solicitada en el caso de autos".*

La ausencia de este requisito, es decir, la falta alegación o de acreditación de que aguardar a la preparación, redacción y presentación de la demanda podría poner en peligro la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, ha de surtir el efecto de impedir la adopción de la medida, incluso, como advierte el auto antecitado de 29 de enero de 2008, *"con independencia de que pudieran concurrir los requisitos generales de las medidas cautelares y de la alegada proporcionalidad de la solicitada en el caso de autos"*.

También puede citarse el auto de la sección 4ª de esta misma Audiencia Provincial de 17 de noviembre de 2009 (Ponente Sr. Artola), en el cual se desarrollan los argumentos que, en ese caso, sí justificaban que se aplicara la excepción a la regla general que supone toda medida cautelar previa a la demanda: *La demanda principal recae sobre un tema complejo que precisa de periciales, que a su vez necesitan de un tiempo para su elaboración y estudio, lo que sitúa la materia litigiosa dentro del marco del artículo referido, al ser razonable el tratar de anticipar la medida al objeto de evitar que la dilación durante el tiempo de preparación de la demanda y de las periciales de parte pudiera dar lugar a la eventual distracción del patrimonio del deudor.*

Pues bien. En el presente caso no se cuenta con ninguna justificación que ampare la concesión de la medida cautelar previa a la interposición de la demanda, por lo que huelga entrar a valorar si sería procedente en el supuesto de que hubiera sido pedida junto con la demanda.

No se ofrece ninguna razón por la que no pueda la parte actora presentar su demanda en el momento en que solicita la medida cautelar. En el escrito de solicitud refiere que *concurren todos esos presupuestos*(los comunes a todas las medidas) *y, esencialmente, la urgencia y necesidad de que las mismas se adopten inaudita parte, al amparo de lo previsto en el artículo 730.2 de la LEC :...desplegando toda una serie de argumentos dirigidos a justificar la adopción de las medidas sin audiencia de la parte contraria, cuando como se ha dicho el artículo 730.2 contempla esa urgencia o necesidad referida a la posibilidad de adopción antes de la interposición de la demanda.*

Es más, no puede soslayarse que el escrito de petición de medidas cautelares es de una extensión considerable (28 folios) y que en él se exponen minuciosamente los alegatos fácticos que fundamentan no solo la solicitud de las medidas sino de la demanda principal (Hecho segundo B. *Hechos que fundamentan la presente solicitud y demanda principal en Alemania*). Se relata los pormenores de la situación existente entre las partes y se infiere con claridad cuál es su pretensión, la reclamación de daños y perjuicios que incluso cifra provisionalmente en una cantidad, acompañando toda una serie de documentos, lo que nos lleva a considerar que podía haber presentado la demanda a la par que la petición de la cautela.

En cuanto a dificultades derivadas de la recopilación de documentación, lo relevante es que la parte no acredita (tal como requiere el art. 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se ha visto) que sea esa la razón que obstaculiza la interposición de la demanda, ya que la última entregada por la demandada dice fue en diciembre de 2023, y también aduce que el expediente penal ya ha finalizado. De hecho, se dice que la presentación de la demanda en Alemania es inminente, no se alcanza a comprender qué motiva el que no se soliciten las medidas



junto con ésta. Nótese que ha transcurrido casi mes y medio desde la solicitud de las medidas hasta la fecha de esta resolución, sin que se haya puesto en conocimiento de la sala la interposición de la demanda.

La petición debe ser desestimada.

CUARTO.-Aunque el recurso es finalmente desestimado, se estima procedente no efectuar pronunciamiento de costas de la alzada, al haberse estimado el alegato relativo a la legitimación de la instante.

PARTE

DISPOSITIVA

La sala acuerda:

Denegar la adopción de medidas cautelares previas instadas por el Procurador Sr. Company-Chacopino, en nombre y representación de FRIEDRICH-HAUS-FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL gGMBH, SPREE-ECK-FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL gGMBH, MÄDLER-HAUS-FORDERUNG DER FONDATION COROMANDEL gGMBH, por los razonamientos expuestos.

No hacer pronunciamiento en costas de la alzada.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la pérdida del depósito consignado, en su caso, para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.