

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 con competencia MERCANTIL
de Lleida
C/ Canyeret, 3-5
25007 LLEIDA

Juicio MEDIDAS CAUTELARES nº 22/11
Juicio Ordinario núm. 532/10

Parte actora S.L.
Procurador Sra.
Abogado Sra.

Parte demandada CAIXA D'ESTALVIS DEL PENEDES
Procurador Sra. Ortiz
Abogado Sr. Sanz

AUTO núm. 24
Magistrado Juez EDUARDO MARÍA ENRECH LARREA

Lleida, 10 de febrero de 2011.

HECHOS.-

Primero.- En este Juzgado se sigue pieza de medidas cautelares núm. 22/11 derivada del Juicio Ordinario núm. 532/810 en la que se ha solicitado con la demanda la adopción de la siguiente medida:

Segundo.- Admitida la demanda principal, se abrió la correspondiente separada de medidas cautelares, con los antecedentes citados y se emplazó a las partes para el día de hoy para la vista prevista en el art. 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero, que ha quedado registrada por los medios de que dispone la Sala de Vistas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.-

Primero.- La medida cautelar solicitada es la suspensión de la vigencia del contrato marco de operaciones financieras, contrato del que se solicita la nulidad en la demanda principal por error en el consentimiento. La demandada se opone alegando que no concurren los requisitos que el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero exige.

Segundo.- Los requisitos para la adopción de medidas cautelares vienen recogidos en el art. 728 de la L. 1/2000 de 8 de Enero, Ley de Enjuiciamiento de Civil, centrándolos conforme a la mayoría de la doctrina en tres: el periculum in mora, el fumus bonus iuris, y la prestación de fianza; sin que se vaya a resolver nada sobre esta última, sino una vez que se decida sobre la admisión o no de la medida, cuya efectividad sí quedará entonces condicionada a la prestación de la fianza; siempre partiendo de que la justicia cautelar o preventiva es necesaria, por cuanto la función

de impedir justicia o de tutela jurídica no se propone lograr fines simplemente teóricos, sino llevar a resultados positivos y tangibles, que no siempre se pueden alcanzar con los instrumentos de que se dispone en ambos tipos de proceso, siendo preciso, para que así suceda, acudir a las medidas cautelares. (S.A.P. Baleares, Sec. 3ª, Auto 12-04-00).

Tercero.- 1. El segundo de los requisitos se fundamenta en el motivo racional para temer que el deudor resultará o malbaratará sus bienes, que ha de basarse, no solamente en un elemento subjetivo o de intencionalidad sino también resulta suficiente una apariencia racional de que se tratará de sustraer bienes a los efectos de un cumplimiento efectivo de la sentencia que pueda dictarse, basado en hechos concretos de los cuales se desprenda una amenaza proveniente tanto de actos dolosos como realizados sin la debida diligencia y tanto extraprocesales como realizados dentro del proceso. Los requisitos concurrentes y necesarios para estructurar el peligro de malbaratamiento precisan de un acreditamiento de hechos o circunstancias que lo justifiquen (A.P. Barcelona, sec. 17ª, Auto 21-10-97).

Como ha aclarado la jurisprudencia, "lo relevante es el peligro en la demora, que se configura como el fundado riesgo de que durante la tramitación del proceso se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse con una sentencia estimatoria, en este caso por actos de los demandados orientados a minorar u ocultar su patrimonio, con el que deberían afrontar, en su caso, la deuda reclamada. Se trata de justificar, en este caso concreto, la existencia de un peligro actual y futuro de ineffectividad de la sentencia por maniobras elusivas o entorpecedoras de los demandados en relación con su patrimonio, y a tal efecto deberán aportarse datos de los que pueda deducirse una tendencia o un previsible comportamiento en tal sentido o con esa finalidad. El peligro fundado de que se produzcan esos comportamientos o situaciones es lo que justifica la adopción de las medidas interesadas, que se orientan no ya a cambiar la realidad, sino a impedir que cambie (son medidas conservativas o asegurativas), y de este modo (de estimarse procedentes) se presentarían necesarias y de urgente adopción para conjurar aquel riesgo" (entre otras, AP Barcelona, sec. 15ª, A 9-3-2009)

3. La primera cuestión que ha planteado la parte demandada es la falta de concurrencia del supuesto del art. 728.1 segundo párrafo, por el cual: "No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces."

Y efectivamente la Jurisprudencia ha indicado que "la norma del art. 728.1.2º, con criterio lógico, impide apreciar la urgencia y necesidad (el peligro en la demora) si la medida consiste o tiene por efecto alterar, modificándola o innovándola, una situación de hecho preexistente, que sin embargo el solicitante ha consentido, sin justificación razonable, durante largo tiempo. En tal caso, la urgencia y necesidad de la medida cautelar resulta contradictoria con la pasividad mostrada por el solicitante, hasta el punto que impide estimar el peligro en la demora: si la situación que pretende modificarse cautelarmente se ha tolerado durante largo tiempo, no hay argumento convincente (a menos que se justifique la pasividad) para modificar la

realidad consentida mientras se tramita el procedimiento, debiendo esperarse, por lo tanto, al cambio que imponga la sentencia, si es que estima la pretensión. De ahí se sigue que la previsión del art. 728.1.2º LEC cobra sentido tratándose de medidas consistentes en el cese de comportamientos o en la prohibición de seguir desarrollando una conducta que se presenta como antijurídica o infractora de derechos subjetivos ajenos. Tal será la situación fáctica en la que va a incidir la medida, alterándola, y frente a la cual el solicitante de las medidas debe reaccionar oportuna o temporáneamente, sin dilaciones injustificadas, pues de lo contrario podrá apreciarse que su pasividad, facilitando la prolongación y consolidación del estado fáctico creado por el comportamiento del demandado, neutraliza el peligro en la demora, sin que haya razón para alterar cautelarmente lo que ha venido tolerando durante largo tiempo" (entre otras, AP Barcelona, sec. 15ª, A 9-3-2009).

En este caso la medida es que se suspendan los efectos del contrato marco de operaciones financieras, que está vigente desde el año 2007, produciendo efectos desde entonces. Es ahora, cuando se da un resultado de liquidación desfavorable para la actora cuando solicita la nulidad del contrato, por vicios en el consentimiento, es decir, durante tres años no ha descubierto problema alguno al contrato, que era cuando cobraba las liquidaciones y cuando la liquidación es negativa, alega que no entendió el contrato. Es perfectamente posible, y será objeto de resolución en sede del procedimiento principal, pero no puede dar lugar a las medidas cautelares de suspensión del efecto del contrato. La parte ha aceptado los efectos del contrato, cuando cobraba, y debía conocer perfectamente que no venían de ninguna imposición, como intereses de forma que podía entender perfectamente la aleatoriedad del contrato.

Por tanto no puede apreciarse la urgencia en la adopción de la medida solicitada.

Cuarto.- Conforme el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (art. 394-1º); en este caso, a la parte actora.

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: NO HABER LUGAR a la solicitud de medidas cautelares de suspensión de los efectos del contrato marco de operaciones financieras, solicitada por la representación de S.L.; todo ello con más la expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas en el curso de esta pieza de medidas cautelares.

Contra este auto las partes pueden interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente de la notificación, ante este mismo Juzgado que ha resolver la Audiencia Provincial de Lleida, conforme establece el art. 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene

abierta en el Banesto con el número 0030 2052 2204 0000 91 0022/11, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ).

Lo mando y firmo

Doy fe.

EL MAGISTRADO

EL SECRETARIO