

**Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª).****Auto núm. 38/2005 de 28 febrero**[AC\2005\341](#)

**MEDIDAS CAUTELARES:** anotación preventiva de demanda: desestimación: inexistencia de una apariencia de buen derecho en la forma que está planteada la acción: necesidad de justificación de la necesidad de la medida en relación con las circunstancias por las que se solicita, y la identificación individualizada del riesgo concreto que entienda se puede cernir sobre la efectividad del pronunciamiento postulado: inmuebles que ya han sido objeto de transmisión.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación núm. 570/2004

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el Auto de fecha 06-06-2002, y aclarado por el de 09-06-2002, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid.

En Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil cinco.

Visto

en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, el Incidente de Medidas Cautelares dimanante de Autos de Juicio Ordinario 949/2001, procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid, al que ha correspondido el Rollo 570/2004, en el que aparece como partes: de una, como demandante y hoy apelante DON Braulio, representado por el Procurador Sr. D. Antonio Pujol Varela y de otra, como demandados y hoy apelados DOÑA Isabel, Industrias del Mecanizado, SL, DON Jesús, Sociedad Gestora de Patrimonio de Inmuebles, SL, Inversiones Yeregui, SA Y Gestión Eurosocietal, SL, representados por el Procurador Sr. D. Juan Torrecilla Jiménez; sobre Medidas Cautelares. Se desestima el recurso de apelación contra el Auto que no acordaba la anotación preventiva de demanda y alegaba falta de motivación.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Suplente Don José Ignacio Zarzuelo Descalzo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, y,

**PRIMERO**

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid en fecha seis de junio de dos mil dos, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se deniega/n la/s medida/s cautelares solicitadas por el Procurador D./Dña. Antonio Pujol Varela, en nombre y representación de Braulio frente a la demandada Carina».

Con fecha nueve de julio de dos mil dos se dictó Auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «

se rectifica

---

el auto de fecha seis de junio del presente, en el sentido de incluir en la parte dispositiva del mencionado la condena de imposición de costas a la parte actora, manteniéndose el resto de los pronunciamientos».

## SEGUNDO

Notificado el mencionado auto, contra el mismo, y previos los trámites oportunos, se interpuso por la parte demandante el presente recurso de apelación al que se opuso la contraparte, remitiéndose posteriormente las actuaciones a esta Sección, previo emplazamiento de las partes quienes han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

## TERCERO

No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba en esta instancia ni estimándose necesaria la celebración de Vista Pública, quedaron los autos para dictar la resolución correspondiente y dado el carácter preferente que la actual [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) atribuye al presente recurso en su artículo 736.1, se señaló para Deliberación y Votación, la Audiencia del día veintitrés de febrero del año en curso.

## CUARTO

En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, que hacemos nuestros y damos por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones, en tanto no se contradigan por los de la presente resolución.

Frente al Auto dictado en primera instancia por el que se denegaba la adopción de medidas cautelares solicitadas a instancias del actor, básicamente por entender que no había quedado cumplidamente acreditado, de la documentación aportada y de los argumentos efectuados por la parte actora, así como de las pruebas practicadas, que concurren los requisitos a que se refieren los artículos 728 y 735.2 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), no existiendo indiciariamente un juicio favorable al fundamento de la pretensión del actor, sin perjuicio de hacer uso del derecho que le asiste a reproducir su solicitud en caso de modificación de las circunstancias ahora existentes, así como de las restantes medidas que no han sido objeto de controversia alguna, se interpone por la representación del actor el presente recurso de apelación que, en esencia, argumenta:

1º.– La necesidad de motivación de las resoluciones judiciales en aras de la tutela judicial efectiva consagrada en los artículos 24 y 120.3 de la [Constitución española \( RCL 1978, 2836\)](#).

2º.– Adolece la resolución recurrida de falta de motivación y puesto que en ninguno de sus fundamentos jurídicos se da respuesta o razonamiento a la desestimación de la petición de medida cautelar. No existe referencia alguna de en que medios de prueba, de los abundantes aportados, se basa para tomar la decisión. Tampoco se obtiene respuesta en relación a la situación de los bienes respecto de los que se solicitaba la anotación preventiva de la demanda. Entre la demanda y el emplazamiento la demandada readquiere los bienes de su aportación a la Sociedad Gestora de Patrimonios e Inmuebles, SL por precio envilecido e incluso realiza otras transmisiones a terceros incluso en documento privado.

3º.– En cuanto a la necesidad y urgencia de las medidas, citar que La Sociedad Gestora de Patrimonios e Inmuebles, SL era a la fecha de presentación de la demanda –23 de enero de 2002– titular de los nueve inmuebles sobre los que se pretende la anotación preventiva y hasta el momento de la vista se han transmitido varios.

4º.– La tutela judicial efectiva precisa que se expliciten las razones de porqué no se otorgan las medidas cuando existen pruebas a las que no se ha otorgado ningún valor –informe caligráfico sobre firma falsa, manipulación de contabilidad, auditorías, informe de ingeniero agrónomo–.

5º.– Desacuerdo con el rechazo de las otras medidas interesadas –administración judicial, embargo preventivo, formación de inventario– por no haberse hecho constar en el suplico de la solicitud y puesto que se había solicitado la subsanación con cita del artículo 231 de la [LECiv \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

6º.– Entiende que concurren los requisitos exigidos legalmente para la adopción de medidas cautelares

en función de los hechos que relata y así, existe apariencia de buen derecho por ser el demandante hijo de la demandada y solicitarse la nulidad de la transacción entre ellos de 26 de noviembre de 1997 o subsidiariamente su resolución por incumplimiento de las obligaciones asumidas por la demandada, la petición de herencia de su padre e indemnización por daños morales; que la Sra. Carina renunció en favor de sus hijos a sus derechos en la herencia de su esposo, tanto al usufructo como a los gananciales; que solicitó autorización judicial de venta cuando ya había vendido y no cumplió las condiciones exigidas por el Juzgado autorizante de dedicar el producto de la venta a pago de derechos sucesorios y costas e ingresar el remanente en cuenta bancaria a favor de los hijos, necesitando para disponer de autorización judicial; que obtiene por la venta del solar en AVENIDA000 485.666.000 pesetas y en depósito en el MOP 52.389.551 pesetas; que no rinde cuentas de tales operaciones y restituye a los hijos; que según consta en acta de manifestaciones ante notario de fecha 15 de junio de 1998 se valora la transacción por encima de los 700 millones de pesetas; que por su renuncia no debería tener bienes y sin embargo adquiere un conjunto de inmuebles durante la minoría de edad de sus hijos cuya titularidad ostenta hasta su aportación a la Sociedad gestora de Patrimonios e Inmuebles, SL el 27 de junio de 1997, meses antes de la transacción; con respecto a la transacción los hijos cumplen las obligaciones asumidas de venta de sus participaciones en Industrias de Mecanizados, SL y otorgar el derecho de uso y habitación sobre una vivienda de Madrid y la demandada no cumple las suyas de asumir los gastos de constitución y lanzamiento de Pazo de los Caballeros, SL, ni la rendición de cuentas e información por la venta de apartamento y garaje en Altea; tampoco se da información ni rendición de cuentas de los actos previos al acuerdo transaccional de constitución de la Sociedad Gestora de Patrimonios e Inmuebles, SL, sobre la renta vitalicia u opción de compra de las participaciones de la Sra. Carina por su letrado, no existiendo prueba de desembolso.

7º.- Que la anotación preventiva que se solicita no está basada en el artículo 727.5 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) sino en los artículos 42 y 43 de la [Ley Hipotecaria \( RCL 1946, 886\)](#) al ser garantía de ejecución de sentencia y basarse en el derecho hereditario que ostenta el demandante.

## SEGUNDO

En relación con la alegada falta de motivación, a la que se hace referencia en varios de los apartados del recurso y siendo cuestión previa conocer tal infracción procesal de falta de motivación del auto recurrido, en caso de existir, es de señalar que cuando existiere dicha infracción la solución conllevaría la subsanación en esta alzada, conforme a lo que prevé el art. 465.2 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), en atención a la propia naturaleza del recurso de apelación, y que se haya de entrar a conocer de la alegada infracción y así lo hacemos desde la doctrina contenida en la [Sentencia del Tribunal Supremo de 26-6-2003 \( RJ 2003, 5960\)](#), con la amplia cita de doctrina constitucional que realiza, para señalar que tal como han entendido las [sentencias del Tribunal Constitucional 170/2000, de 26 de junio \( RTC 2000, 170\)](#), [187/2000, de 10 de julio \( RTC 2000, 187\)](#) y [214/2000, de 18 de septiembre \( RTC 2000, 214\)](#) y de la propia Sala 1ª del Tribunal Supremo, de [12 de febrero de 2001 \( RJ 2001, 1480\)](#), [1 de febrero de 2002 \( RJ 2002, 2098\)](#), [8 de julio de 2002 \( RJ 2002, 5902\)](#) y [25 de noviembre de 2002 \( RJ 2002, 10275\)](#); esta última resume la doctrina jurisprudencial en estos términos:

«No es necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni todos los aspectos y perspectivas que las mismas puedan tener de la cuestión que se decide ( [SS. 25 mayo \[ RJ 2001, 8632\]](#) y [15 octubre 2001 \[ RJ 2001, 8632\]](#); [28 febrero \[ RJ 2002, 4148\]](#) y 9 julio 2002), pues resulta suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión (SS. 12 junio 2000; 4 junio 2001; 1 febrero, 13 junio y 26 julio 2002), lo que no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos ( [SS. 16 \[ RJ 2002, 4446\]](#) y 30 mayo y 26 julio 2002) si permiten conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (SS. 30 marzo 2000; 4 junio 2001; 28 febrero, [3 mayo \[ RJ 2002, 5702\]](#), [10 julio \[ RJ 2002, 8244\]](#) y [4 noviembre 2002 \[ RJ 2002, 10301\]](#) ).

También se ha venido declarando que, salvo una concreta complejidad que obligue a la separación entre hechos probados y el derecho aplicable ( [S. 26 septiembre 2001 \[ RJ 2001, 8153\]](#) ), no es precisa una específica relación de aquellos, bastando que los mismos se desprendan de la exposición de los fundamentos jurídicos (SS. 16 mayo y 22 junio 2000; 25 abril y [21 diciembre 2001 \[ RJ 2001, 10056\]](#); [1 febrero \[ RJ 2002, 2098\]](#) y [8 julio 2002 \[ RJ 2002, 5902\]](#) ); siendo de señalar a mayor abundamiento que no cabe confundir la falta de motivación con el desacuerdo con la motivación.

Desde el precedente acervo doctrinal no cabe entender falta de motivación en el auto recurrido, pues éste en su fundamento de derecho primero remite a las pretensiones del solicitante de medida cautelar, y en el tercero hace referencia a los elementos aportados por la parte solicitante de la medida y a las

---

alegaciones y demás actuaciones practicadas en el acto de la vista, para desde ellas, que ciertamente no transcribe sino que alude a las mismas por remisión, estimar la no concurrencia de los presupuestos para la adopción de la instada medida, por no existir indiciariamente un juicio favorable a la pretensión del actor, reflejando tales presupuestos en el fundamento de derecho segundo, fundamentación por remisión que viene expresamente admitida por la doctrina, en aras de evitación de repeticiones innecesarias y desde lo precedente que hayamos de desestimar tal motivo de impugnación aducido en el escrito por el que se recurre.

### TERCERO

Las medidas cautelares aparecen reguladas en la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000. 34. 962 y RCL 2001. 1892\)](#) de una manera amplia dentro de su Libro III, en su Título VI, Capítulos I a V; el principio de rogación es su máxima (artículo 721 de la LECiv) y su objetivo asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse; penetrando dentro de sus características surgen las ideas que exponen: se ha de buscar el menor perjuicio para el demandado (artículo 726.1.2 de la LECiv), la relativa a su carácter provisional (artículo 726.2 de la LECiv), a las que se unen la de su instrumentalidad, noción ligada a la anterior, y que enlaza con la de temporalidad, sólo pueden durar lo que dure el proceso (o únicamente veinte días si no se insta pleito, artículo 730.2 de la LECiv), y la de su variabilidad, las medidas cautelares se adoptan a la vista de las circunstancias de hecho existentes, circunstancias que pueden cambiar, por lo que, lógicamente, dichas medidas ya acordadas pueden ser modificadas para adaptarse a la nueva situación creada (artículo 743.1 de la LECiv); pieza clave en el sistema de medidas cautelares lo constituye la caución y la caución sustitutoria (artículos 728, 746 y 747 de la LECiv).

En cuanto a sus clases, se pueden establecer las que siguen:

- A) Unas medidas cautelares específicas, contenidas en el artículo 727 de la LECiv.
- B) Otras innominadas, que refiere el artículo 726.2 de la LECiv (como por ejemplo, las que consistan en órdenes y prohibiciones).
- C) Por fin unas medidas cautelares especiales, que aparecen previstas a lo largo de la LECiv, así, la suspensión de obra nueva (artículo 441.2 en relación con el 250.1.5 de la LECiv), o las que corresponden tomar en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (artículo 768 de la LECiv); junto a este grupo de medidas contenidas, insistimos, en la LECiv, surgen medidas cautelares reguladas en Leyes Especiales, por ejemplo, en la [Ley Sobre Propiedad Horizontal \( RCL 1960. 1042\)](#) (artículo 18.4 sobre suspensión de la ejecución de los acuerdos de la Asamblea impugnados).

Tras estas notas, esenciales para resolver la cuestión planteada, y dejando a un lado la pugna doctrinal acerca de su naturaleza jurídica, si son un mero instrumento de un proceso, del derecho sustantivo que a través de ellas se actúa, o si, por el contrario, integran un auténtico proceso, hemos de pasar al estudio de sus requisitos; en primer lugar se ha de tratar de la apariencia de buen derecho («fumus boni iuris»), que en el caso de litis la Juzgadora a quo considera que no existe indiciariamente un juicio favorable al fundamento de la pretensión del actor, y con relación a tal supuesto se ha de indicar que la apariencia de buen Derecho está ligada con la pretensión principal de la parte solicitante, aquella que se ejercita en el pleito principal, por tanto únicamente cuando se muestre un aspecto de probabilidad, en suma, una viabilidad en torno al pleito, se puede interesar que se asegure la efectividad de una sentencia favorable, o probablemente favorable, y esta exigencia guarda lógica, si se tiene en cuenta que la medida cautelar va a entrañar una injerencia en la esfera jurídica del demandado.

Y tal probabilidad de éxito, que supera la mera posibilidad, exige una operación lógica, que ha de abarcar al supuesto de hecho en que la pretensión descansa, de manera que si los hechos de muestran poco probables, el juicio de apariencia será negativo; también se ha de tener en cuenta la conclusión jurídica en que se fundamenta el actor, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del asunto, sino sencillamente valorar a primera vista si el Derecho aplicable a los hechos adveran o, mejor dicho, abonan lo querido por el Demandante; todo esto significa (artículo 728.2 de la [LECiv \[ RCL 2000. 34. 962 y RCL 2001. 1892\]](#) ), que la persona que interesa las medidas no sólo ha de presentar los datos y argumentos precisos, sino los «justificantes documentales», que conduzcan al juicio de provisionalidad tan deseado, al juicio indiciario que permita inferir la existencia de otro no percibido y, desde tal punto de vista, nos encontramos con que en el presente caso, a pesar de la abundante prueba documental presentada, el supuesto de hecho, es decir, la pretensión que se ejercita descansa en obtener la nulidad o subsidiariamente la resolución, por incumplimiento de las obligaciones asumidas, de un acuerdo transaccional –de 26 de noviembre de 1997– que precisamente y según se manifiesta se alcanzó para evitar los pleitos que pudieran surgir de las desavenencias en torno a la administración, y disposición sobre determinados bienes derivados de la misma sobre la herencia del padre del demandante y esposo de la demandada Sra. Carina, se hace difícil enlazar a tales acciones la adopción de la medida cautelar

---

de anotación preventiva de demanda sobre nueve inmuebles, en unos casos por no guardar ninguna relación la tenencia de esos inmuebles con las operaciones acordadas en la transacción, y en otros, por haberse transmitido los bienes a terceros, y cuando no se ejercitan las correspondientes acciones resolutorias o rescisorias que pudieran dar base a la cautela pretendida y sin que tampoco pueda sostenerse ésta, con apariencia de buen derecho, en la accesoria petición de herencia que en principio carece de base al constar por numerosos datos que el actor ha tomado ya posesión de herencia, bien por sí o bien por la representación de su madre, con lo que tiene que considerarse no concurre el juicio de probabilidad para la adopción de la medida cautelar y en definitiva no existe una apariencia de buen derecho en la forma que está planteada la acción para tomar en consideración la medida de anotación preventiva de demanda sobre los inmuebles señalados.

Junto a éste «fumus boni iuris» se presenta el otro elemento o presupuesto legal de «peligro de la mora procesal» («el periculum in mora») que pretende afirmar la necesidad de que la medida se adopte cuando haya riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la Sentencia (artículo 728.1 de la [LECiv \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\]](#)), mas dado que el peligro se deduce únicamente del hecho del transcurso del tiempo, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un límite para alegarlo (el peligro de demora), lo que significa, invocando el artículo 728.1 de dicha Norma, que la medida cautelar habrá de ser denegada cuando con ella «se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medida no se ha solicitado hasta entonces», ha de justificarse la necesidad de la medida en relación con las circunstancias por las que se solicita, y la identificación individualizada del riesgo concreto que entienda se puede cernir sobre la efectividad del pronunciamiento postulado, pues en función de unas y otro es como ha de juzgarse la idoneidad de la singular medida solicitada, artículo 726.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No basta para que se admita la concurrencia de este presupuesto utilizar fórmulas estereotipadas que reproduzcan con mayor o menor fidelidad la dicción del precepto ni utilizar la medida como forma de evitar peligros actuales o riesgos ya actualizados, sino únicamente, proceden respecto de «situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente» (art. 726 y 728 LECiv), lo que tampoco concurre en el presente caso en el que, como ya se ha apuntado, se trata de anotar preventivamente la demanda en el Registro y sobre inmuebles que ya han sido objeto de transmisiones, por aportaciones a sociedades, ventas o reversiones, constando ya la titularidad de terceros.

#### CUARTO

Tampoco cabe prestar atención a los argumentos relativos al rechazo del resto de las medidas cautelares no solicitadas en forma (administración judicial, embargo preventivo o formación de inventario) o a la adopción de medidas cautelares «inaudita parte» al haber sido consentidos en su momento tales pronunciamientos por no impugnados y centrándose únicamente la controversia en la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, como se puso de relieve en conclusiones de la audiencia de medidas, con lo que una vez rechazada ésta por los argumentos expuestos ha de desestimarse el recurso de apelación confirmando la resolución recurrida.

#### QUINTO

Al desestimarse el recurso de apelación formulado y de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) se impondrán al apelante las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

#### La sala acuerda:

##### Desestimar

el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Pujol Varela, en nombre y representación de Don Braulio, contra el Auto dictado el día 6 de junio de 2002 y aclarado el 9 de julio de 2002 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 56 de Madrid y confirmar

íntegramente el mismo con imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada.

Así por este nuestro Auto, del que se llevará certificación literal al rollo de sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber a las partes que contra la misma NO CABE la interposición de recurso alguno.

---

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.