



Roj: **AAP M 4179/2018** - ECLI: **ES:APM:2018:4179A**

Id Cendoj: **28079370282018200085**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/10/2018**

Nº de Recurso: **1601/2017**

Nº de Resolución: **163/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0125175

Recurso de Apelación 1601/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Pieza de Medidas Cautelares 508/2016-0001

APELANTE: BITBURGER BRAUGRUPPE GMBH

PROCURADOR: D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

LETRADO: D. JORDI MARTÍ BOTELLA

APELADO: D. Romeo

PROCURADOR: Dña. MARTA DOLORES MARTINEZ TRIPIANA

LETRADO: D. ALONSO MARTIN ROBERTO

AUTO núm. 163/2018

En Madrid, a 19 de octubre de 2018.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Ángel Galgo Peco, Don Gregorio Plaza González y Don Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 1601/2017 interpuesto contra el Auto de fecha 08 de mayo de 2017 dictado en el procedimiento número 508/2016 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid.

Ha sido parte apelante en el presente recurso BITBURGER BRAUGRUPPE GmbH, representada y defendida por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid se dictó con fecha 08 de mayo de 2017 Auto cuya parte dispositiva establece:



"En atención a lo expuesto, dispongo la desestimación de la medida cautelar solicitada con imposición de las costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la mercantil BITBURGER BRAUGRUPPE GmbH se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 18 de octubre de 2018.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La mercantil BITBURGUER BRAUGRUPPE GMBH interpuso demanda contra Don Romeo en ejercicio de acciones de responsabilidad -tanto de responsabilidad por deudas como de responsabilidad por daño- derivadas de su condición de administrador de la sociedad BARRIL Y BOTELLA IMPORT EXPORT S.A. y en reclamación de 262.379,28 € a cuyo pago fue condenada dicha entidad por sentencia -hoy firme- del Juzgado de 1ª Instancia número 7 de Madrid de 8 de octubre de 2012 en concepto de saldo pendiente de amortizar de un préstamo de 510.000 € que había recibido de la demandante el 1 de enero de 2006.

Coetáneamente, solicitó como medida cautelar el embargo preventivo de bienes de dicho demandado.

Por auto de 8 de mayo de 2017 el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid rechazó la pretensión cautelar y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza BITBURGUER BRAUGRUPPE GMBH a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Consideramos que no tiene el menor sentido seguir manteniendo -como lo hace el apelado- el argumento de la insuficiencia del poder del procurador de la actora cuando, cualquiera que fuere el grado de fundamento del que pudiera gozar dicho alegato en relación con el poder inicialmente presentado, consta en todo caso que la sociedad demandante otorgó nuevo poder a ese mismo procurador en fecha ulterior ante notario alemán, según documento debidamente apostillado, en el que dicho fedatario certifica que quienes comparecieron ante él como otorgantes estaban facultados para representar conjuntamente a dicha entidad de acuerdo con los datos -que había consultado- obrantes en el Registro Mercantil correspondiente (folio 194).

En todo caso, en lo referente al poder inicialmente presentado (folios 39 y ss.), debemos señalar que el alegato del demandado con arreglo al cual uno de los dos comparecientes había dejado de ostentar la representación de la actora descansaba en la errónea suposición de que los poderes otorgados por las personas jurídicas solamente duran lo que dura el cargo de los representantes que intervinieron en su otorgamiento. Suposición carente por completo de fundamento, toda vez que el poder válidamente otorgado en un momento dado pervive en tanto no sea revocado por la propia mercantil que lo otorgó, y ello cualquiera que fueren las vicisitudes acaecidas con posterioridad en relación con el cargo ostentado por las personas físicas que actuaron en representación de aquella.

TERCERO.- En relación con el "fumus boni iuris", presupuesto o requisito que la resolución apelada confunde con el "periculum in mora" (se dice en dicha resolución que el "fumus" exige "...que exista un riesgo razonablemente previsible, con carácter objetivo, de que la parte demandada pudiera aprovecharse de la duración del proceso para hacer inefectiva la tutela judicial..."), hemos de indicar que, fundándose la pretensión dineraria ejercitada en la demanda tanto en el régimen de responsabilidad por deudas como en el de responsabilidad por daños, concurren en autos, sin que ello sea prejuzgar, indicios razonables para suponer que, a los pocos meses de recibir de la actora el préstamo de 510.000 €, el demandado dejó inactiva a la sociedad que administraba, no sin antes vaciarla de su patrimonio en el presumible designio de eludir el cumplimiento de sus obligaciones preservando los bienes de la acción de sus acreedores. Consta en tal sentido que, actuando en representación de BARRIL Y BOTELLA IMPORT EXPORT S.A., el demandado procedió el 3 de noviembre de 2006 a vender la nave propiedad de esta a la sociedad POSADAS FRUTOS S.L., también administrada por él y cuyo capital era de su íntegra titularidad, por el exiguo precio de 88.922,06 €, precio que ni siquiera hubo de satisfacer al corresponder con la carga hipotecaria que pesaba sobre la finca y en la que la compradora quedaba subrogada. Y ello a pesar de que en la misma fecha de la venta el inmueble en cuestión había sido tasado por perito tasador en la cantidad de 561.992 €. Todo ello seguido de la entrada de BARRIL Y BOTELLA IMPORT EXPORT S.A. en fase de total inactividad y práctica desaparición, no habiendo dado fruto alguno los intentos de iniciar contra la misma la vía de apremio en el proceso contra ella seguido en reclamación de la deuda.

No vemos visos de prosperabilidad en el argumento de la prescripción esgrimido por el demandado porque, no siendo aplicable al caso en razón a la época de los hechos el Art. 241 bis introducido en la Ley de Sociedades de



Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre y no habiendo transcurrido el plazo que dicho precepto establece desde la entrada en vigor de dicha ley, el término de la prescripción del Art. 949 del Código de Comercio ni siquiera ha comenzado a correr en el día de la fecha al no constar que dicho demandado haya cesado en su cargo de administrador societario.

Estamos, pues, ante indicios relevantes de que el demandado incurrió en un comportamiento antijurídico causalmente vinculado a la frustración del derecho de crédito de la actora y concurren, por tal motivo, razones suficientes como para que podamos considerar justificado el requisito del "fumus boni iuris", imprescindible, como es sabido, para el éxito de cualquier pretensión cautelar.

Por lo que se refiere al presupuesto conocido como "periculum in mora", en el análisis de acciones de responsabilidad de administradores este tribunal ha inducido en ocasiones precedentes la presencia de motivos singulares indicativos de premura del examen mismo del "fumus boni iuris", de manera que, en presencia de sólidos indicios de determinadas conductas capaces de generar el tipo de responsabilidad que en la demanda se exige, hemos llevado a cabo cierta proyección, entendiendo que un determinado hábito de comportamiento obstruccionista en relación con el patrimonio de la sociedad administrada por el demandado permite apreciar una probabilidad relevante de repetición de esa clase de comportamiento en relación con su propio patrimonio y en el curso del proceso en el que se le exige responsabilidad derivada de su condición de administrador. En el caso ahora examinado esa proyección se encuentra justificada porque existe homogeneidad plena entre el tipo de conducta indiciariamente constatada y el tipo de conducta cuya probabilidad y consiguiente riesgo se valora.

No nos parecen convincentes las razones aducidas en el auto ahora apelado para denegar la tutela cautelar solicitada. No puede constituir óbice la circunstancia de que la actora no haya concretado los bienes sobre los que quiere que se trate el embargo cuando ni tal mención constituye un requisito de la pretensión cautelar ni la resolución que acuerda el embargo preventivo ha de pronunciarse sobre la traba de bienes concretos. Y no entendemos que el auto recurrido diga que no se sabe qué es lo que la demandante quiere garantizar cuando parece obvio que su pretensión cautelar persigue dar efectividad a una eventual condena de tipo dinerario.

En relación con la cuantía de la caución, considerando por un lado la cantidad por la que se va a despacha embargo preventivo (262.379,28 €), y por otra parte que la duración previsible del proceso en primera instancia no ha de superar razonablemente un año más atendida la fecha de presentación de la demanda (1/09/2016), y, teniendo en cuenta por otro lado que el interés legal para el año 2018 se sitúa en el 3 %, consideramos prudente fijar dicha contracautela en la suma de 8.000 €.

Se ha de estimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO.- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C.

No es procedente efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas ocasionadas en la instancia precedente al contemplar el Art. 736 L.E.C. una consecuencia condenatoria únicamente para la resolución que rechaza la solicitud de medidas pero no para aquella que las acuerda.

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

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de BITBURGUER BRAUGRUPPE GMBH contra el auto del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Revocar la resolución recurrida y en su lugar acordamos estimar la solicitud de medidas cautelares realizada por BITBURGUER BRAUGRUPPE GMBH y decretamos el embargo preventivo de los bienes y derechos de Don Romeo en cuantía suficiente para cubrir 262.379,28 €. Dicha medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste caución en la siguiente forma, cuantía y plazo: depósito en metálico en la cuenta judicial de consignaciones y depósitos del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid o aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca por importe de OCHO MIL EUROS a prestar en el plazo de 10 días a partir de que la parte apelante sea notificada de la llegada de los autos al citado Juzgado de lo Mercantil.

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.



De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Así por este auto, contra el que no cabe interponer recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ