



Roj: **AAP M 4899/2017 - ECLI:ES:APM:2017:4899A**

Id Cendoj: **28079370282017200127**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **323/2017**

Nº de Resolución: **198/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0160341

ROLLO DE APELACIÓN: 323/17 .

Procedimiento de origen: MEDIDAS CAUTELARES 647/2016.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

Parte recurrente : "J. GARCÍA CARRIÓN, S.A."

Procurador: Don Marcelino Bartolomé Garretas.

Letrado: Don Juan José Ríos Zaldívar.

Parte recurrida : "CHAMPAGNE LOUIS ROEDERER (CLR), S.A."

Procurador: Don Francisco José Abajo Abril.

Letrado: Don José Massaguer Fuentes.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

AUTO num. 198/2017

En Madrid, a uno de diciembre de dos mil diecisiete

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 323/17, el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 16 de diciembre de 2016 dictado en la pieza de medidas cautelares núm. 647/16 seguida ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la mercantil "J. GARCÍA CARRIÓN, S.A." ; siendo apelada la entidad "CHAMPAGNE LOUIS ROEDERER (CLR), S.A .", ambas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid se dictó auto con fecha 16 de diciembre de 2016 , aclarado por otro de 11 de enero de 2017 , por el que se decretó el embargo preventivo de diversos bienes y derechos de la entidad "J. GARCÍA CARRIÓN, S.A." para cubrir la suma de 26.369.200 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación al que se opuso la demandante que, admitido por el Juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 30 de noviembre de 2.017.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- La entidad "CHAMPAGNE LOUIS ROEDERER (CLR), S.A." presentó en España solicitud de medidas cautelares contra la mercantil "J. GARCÍA CARRIÓN, S.A." con el objeto de asegurar la resolución que debía dictar el Tribunal de Primera Instancia Francófono de Bruselas en el procedimiento seguido con el nº 2013/4578/A.

El referido procedimiento tiene por objeto la pretensión deducida por la entidad "CHAMPAGNE LOUIS ROEDERER (CLR), S.A." contra la mercantil "J. GARCÍA CARRIÓN, S.A." para que se condene a esta entidad al pago de la multa coercitiva que se le impuso por resolución firme en un previo procedimiento ante los tribunales belgas por infracción de la marca "CRISTAL". Esta resolución prohibió a la demandada el uso de la marca "ALINO JAIME SERRA" o "CRISTALINO JAUME SERRA" o incluso el signo "CRISTALINO", o de cualquier otro signo que contenga el vocablo "CRISTAL" para vino, champanes, vinos espumosos o para productos similares "so pena de recibir una multa coercitiva de 1.000 euros por uso, por la violación de la presente sentencia, siendo esto aplicable a partir de la notificación de dicha sentencia".

En la petición cautelar origen de las presentes actuaciones se interesó el embargo preventivo de bienes y derechos de la demandada para cubrir la suma de 20.284.000 euros (importe de la multa coercitiva que se interesa ante los tribunales belgas) más 6.085.200 euros (30% adicional para cubrir los intereses y costas que se devenguen de la eventual ejecución), en total, 26.369.200 euros.

La resolución apelada estima la medida cautelar solicitada al considerar justificado tanto la apariencia de buen derecho como el peligro por la mora procesal.

Frente a la citada resolución se alza la parte demandada que interesa su revocación y la desestimación de la solicitud de medidas cautelares sobre la base de las siguientes alegaciones: a) infracción del artículo 49 del Reglamento 44/2001 del Consejo al pretenderse la ejecución anticipada de una condena al pago de una multa coercitiva aún no fijada por el tribunal competente; b) ausencia de *fumus boni iuris*; c) falta de *periculum in mora*.

La actora se opone al recurso y solicita su desestimación y la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO .- En la primera de sus alegaciones la parte apelante sostiene que la resolución apelada infringe el artículo 49 del Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 , relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En esencia, se afirma que el demandante pretende, en realidad, la ejecución anticipada de la resolución en la que el tribunal belga debe pronunciarse sobre la imposición de una multa coercitiva cuando el referido precepto del Reglamento 44/2001 sólo permite la ejecución en el Estado miembro requerido de las resoluciones extranjeras que condenan al pago de multas coercitivas cuando la cuantía hubiera sido fijada definitivamente por el tribunal del Estado miembro de origen.

Conviene aclarar que el Reglamento 44/2001 estaba ya derogado al tiempo de deducirse la solicitud cautelar (27 de septiembre de 2016). Sin embargo, sí resulta aplicable al supuesto de autos por razones temporales de conformidad con el artículo 66.1 del Reglamento (UE) nº 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. Dado que se pretende asegurar una resolución que trae causa de un procedimiento iniciado antes de que resultara aplicable el nuevo Reglamento (10 de enero de 2015, según dispone su artículo 81 y especifica también el artículo 66.1 al regular el régimen transitorio), sus normas no resultan de aplicación al supuesto enjuiciado que queda sujeto a las disposiciones del Reglamento 44/2001.

El motivo ahora analizado carece de la menor consistencia en tanto que se construye sobre una premisa falsa.



Es cierto que el artículo 44 del Reglamento (CE) 44/2001 (ahora, artículo 55 del Reglamento (UE) nº **1215/2012**), establece que: "*Las resoluciones extranjeras que condenaren al pago de multas coercitivas solamente podrán ejecutarse en el Estado miembro requerido cuando la cuantía hubiere sido fijada definitivamente por el tribunal del Estado miembro de origen*".

El problema es que la parte demandante no ha solicitado la ejecución provisional de una resolución -que, por cierto, aún no se había dictado al tiempo de presentarse la solicitud- sino el embargo preventivo para asegurar un eventual pronunciamiento condenatorio en el procedimiento que se tramita ante los tribunales belgas para determinar la procedencia y, en su caso, cuantificar la multa coercitiva que debe imponerse a la demandada por continuar con el uso de signos infractores a cuyo cese ha sido condenada por resolución firme, también pronunciada por los tribunales belgas.

La alegación se agota en su propia formulación en tanto que lo solicitado por la actora y lo acordado por la resolución apelada no es la ejecución provisional de una inexistente -entonces- resolución sino el embargo preventivo para asegurar la efectividad de la resolución que debe dictarse -y ya se ha dictado en primera instancia- por los tribunales belgas sobre la efectiva imposición de la multa coercitiva.

La petición de embargo preventivo como medida cautelar para asegurar una futura resolución a dictar por los tribunales de otro Estado miembro tiene expresa cobertura en el artículo 31 del Reglamento 44/2001 (ahora, artículo 35 del Reglamento **1215/2012**).

Resulta por completo irrelevante a los efectos de perfilar la naturaleza de lo solicitado que en el algún pasaje del escrito inicial se aluda al embargado como *ejecutado*, lo que, además, puede tener sentido si consideramos que la determinación de la multa coercitiva se enmarca propiamente en ejecución de la previa sentencia firme dictada por los tribunales belgas. Menor transcendencia aún tiene que con el embargo preventivo se pretenda cubrir los gastos e intereses de la futura ejecución o que el juzgado, con acierto o sin él, haya ordenado la entrega a la parte actora de la cantidad consignada por la demandada para eludir el embargo, cuestiones que afectan al alcance y a la ejecución de la medida, que no transforman lo acordado en una inexistente ejecución provisional.

TERCERO .- La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* no es otra cosa que la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión o como dice el propio artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una justificación indiciaria y provisional favorable al fundamento de la pretensión del instante.

La resolución apelada sostiene la apariencia de buen derecho en las distintas resoluciones dictadas por los tribunales belgas (las que declaran la infracción por resolución firme, ordenando el cese en el uso de signos infractores e imponen a la demandada una multa coercitiva para el caso de continuidad en el uso de los mismos desde la notificación de la sentencia) y en la incertidumbre o peligro de que la situación financiera de la demandada no fuera suficiente para el abono de la multa coercitiva exigida por la actora.

Desde luego, la incertidumbre sobre la situación financiera de la demandada, afirmada por la resolución apelada, resulta por completo inidónea para sostener la apariencia de buen derecho al afectar exclusivamente al requisito del peligro por la mora procesal.

Tampoco podría afirmarse el *fumus boni iuris* con fundamento exclusivo en las previas resoluciones judiciales dictadas por los tribunales belgas que apreciaron la infracción y ordenaron el cese de la conducta infractora bajo apercibimiento de la multa coercitiva.

Lo que debería haber valorado el juez de la anterior instancia es, a la vista del material probatorio aportado, si existían indicios de que la demandada había continuado realizando uso de signos infractores tras la notificación de la resolución que ordenaba su cese "*so pena de recibir una multa coercitiva de 1.000 euros por uso, por la violación de la presente sentencia, siendo esto aplicable a partir de la notificación de dicha sentencia*".

Esa compleja tarea, no abordada en la resolución apelada, ha quedado extraordinariamente facilitada en esta segunda instancia al haber recaído la oportuna resolución en el procedimiento nº 2013/4578/A, dictada con fecha 30 de mayo de 2017 por el Tribunal de Primera Instancia Francófono de Bruselas, por la que se condena a la demandada a pagar a la entidad actora la cantidad de 16.320.000 euros en concepto de multa coercitiva por el uso de signos infractores de la marca "CRISTAL".

Esta resolución ha sido aportada por la parte apelante al amparo del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo procedente su admisión al ser condicionante o decisiva para la apreciación del requisito ahora examinado.

Como es natural, determinada la infracción y cuantificada la multa coercitiva por el tribunal belga, debe apreciarse la apariencia de buen derecho con fundamento en esa misma resolución, aunque no sea firme, y por el importe en ella cuantificado (16.320.000 euros), más un 30% para asegurar los intereses y gastos de la futura



ejecución, careciendo de argumentos este tribunal para llegar a una conclusión distinta a la alcanzada por el tribunal que ha dictado en primera instancia la resolución para cuyo aseguramiento se interesó el embargo preventivo, todo ello sin perjuicio del examen del peligro por la mora procesal cuya concurrencia se cuestiona en el siguiente motivo del recurso de apelación.

CUARTO .- En la tercera de las alegaciones del recurso el apelante cuestiona, como acabamos de indicar, la concurrencia del requisito del peligro por la mora procesal.

Como es conocido, para el acogimiento de la solicitud de tutela cautelar es imprescindible, a tenor de lo establecido en el apartado 1 del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el solicitante justifique que la no adopción de las medidas interesadas durante la pendency del proceso podría desembocar en una situación que impidiese o dificultase la efectividad de la tutela derivada de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones, concepto éste mucho más amplio que el de la mera ejecución de la sentencia.

Como tiene reiteradamente declarado este tribunal, ha de entenderse que el precepto hace referencia a una situación de riesgo racionalmente previsible y objetiva, cuyo sustrato radica, bien en que la parte demandada pudiera aprovecharse de la situación de pendency del proceso para hacer inefectiva una eventual sentencia contraria a sus intereses, bien en el advenimiento de situaciones susceptibles de impedir o dificultar la efectividad de lo obtenido por la otra parte en el procedimiento principal.

Esas situaciones a las que alude el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden provenir tanto del demandado como de terceros o estar desprovistas de toda atribución subjetiva, en tanto que el *periculum in mora* se configura en términos objetivos, esto es, como la mera probabilidad de que se produzcan durante la tramitación del proceso situaciones que impidan o dificulten la tutela que en su día pudiera otorgarse.

En cualquier caso, es al solicitante de las medidas a quien incumbe justificar suficientemente, dentro de los límites inherentes al juicio de medidas cautelares, ese estado de cosas, lo que le exige concretar, en relación con las específicas circunstancias que concurren en cada caso, cuál sería la situación específica capaz de desvirtuar la eficacia del pronunciamiento sobre el objeto del proceso principal que habría de conjurarse con la medida solicitada, y aportar elementos de juicio de los que razonablemente poder deducir la realidad del riesgo inherente a la situación denunciada.

La resolución apelada afirma la concurrencia del requisito analizado al considerar que existe un riesgo cierto de que no existan bienes o derechos en el patrimonio de la demandada con los que afrontar la eventual multa coercitiva que puedan imponerle los tribunales belgas como consecuencia de la reiteración de la infracción tras la sentencia que ordenó a la ahora apelante el cese en el uso de signos confundibles con la marca "CRISTAL". Dicho riesgo cierto lo deduce de *la incertidumbre o peligro de que la situación financiera de la anterior compañía ("J. GARCÍA CARRIÓN, S.A.") no sea suficiente para el abono de tal pretensión económica*. Incertidumbre o peligro que, a su vez, infiere de la pericial acompañada por la demandante como documento nº 13 de la solicitud y del hecho mismo de que la demandada no compareciera al acto de la vista en la que se ventilaba una medida tan gravosa para su patrimonio.

Este segundo argumento no resulta apto para fundar el peligro por la mora procesal. La incomparecencia de la demandada al acto de la vista no exige a la solicitante de probar cumplidamente los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar y, desde luego, su ausencia no es indicativo de la suficiencia o insuficiencia patrimonial -mejor que financiera- con la que atender un eventual pronunciamiento condenatorio.

Precisamente, la transcendencia económica de la medida cautelar interesada da verosimilitud a la versión ofrecida por la apelante sobre su incomparecencia al acto de la vista. Cuestión distinta es que esa incomparecencia no pueda considerarse que sea involuntaria por ser imputable a un deficiente funcionamiento de sus servicios administrativos como ya se analizó con ocasión del auto resolutorio de la prueba propuesta en esta instancia por la parte apelante.

El peligro por la mora procesal se sostiene en la solicitud cautelar y también en la resolución apelada en el dictamen pericial suscrito por don Esteban, catedrático de Economía Financiera y Contabilidad, entre otros muchos méritos, en el que se analizan las cuentas de la demandada de los ejercicios 2012 a 2014 (documento nº 13 de la solicitud), luego completado con el análisis de las cuentas del ejercicio 2015 (ampliación del dictamen apartado como documento nº 53 obrante a los folios 1741 y ss del Tomo IV de las actuaciones).

El tribunal no comparte la valoración efectuada en la resolución apelada.

Un futuro riesgo de insolvencia derivado de la situación financiera y patrimonial de la sociedad fruto de su actividad empresarial, que es lo que se mantiene en la solicitud con fundamento en el informe pericial, no se conjuga con el embargo preventivo pues la insolvencia reclama la declaración del deudor en concurso de acreedores, concurso en el que rige el principio de la *par condicio creditorum*.



En todo caso, no consta que el vaticinio efectuado en el informe pericial a la vista de las cuentas de los ejercicios 2012 y siguientes se haya hecho realidad hasta la fecha, ya finalizando el año 2017.

La sociedad demandada cuenta con un sólido patrimonio como resulta de las propias actuaciones en la que consta la traba de múltiples bienes y derechos, entre los que se encuentran números inmuebles y múltiples marcas, habiéndose alzado los embargos como consecuencia de la consignación en metálico efectuada por la demandada de la cantidad de 17.700.000 euros, importe que, junto con el ingreso realizado en la cuenta del Juzgado por diversas entidades como consecuencia del embargo trabado (8.712.668,15 euros), incluso excedía de la suma de 26.369.200 euros que se trataba de garantizar con la medida cautelar, por lo que se ha procedido a la devolución del exceso.

Los fondos propios de la entidad demandada al cierre de los ejercicios 2012 a 2015 ascienden respectivamente a las siguientes cantidades: 226.373.955 euros (2012), 231.965.713,87 euros (2013), 210.487.092,80 euros (2014) y 203.757.636,91 euros (2015).

En todos los referidos ejercicios la sociedad ha obtenido importantes beneficios, elevándose los generados en el ejercicio 2015 a 15.356.603,96 euros.

Por último, la tesorería de la sociedad al cierre del ejercicio 2015 (31 de diciembre de 2015) se elevaba a 91.790.404 euros (folio 1776 de los autos, obrante al Tomo IV de las actuaciones)

No concurre en consecuencia el riesgo apreciado por la resolución apelada consistente en que no existan bienes o derechos en el patrimonio de la demandada con los que afrontar la eventual multa coercitiva que puedan imponer los tribunales belgas a la entidad demandada.

Menos aún puede fundarse el peligro por la mora procesal en el impacto que podría tener la imposición de una elevada multa coercitiva en la situación financiera o patrimonial de la sociedad demandada hasta el punto de comprometer su solvencia y capacidad de pago, lo que colocaría a la sociedad en situación concursal por insolvencia, al menos, por falta de liquidez, marco en el que no sería eficaz, como ya hemos indicado, la previa medida cautelar de embargo preventivo.

Los razonamientos anteriores determinan la estimación del recurso de apelación y la revocación de la resolución apelada para rechazar la petición cautelar deducida por el solicitante.

CUARTO .- La estimación del recurso de apelación con rechazo de la petición cautelar determina que las costas de primera instancia sean de preceptiva imposición al solicitante (artículo 394.1 y 736 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sin que proceda efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas ocasionadas en esta alzada (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Marcelino Bartolomé Garretas en nombre y representación de la mercantil "**J. GARCÍA CARRIÓN, S.A.**" contra el auto dictado el día 16 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, en el procedimiento de medidas cautelares núm. 647/2016 , del que este rollo dimana.

2.- Revocar la referida resolución para desestimar la solicitud de medidas cautelares formulada por el procurador don Francisco José Abajo Abril en nombre y representación de la entidad "**CHAMPAGNE LOUIS ROEDERER (CLR), S.A.**" , dejando sin efecto las medidas cautelares acordadas, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas a la demandada en primera instancia.

3.- No efectuar expreso pronunciamiento respecto de las costas causadas con el recurso de apelación.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

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 en su caso constituido para la interposición del recurso de apelación.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.