

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 /
LEHEN AUZIALDIKO4 ZK.KO EPAITEGIA
BERGARA (GIPUZKOA)**

ARIZNOA s/n - C.P./PK: 20570

TEL.: 943-038054

FAX: 943-038064

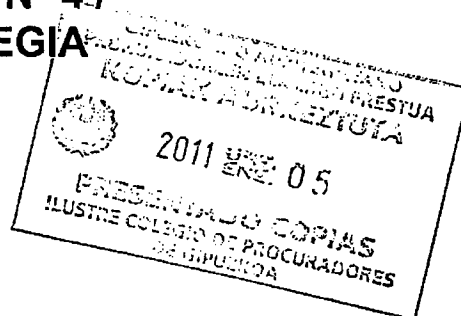
NIG / IZO: 20.03.2-10/002466

Med.caut.coet.L2 / Ka.n.ald.ber.2L 2/2010 - B

Descripción de la Pieza:
Pro.ordinario L2 373/2010

Demandante / Demandatzailea:
Procurador / Prokuradorea: JOSE ALBERTO
MUGICA

Demandado / Demandatua: BANCO SANTANDER
Procurador / Prokuradorea: JOSEFA LLORENTE LOPEZ



AUTO 2/2011

JUEZ QUE LO DICTA: D/Dª MARTA VALLE PAGOLA

Lugar: BERGARA (GIPUZKOA)

Fecha: tres de enero de dos mil once

HECHOS

PRIMERO.- La parte actora interesa al amparo de los artículos 721 y ss de la LEC la medida cautelar consistente en:

"- una: *SUSPENSIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS SIGUIENTES CONTRATOS:*

. "Confirmación permuta financiera, SWAP Bonificado Reversible Media, suscrito el 4/04/2007 por *y Banco Santander."*

. "Confirmación Swap ligado a la inflación suscrito el 21/05/2008 por *y Banco Santander."*

. "Confirmación Swap ligado a la inflación suscrito el 21/05/2008 por *Banco Santander."*

. *Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) formalizado entre y Banco Santander.*

.- dos: Cese provisional o suspensión o en su caso , anulación, de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas de los contratos mencionados consten o puedan acceder a los registros de moridad o impagados, tales como SIRVE, RAI, ASNEF o cualquier otro que pueda operar al respecto”.

Para acreditar el fundamento de dicha solicitud se ha ofrecido caución en cuantía de 1.000 euros por cada una de las sociedades.

SEGUNDO.- Se ha convocado a las partes a la celebración de la vista que ordena la ley, en el acto de la vista la parte demandante se ratifico en la adopción de la medida interesada, formulando las alegaciones que convinieron a su derecho, interesando así mismo que la suspensión afecte así mismo a las liquidaciones devengadas y no abonadas, practicándose la prueba propuesta y admitida, tal y como consta en el soporte audiovisual.

Por su parte la defensa del demandado mostró su disconformidad con las peticiones de la actora.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- El artículo 726 de la LEC dispone que son medidas cautelares aquellas en las que concurren los siguientes caracteres: a) ser actuaciones, directas o indirectas, sobre los bienes y derechos de quien es –o va a ser de inmediato– demandado; b) ser exclusivamente conducente a posibilitar la ejecución de una

sentencia condenatoria; c) no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

La notable amplitud del citado precepto permite adoptar como medidas cautelares cualesquiera actuaciones –así las tradicionales como las más novedosas– con la única limitación de que recaigan directa o indirectamente sobre los bienes y derechos del demandado, véase, embargos, anotaciones preventivas, intervenciones, administraciones, depósitos, etc.

Pero sólo conviene el calificativo de medida cautelar a la actuación directa o indirecta sobre los bienes y derechos del demandado que sea, a la vez, «... exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

Así el artículo 728 de la LEC dispone: "1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. 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. 2. El solicitante de las medidas cautelares también habrá de presentar 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 por otros medios. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los

daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El Tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529".

Las medidas cautelares se adoptarán cuando sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en sentencia estimatoria, (artículos 726,1,1ª y 727,1,1ª de la LEC) debiendo concurrir para su adopción los requisitos de "peligro por la demora", "aparición de buen derecho" y prestación de "caución", adoptándose con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en la Ley (artículo 726,2 LEC).

Por su parte, y en relación al momento procesal oportuno para la solicitud de la misma, dispone el artículo 730.4 de la LEC, "con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso solo podrá solicitarse la adopción de las medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos".

La parte actora interesa la medida cautelar consistente en la suspensión de la vigencia de los contratos suscritos y referidos en el Otro sí Quinto del escrito de demanda, interesando así mismo que la suspensión afecte a las liquidaciones ya devengadas y no abonadas.

SEGUNDO.- El motivo fundamental del presente debate se centra en la concurrencia de los presupuestos requerido por la Ley procesal civil en orden a la adopción de las medidas cautelares instadas por el actor.

Así y frente a las que podrían denominarse medidas cautelares "tradicionales", las modernas leyes mercantiles y de propiedad intelectual incorporaron las medidas cautelares que han venido a denominarse "anticipatorias", "provisionalmente satisfactivas" o "innovativas". Así hicieron preceptos como el art. 120 de la Ley de Sociedades Anónimas, 134.1º de la Ley de Patentes, 40 de la Ley de Marcas de 1988, 30.1.a y b de la Ley General de Publicidad, 25 de la Ley de Competencia Desleal y 141 de la Ley de Propiedad Intelectual, entre otros. La mayoría de estos preceptos fueron derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que integró las innovaciones de los mismos en su regulación general, aunque por ejemplo el art. 141 de la Ley de Propiedad Intelectual constituyó una excepción a esta regla general de derogación.

En la regulación de las medidas cautelares contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, junto a medidas que podríamos calificar de "tradicionales" se admiten también, explícitamente, medidas que anticipan prácticamente o en su integridad determinados efectos de una sentencia estimatoria. El art. 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite acordar "...ordenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso..."; y el art. 727.7º a 10º -y, por remisión a medidas contempladas en leyes especiales, su apartado 11º-, prevén actuaciones de igual alcance y contenido que la ejecución forzosa, que exceden notoriamente del propósito enunciado en el art. 726.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, que no son, en rigor, "...exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...".

Como pone de manifiesto la mejor doctrina, un dato que confirma lo anteriormente expuesto es que no se incorporó al texto de la ley la mención que contenía el art. 725.1.3º, del anteproyecto, por la que se impedía la solicitud y la adopción de medidas cautelares consistentes "en lo mismo o más que lo que obtendría el actor con la ejecución, en sus propios términos, de la sentencia de condena que pretenda".

De ahí la admisibilidad de las medidas cautelares que se han dado en llamar anticipatorias, de gran importancia sobre todo cuando se ejercitan acciones de cesación o prohibición de determinadas conductas, puesto que tales medidas garantizan la efectividad del derecho accionado, **no tanto porque faciliten que en su día pueda ejecutarse el fallo de la sentencia que haya de dictarse, sino porque evitan que se prolongue en el tiempo una situación que, "prima facie", se presenta como antijurídica, y que por tanto se agrave el daño que se está causando al actor, facilitando que la ejecución de la sentencia tenga el efecto tutelador de sus derechos perseguido por el demandante** (en este sentido, auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, núm. 229/2005, de 30 septiembre y de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 28, núm. 129/ 2007, de 29 de mayo, y 193/08, de 11 de septiembre).

TERCERO.- Por todo ello puede considerarse que se justifica cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción de medidas cautelares de conformidad con lo previsto, de manera imperativa en los artículos 728 y concordantes de la LECiv y ello tomando como premisa que doctrina y jurisprudencia convienen en afirmar que la carga de la prueba de la concurrencia de los presupuestos de la tutela cautelar incumbe al solicitante de la misma, así, entre otras muchas resoluciones, el auto de la AP de Madrid de 27 de abril de 2004, en el que se señala que «la apariencia de buen derecho debe alegarse y probarse por quien solicita la medida. [...]. La norma legal impone al peticionario de la medida que alegue y pruebe las circunstancias de las que se infiera fundadamente la inminencia de un peligro para la efectividad de la sentencia estimatoria que solicita»).

En efecto, en el caso de la presente litis concurren todos los presupuestos que, conformidad con lo dispuesto en los preceptos señalados, son exigibles, de manera cumulativa, en ordena a amparar la adopción de medidas cautelares; a saber:

1.- Apariencia de buen derecho o «fumus boni iuris». Conviene señalar que el mismo exige la probabilidad o verosimilitud, esto es, la apariencia de buen derecho es concebido como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento de tal forma que para su adopción bastará una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado. El juicio provisional e indiciario que ha de realizar el órgano jurisdiccional acerca del fundamento de la pretensión de la parte actora y que constituye el pedimento del procedimiento en el seno del que solicitan las medidas cautelares que nos ocupan, resulta, «prima facie», cumplido habida cuenta de la propia justificación o fundamento del pedimento realizado por la parte actora, a la vista de la profusa documental aportada junto con la demanda, documento número 1 a 5, Contrato de Confirmación de permuta financiera de tipo de intereses suscritos por las partes, de extrema complejidad y respecto de los cuales no puede constatarse que el representante de las demandantes fuera plenamente consciente de las consecuencias del mismo, documentos números 6 a 7, reclamaciones a la Sucursal del Banco Santander en la localidad de Zumarraga, así como al servicio de atención al cliente de la citada entidad, pudiendo del examen de los mismos y sin prejuzgar el fondo del asunto, estimarse la existencia de indicios favorables a la pretensión de la actora que determina el considerar cumplido el requisito de " fumus boni iuris".

2.- Respecto del requisito del periculum in mora, viene determinado no por la posible insolvencia de la demandada sino por el hecho de poder quedar comprometida la situación financiera de la actora, quedando acreditado, documentos números 18 a 20, Informes de viabilidad elaborados por don Telmo Sixmilo y don Aitor Arteaga, documento número 8, Informe pericial del Sr. Verdu, así como documentos números 10 A a 10 K, que el solicitante de la medida debe de satisfacer periódicamente cantidades a las que viene obligado en virtud del contrato suscrito, cuya nulidad se pretende, cantidades elevadas, cuyo pago podrían situarle en una situación de pérdida económica irreversible, habiendo abonada hasta la fecha de interposición de la presente la cantidad de aproximadamente 30.000 euros, documentos 10A a 10K, ascendiendo los

costes de cancelación de los contratos suscritos a unos 940.000 euros, documentos números 15, 16 y 17.

CUARTO.- Respecto de la caución, son criterios para su determinación los daños y perjuicios previsibles en el patrimonio del sujeto activo; fundamento de la solicitud vinculado con el derecho aparente y naturaleza y contenido de la pretensión principal.

Procede fijar una caución suficiente para responder de manera rápida y efectiva de los daños y perjuicios que se pudieran irrogar al demandado, estimándose adecuada la cantidad de 1.000 euros por cada una de las sociedades, que deberá hacerse efectiva en el plazo de cinco días, con carácter previo a hacer efectiva la medida acordada, mediante su ingreso en la cuenta de este Juzgado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 737 de la LEC, o en cualquiera de las formas previstas en la LEC.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 736 y 394 de la LEC procede imponer las costas del presente incidente a la parte demandada.

En atención a lo expuesto, **DISPONGO:**

1.- SE ESTIMA LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA Y EN CONSECUENCIA SE ACUERDA LA SUSPENSIÓN *DE LA VIGENCIA DE LOS SIGUIENTES CONTRATOS:*

- . *Confirmación permuta financiera, SWAP Bonificado Reversible Media, suscrito el 4/04/2007 por [redacted] y Banco Santander.*
- . *Confirmación Swap ligado a la inflación suscrito el 21/05/2008 por [redacted] y Banco Santander.*
- . *Confirmación Swap ligado a la inflación suscrito el 21/05/2008 por [redacted] Banco Santander.*
- . *Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) formalizado entre [redacted] y Banco Santander.*

2.- *SE CUERDA* la suspensión de las liquidaciones devengadas y no abonadas.

3.- . *SE ACUERDA* el cese provisional o suspensión de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas de los contratos mencionados consten o puedan acceder a los registros de moridad o impagados, tales como SIRVE, RAI, ASNEF o cualquier otro que pueda operar al respecto.

4.- *PREVIAMENTE, LA ACTORA DEBERÁ PRESTAR CAUCIÓN DE 1.000 euros* por cada una de las sociedades, ya sea mediante su consignación en efectivo en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de este Juzgado, ya sea mediante la prestación de aval bancario en cualquiera de las clases admitidas en derecho.

5.- *Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.*

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe RECURSO de APELACIÓN, sin efectos suspensivos, que se preparara ante este Juzgado en el plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, mediante escrito en el que se limitará el apelante a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457 de la LEC).

Para interponer el recurso será necesario 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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito), consignación que deberá ser acreditada al **preparar** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerda, manda y firma Doña MARTA VALLE PAGOLA, JUEZ del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de BERGARA (GIPUZKOA) y su partido.- Doy fe.