

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE SABADELL

MEDIDAS CAUTELARES 463/2011 - R

AUTO Nº

En Sabadell, a 12 de julio de 2011.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 31 de marzo de 2011, fue turnada a este Juzgado demanda de solicitud de medidas cautelares, instada por la mercantil F... S.L. contra CAIXA PENEDÉS, solicitando, al amparo de los artículos 727 y siguientes LEC, medida cautelar consistente en la suspensión de la vigencia de la Confirmación de Operación de Collar de fecha 2 de abril de 2008, por los motivos referidos en el correspondiente escrito.

SEGUNDO.- Por decreto de 15 de abril de 2011 se forma pieza separada de medidas cautelares, siendo señalada la vista para el día 11 de julio de 2011.

TERCERO.- El día indicado se celebra la vista, con la presencia de ambas partes, ratificándose la actora en su petición inicial, oponiéndose la demandada al cuestionar la existencia de apariencia de buen derecho, y peligro por la mora procesal, así como la utilidad de la adopción de la medida cautelar, proponiendo ambas partes la prueba que consideraron oportuna, siendo admitida la que fue declarada pertinente y útil, según consta en el soporte audiovisual grabado al efecto; y, una vez practicada, quedaron los autos vistos para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- A efectos de conceder la medida cautelar consistente en la suspensión de la vigencia de la Confirmación de Operación de Collar de fecha 2 de abril de 2008, suscrito entre las partes al amparo del contrato marco de 15 de junio de 2007, en el que se regulan las condiciones en que regirían los contratos de todo tipo de derivados financieros (entre ellos, las operaciones de opciones y futuros en mercados no organizados-*Caps, Collars y Floors*), conviene analizar cuáles son los requisitos que la sustentan legalmente.

En primer lugar, el artículo 728.2 LEC alude a la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris", al señalar que " El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla

Término 01.09.2011

FINE PLAZO PRESTAR FIANZA POR 3000 EUROS. MEDIDAS CAUTELARES.

por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito." El *fumus boni iuris* o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que, de seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar.

Según acertadamente expone la doctrina no cabe exigir una plena declaración jurídica pues en ese caso el cautelar sustituirá el proceso principal, siendo bastante con el acreditamiento de la apariencia, porque lo contrario repugnaría a la plena contradicción que ha de regir en el proceso a través del que debe deducirse, más allá de toda duda razonable, sobre la juricidad y eventual relevancia de las afirmaciones parciales; a ello se une el hecho de que, exigir una completa convicción judicial acerca de la juricidad y en su caso relevancia del interés cautelar para poder acordar la medida solicitada, precisaría un tiempo procesal contrario al "periculum in mora", es decir, aparecería la contingencia de un pronunciamiento principal ilusorio e incrementaría el retraso en la obtención de la tutela judicial efectiva.

Estamos pues, ante un juicio cautelar calificable de juicio de probabilidad o de verosimilitud, se trata, en definitiva, de que el solicitante aporte los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión. Dicha posibilidad es "prima facie" acreditable documentalmente, aunque la LEC admite que "en defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios", art. 728-2.

En la presente litis, la parte actora presenta, junto al escrito de demanda, los documentos que, *a priori*, revelan la apariencia de buen derecho, en el sentido de que otorgan un principio de credibilidad o verosimilitud a la pretensión ejercitada.

En efecto, y sin prejuzgar en absoluto al acción de fondo ejercitada, pretende la actora la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras y Anexos de 15 de junio de 2007, así como de la Confirmación de Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés de fecha 15 de junio de 2007 y de la Confirmación de Operación de Collar de fecha 2 de abril de 2008 (documentos números 3, 4 y 8 de la demanda principal) alegando diversas causas, siendo así que, el examen indiciario de la prueba documental aportada, permite predicar un principio bastante legitimador de la pretendida resolución.

Bastan, pues, tales indicios a fin de concluir que concurre un verdadero principio de prueba, si bien tal extremo no equivale, evidentemente, a que la pretensión deba ser estimada en la sentencia del pleito principal, pues únicamente deviene principio probatorio, aunque tampoco debe obviarse que la mayoría de sentencias, en casos similares, han declarado la nulidad de esta clase de contratos porque, dada su finalidad y complejidad, las entidades financieras no habían informado de una manera suficiente a sus clientes sobre sus efectos, consecuencias y riesgos. En conclusión, quedaría justificada lo que podríamos llamar una alta posibilidad de que la demanda prosperara.

SEGUNDO.- En segundo lugar, requiere el citado precepto el "periculum in mora", como presupuesto de la adopción de la medida cautelar, que se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías

conlleva.

Así el peligro en la demora encuentra su fundamento en la necesaria respuesta inmediata que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, en aquellos supuestos en los que la mera interposición de la demanda puede llevar a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena.

Doctrinalmente se señalan como tipos de riesgos los siguientes:

- a) Riesgos que amenazarían la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, es decir, por colocarse el demandado en situación de no poder cumplirla. Por ejemplo, el riesgo de insolvencia si se ha interpuesto una pretensión pecuniaria.
- b) Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica. En el caso de entrega de una cosa determinada mueble, si no se hallare dicha cosa mueble por no haber adoptado la correspondiente cautela a lo largo del proceso principal, se tendrá que convertir la ejecución específica en una ejecución dineraria.
- c) Riesgos que amenazarían la ineffectividad de la ejecución en cuanto de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste podrá encontrarse con una situación irreversible.
- d) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Por ejemplo la estimación de una pretensión declarativa de dominio devendrá inútil, si en el desarrollo del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y éste ha suscrito a su favor.

La Ley de enjuiciamiento art. 728.1 prevé que el solicitante de la medida debe justificar que "en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse a una eventual sentencia estimatoria". En consecuencia basta al solicitante justificar posibles dificultades o trabas y no una imposible o muy difícil ejecución para ejecutar la eventual sentencia de condena.

En este sentido la Ley se refiere a la acreditación de situaciones futuras que se podrían producir durante la pendencia del proceso y que impedirían o dificultarían una eventual incidencia estimatoria. Sin embargo, el requisito del "periculum in mora" se debe concretar, según la doctrina, en un peligro actual que, obviamente, reforzado por el tiempo que transcurrirá hasta que se dicte sentencia, pueda impedir la eficacia de la futura sentencia estimatoria. En consecuencia, el solicitante deberá acreditar cuales son los hechos que fundamentan la existencia actual, siquiera indiciaria, del peligro alegado y que pueden determinar que, contestados en el futuro, impidan que pueda hacerse efectiva la eventual sentencia estimatoria.

Pues bien en la presente litis, consta acreditado el "periculum in mora" en su vertiente de peligro actual, si bien referido a que en caso de no acordarse la medida cautelar solicitada se generaría una muy probable frustración de las expectativas que al actor le generaría una eventual sentencia estimatoria, en relación a su solvencia patrimonial.

En efecto, si el *periculum in mora* equivale al riesgo de que la sentencia que reconozca el derecho del demandante le prive de cualquier beneficio que directa o indirectamente pudiera obtener a partir de una sentencia favorable, es claro que la medida cautelar solicitada halla claro encaje en tal supuesto, ya que su no

adopción podría suponer que llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste pudiera encontrarse con una situación irreversible, no en lo que atañe a la posibilidad de recibir las cantidades ya entregadas, sino de las consecuencias que en la presente fecha el impago de las mismas le puede acarrear, derivando en una insolvencia cuyos efectos sí pueden ser tildados de irreversibles en el patrimonio de la empresa y su solvencia.

Baste tan sólo observar la cuantía de liquidación presentada por la misma demandada en la vista, que alcanza los 12.777,81 euros a fin de comprender que la insolvencia que en este caso sustenta el *periculum in mora* no es la que atañe al demandado, banco de reconocida y acreditada solvencia, sino al actor, quien al abonar cuotas tan elevadas, asume un inminente riesgo de diluir su patrimonio, y, en consecuencia afectar al normal desarrollo de la actividad comercial, con el consiguiente riesgo que ella conlleva, incluso, de imposibilidad de pago de nóminas de sus trabajadores (afectando a economías familiares) y pago de impuestos, ante una probable falta de liquidez.

Así, vista la actual situación económica del mercado afectado por la notoria crisis, no merece mayor argumentación la afirmación de que el endeudamiento al cual no pudiera hacer frente el actor, a resultas de las cuotas del contrato cuya nulidad se pretende, redundaría, a la postre, en un cierre del negocio.

TERCERO.- Ahora bien, una vez dicho esto, no puede obviarse que, además de la finalidad tradicional de las medidas cautelares explicada anteriormente, la actual LEC permite descubrir otra. Son las llamadas medidas cautelares que anticipan el posible resultado de un proceso, o de alguno de sus efectos, con el fin de que no se mantenga durante su tramitación una situación que aparentemente parece antijurídica.

Más que asegurar la efectividad del resultado del proceso y de la ejecución de la sentencia (medidas cautelares tradicionales), procuran que no se agrave aún más el perjuicio que está sufriendo la parte demandante y que la misma quiere hacer cesar mediante la demanda presentada.

Estas medidas encuentran su encaje legal en lo dispuesto en el artículo 726.2 de la LEC, que permite que el tribunal acuerde como medida cautelar órdenes y prohibiciones de un contenido similar a la pretensión del demandante.

Desde esta perspectiva suspender la vigencia del contrato de Confirmación de Operación de Collar, cuya nulidad reclama la demandante, es coherente con la finalidad última del proceso, ya que si se estima la demanda el contrato será declarado nulo, con la consecuencia de que, por un lado, no se podrá hacer ninguna liquidación de intereses y, por otro lado, las partes deberán devolver las cantidades respectivamente recibidas por las liquidaciones anteriores.

No hay duda de que la cuantía de estas liquidaciones no es nada despreciable. En otras palabras, si se continuara aplicando dicha Confirmación de Operación de Collar, el perjuicio que la demandante sufriría por la perpetuación de un contrato cuestionado, aún sería mayor. Incluso podría llegar a ser irreversible, pues podría producirse, como se ha dicho, el cierre total del negocio. Entendido pues así el llamado "*periculum in mora*" o riesgo derivado de la misma duración del proceso, si la entendemos como la doctrina más moderna la interpreta, es evidente que también existe en el presente caso.

Por todo ello, procede estimar la petición, acordando la medida cautelar de la suspensión de la vigencia de la Confirmación de Operación de Collar de fecha 2 de abril de 2008, en tanto recaiga resolución firme que ponga fin al

procedimiento.

CUARTO.- Respecto a la caución ofrecida de 1.000 euros, y teniendo en cuenta que la demandada cuestiona su importe, pero valorando la naturaleza y alcance de la medida cautelar acordada, se considera más ajustada la cuantía de 3.000 euros, ante los daños y perjuicios que pudieran generarse a la demandada, en el supuesto de sentencia desestimatoria de las pretensiones de la actora.

QUINTO.- En cuanto a las costas, a pesar de la estimación de las medidas cautelares solicitadas, no puede olvidarse que estamos ante una cuestión jurídicamente discutida y discutible. Tanto es así que algunas Audiencias Provinciales, como apuntó la entidad bancaria demandada, han denegado la procedencia de esta medida cautelar, aunque sea porque han aplicado los criterios que podríamos considerar más tradicionales. Esto lleva a no imponer las costas del presente incidente (los artículos 394.1, último párrafo, en relación con el 398.1 de la LEC).

En atención a lo anteriormente expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se ESTIMA la solicitud de suspensión de la vigencia del contrato de Confirmación de Operación de Collar de fecha 2 de abril de 2008, instada por la representación de la mercantil F [REDACTED], S.L., en tanto recaiga resolución firme que ponga fin al procedimiento.

Se fija como caución a prestar por [REDACTED], S.L., en cualquiera de las formas previstas en el artículo 529 de la LEC, y en el término de los diez días siguientes a la notificación de esta resolución la cantidad de 3.000 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes, poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe interponer recurso de apelación que deberá ser preparado ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación, previa constitución de depósito de 50 euros.

Líbrese testimonio de la presente resolución que se unirá a los autos principales.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Celsa Núñez Martínez, Magistrada-Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Sabadell. Doy fe.