

Jornada sobre Mesures Cautelars

EL DIA 15 DE DESEMBRE ES VA CELEBRAR LA "JORNADA SOBRE MESURES CAUTELARS" COORGANITZAT PER L'ESCOLA DE POSTGRAU DE LA FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA I LA COMISSIÓ DE CULTURA DE L'IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA.



Núria Mallandrich Miret
Professora de Dret Processal de la UB

Primera Sessió: Aspectes pràctics de la teoria general de les mesures cautelars. Mesures cautelars específiques

A la primera sessió, realitzada al Saló de Graus de la Facultat de Dret, es van constituir dues taules en les quals hi van participar els professors Manuel Serra Domínguez, Francisco Ramos Méndez, Rafael Arenas García, Guillermo Ormazábal Sánchez, Joan Picó i Junoy, Jordi Nieva Fenoll, Manuel Cachón Cadenas, Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, David Vallespín Pérez, Lluís Caballol Angelats, José Martín Pastor Ramon Escaler Bascompte, Belén Mora Capitán i l'advocada, Consuelo Ruiz de la Fuente.

Entre altres temes, s'hi van tractar els orígens de la institució de les mesures cautelars i la seva evolució fins

a l'actual regulació. Com a aspectes principals, van destacar diferents concepcions sobre la finalitat que poden complir i la seva relació amb el procés principal, i es van posar de manifest alguns problemes procedimentals que dificultaven l'eficàcia de les mesures cautelars i com a conseqüència la seva adopció. En concret, es va plantejar la dificultat que en ocasions suposava, de cara a l'eficàcia de les mesures cautelars, l'exigència d'adoptar les mesures, amb caràcter general, prèvia audiència a la part demandada, fet que endarrerix, en ocasions de forma notable, l'adopció i eficàcia de les mesures.

A nivell particular, també es va destacar l'existència de situacions jurídiques cautelables diferents, plantejant-se la possibilitat que fos necessari donar-los un tractament processal diferent respecte l'apreciació dels pressupostos i el procediment d'adopció.

Segona sessió: Aplicació pràctica de les mesures cautelars als Jutjats de Barcelona

A la sessió de tarda, que es va realitzar a la seu de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, es van constituir dues taules rodones integrades, aquesta vegada, per representants de tres col·lectius de l'àmbit jurídic: professors d'universitat, magistrats i advocats. Tots ells van donar el seu parer sobre l'aplicació i interpretació que a la pràctica s'està fent de la regulació de les mesures cautelars, posant-se de manifest l'existència de diferents criteris interpretatius sobre algunes qüestions com poden ser l'acreditació dels pressupostos d'adopció, la possibilitat de subsanar defectes en la sol·licitud d'adopció de les mesures, la importància de la idoneïtat de la mesura cautelar i les costes, entre altres.

La primera taula rodona va estar constituïda per Jordi Seguí Puntas, magistrat de la Secció 16a de l'Audiència Provincial de Barcelona, Fran-

cisco González-Audicana, magistrat del Jutjat de Primera Instància número 38 de Barcelona, Jesús Sánchez García, advocat i diputat de l'ICAB i Núria Mallandrich Miret, professora de Dret Processal de la Universitat de Barcelona.

Subsanabilitat

Partint de la base que amb la legislació vigent la Llei d'Enjudiciament Civil exigeix l'al·legació específica i acreditació tant del *fumus boni iuris* i el *periculum in mora*, i l'oferiment de caució, els ponents es van pronunciar sobre la possibilitat de subsanació de les sol·licituds que no desenvolupessin aquests extrems. Hi va haver acord entre els presents en què s'havia de donar la possibilitat al demandant de subsanar el no oferiment de la caució a la vista en la mesura que no es produïa indefensió a la part demanda.

De la mateixa manera la no al·legació del *fumus boni iuris* seria subsanable sempre i quan la sol·licitud de mesures cautelars s'hagi

presentat de forma conjunta a la demanda donat que els fets i la fonamentació dirigida a justificar la viabilitat de les pretensions es troba en la pròpia demanda.

No obstant, es van mostrar postures diferents en relació amb la subsanabilitat de la no al·legació del *periculum in mora* o la possibilitat de concretar-lo a la vista. Mentre "que el Magistrat González de Audicana estimava que era una qüestió no subsanable perquè podia provocar indefensió a la part demandada, el Magistrat de la Secció 16ª de l'Audiència Provincial de Barcelona, Jordi Seguí, mantenia que s'havia d'adoptar una posició flexible permetent la subsanabilitat.

Idoneïtat de les mesures

Una altra qüestió que es va tractar va ser si el Jutge tenia la facultat d'acordar una mesura diferent a la sol·licitada per la part quan creia que amb aquesta complia de forma més adequada la finalitat asseguradora de les mesures cautelars. El Magistrat Jordi Seguí es va manifestar fa-

vorable a aquesta opció, indicant que allò que estimava que era rellevant de cara al jutge es que la part hagués identificat amb claredat el bé jurídic que havia de ser objecte d'assegurament i la finalitat de la garantia. Dins d'aquest marc, el jutge podia acordar, si ho considerava oportú, una mesura diferent a la sol·licitada per la part. En canvi, el Magistrat González-Audicana estimava que el jutge quedava subjecte al principi dispositiu i que en conseqüència, a l'hora de decidir, no es podia moure de l'àmbit de petició de les parts.

La segona taula rodona de la tarda va estar formada pel Magistrat de la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona, Juan Garnica Martín, Isabel Giménez García, - Magistrada-Jutgessa substituïda als ordres mercantil i civil -, el professor de la Universitat de Barcelona, Vicente Pérez Daudí, el professor de la Universitat Autònoma de Barcelona Francisco Ramos Romeu, l'advocada Estela Yélamos Bayarri i l'advocada i Diputada de l'ICAB Lara Foncillas Miralbés.

Accreditació *periculum in mora*

En iniciar-se la sessió, el professor Vicente Pérez Daudí va plantejar una situació que s'estava produint consistent en què a la pràctica als advocats els resultava més complicat justificar el *periculum in mora* concurrent en casos en els que per exemple s'estava sol·licitant l'adopció de mesures amb una relativa gravositat com poden ser embargament preventiu o una anotació preventiva, que aquells en els que es sol·licitaven mesures que podien produir un dany molt més elevat al demandat com podia ser una ordre de cessació en la realització d'una activitat.

El Magistrat Juan Garnica va indicar que la jurisprudència de l'Audiència Provincial s'havia anat mitigant, demanant que per acreditar el *periculum in mora* de situacions amb elements subjectius, s'exigia algun indici més que la mera possibilitat hipotètica que tingués lloc el fet danyós, però sense arribar a demanar que es concretés en un determinat fet.

Una altra qüestió que va recalcar va ser la confusió que s'estava duent a terme en l'àmbit mercantil entre el perill referit a l'empresa i el perill referit als administradors en els processos de reclamació de quantitat contra la societat i contra els administradors. La valoració del *periculum in mora* s'ha de fer atenent a dos elements, el subjecte a qui s'atribueix la situació de perill, es a dir, respecte a si existeix perill d'impagament per part de l'empresa o per part dels administradors, i el moment en el que s'havia materialitzat el risc. En relació amb el primer, el jutge ha de valorar el perill de forma individualitzada respecte a la societat i als administradors, determinant quin dels subjectes es pot situar en una posició d'insolvència i adoptant les mesures contra cada un d'ells en funció del resultat d'aquesta anàlisi. Si no hi ha risc d'insolvència per part dels administradors, encara que si que concorri en la societat, no pot adoptar les mesures cautelars contra els administradors. L'altre element a tenir en compte és el moment en el qual es materialitza el risc en cada un dels subjectes ja que el seu consentiment durant temps, d'acord amb l'art. 728.1.II LEC, impedeix apreciar la concurrència del pressupòsit.

Fumus boni iuris

Respecte a les mesures en matèria de propietat intel·lectual es va estar debatent la qüestió relativa a si era possible que el Jutge pogués valorar en seu de mesures cautelars, dins del *fumus boni iuris*, l'al·legació de la nul·litat de la marca per part del demandat com a motiu d'oposició a l'adopció de les mesures. A la pràctica molts jutjats es pronuncien contraris a aquesta opció ja que consideren que l'anàlisi d'aquesta al·legació implicaria entrar en el fons de l'assumpte i que, per tant, això excedeix del judici "indiciari i provisional" que segons l'art. 728.2 LEC ha d'efectuar el Jutge. No obstant, la Jutge substituïda, Isabel Giménez, es va pronunciar a favor d'entrar a conèixer també de l'anomenat "fumus del demandat", sent molt possible que el demandat ostenti un títol que li permeti realitzar les conductes la prohibició de les quals s'ha demanat davant del Jutjat.

Competència objectiva

Una situació que s'està plantejant últimament als jutjats és la relativa a quin es l'òrgan judicial competent per a decidir sobre es mesures cautelars prèviament adoptades en un procés declaratiu quan posteriorment s'inicia un concurs. En l'opinió del Magistrat Joan Garnica, les mesures prèviament adoptades perden la seva eficàcia. Hauran de ser alçades atès que una vegada iniciat el concurs el Jutge del Mercantil és l'únic competent per a poder adoptar mesures patrimonials sobre el patrimoni del concursat. El professor Pérez Daudí posà de relleu circumstàncies en les que el procés concursal pot finalitzar sense liquidació i sense conveni en els que pugui ser convenient el seu manteniment, sent, en la seva opinió, el tribunal que les ha adoptat el competent per decidir sobre el seu manteniment, possibles modificacions o el seu alçament, sense perjudici que perdin la seva eficàcia en funció de com finalitzi el concurs.

Costes

Una qüestió força controvertida va ser la relativa a si procedeix la imposició de les costes al demandat en els casos d'estimació de la sol·licitud de mesures cautelars ja que l'art. 735 LEC a diferència del 736 LEC no preveu cap menció expressa. El professor Vicente Pérez Daudí va proposar una solució, minoritària a la jurisprudència, segons la qual, el pronunciament sobre les costes quedaria vinculat al posterior resultat del procés principal. S'hi va adherir el Magistrat Juan Garnica indicant que es tractava de la seva posició personal. No obstant, el criteri de la Secció 15a de la que forma part és no fer imposició de les costes atès que el text legal no fa cap previsió. No hi hauria una llacuna legal, sinó un silenci exprés del legislador.

En canvi, la Jutge substituïda, Isabel Giménez, va manifestar que fins ara havia seguit el criteri a favor de la imposició de les costes, aplicant el criteri del venciment objectiu de l'art. 394 LEC, sense perjudici de la revisió d'aquest criteri després de la Jornada.