

JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 2
YECLA

AUTO: 00030/2011

MEDIDAS CAUTELARES COETANEAS ORDINARIO 603/2010

AUTO N° 30/11

En Yecla, a 28 de enero de 2011.

HECHOS

PRIMERO.- Que por el Sr. Procurador Fernando Alonso Martínez en la representación procesal que ostenta de la demandante S.A, por medio de *otro sí* en su demanda se interesaron medidas cautelares consistentes en:

- 1) El cese provisional o suspensión de los efectos del contrato de permuta de tipos de interés suscrito con fecha 3 de noviembre de 2008, y del contrato de permuta ligado a inflación de fecha 26 de septiembre de 2008, tanto en relación a los vencimientos futuros, como en relación a los vencimientos anteriores no atendidos por el demandante.
- 2) El cese provisional o suspensión de las anotaciones que por impago o descubierta de las cantidades derivadas de los contratos mencionados consten o puedan acceder a los registros de morosidad o impagados que manejan los Bancos, tales como, CIRBE, RAI, ASNEF, principalmente o cualquier otro que pudiera operar al respecto.

SEGUNDO.- Tras ser examinada, de oficio, la competencia y cumpliéndose los requisitos sustantivos y formales, se admitió a trámite la demanda con el nº 603/2010 y se acordó la incoación de la presente pieza separada por Decreto de fecha 29 de noviembre de 2010. Igualmente se convocó a las partes a la vista de medidas cautelares el día 26 de enero de 2011.



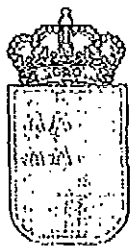
TERCERO.- En el día de la vista, que se celebró el día 26 de enero de 2011, por la demandante se realizaron las oportunas manifestaciones en apoyo de su pretensión, oponiéndose a la misma la entidad demandada, se dio por concluido el acto y quedaron los autos sobre la mesa de SSª para su resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- El artículo 721.1 de la LEC establece que el actor podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase. En el presente caso, se pretende la adopción de las medidas cautelares descritas en el antecedente de hecho primero (número 1 y 2), sobre la base del artículo 727.11 de la LEC, que prevé aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

En el caso de autos la demandante cautelar interesa el cese provisional o suspensión de los efectos de sendos contratos de permuta de tipos de interés collar con barrera knock-out en el cap y barrera knock-in el floor y de permuta financiera (swap) ligado a la inflación, concertados en fechas 3 de octubre de 2008 y 26 de septiembre de 2008, únicos contratos vigentes a la fecha con la entidad demanda de los varios contratos de permuta financiera concertados en fechas anteriores con aquella bajo la vigencia del contrato marco de operaciones financieras de fecha 6 de octubre de 2006. Dicha petición de tutela cautelar se articula sobre la base de que en la demanda principal se ha solicitado la declaración de nulidad del conjunto de contratos suscritos con la demanda dado el error generado por la entidad bancaria en la empresa contratante y hoy demandante, al no haberle proporcionado la información suficiente y, sobre todo, al no haberle informado debidamente de los riesgos inherentes a este tipo de contratación, que en ningún caso se encontraban al alcance de la empresa contratante. Así mismo, concluyó la actora ofreciendo como caución la cuantía de 3.000 euros, pues la estima razonable atendiendo a las exigidas en procesos semejantes ante diversos órganos jurisdiccionales.

La representación de la demandada cautelar se opone a la adopción de las medidas solicitadas de contrario, ya que las mismas son de todo punto innecesarias, pues si la demanda principal fuera estimada, esto es, se declarase la nulidad de los contratos concertados y la consiguiente restitución de prestaciones por la demandada, esta haría frente con holgura a las cantidades adeudadas al tratarse de una entidad con solvencia económica reconocida en el tráfico jurídico. Igualmente manifiesta que no existen los requisitos prevenidos en el artículo 728 de la LEC, ya que, no concurre la apariencia de buen derecho, pues la demandante intenta alterar una situación de hecho consentida durante



largo tiempo, toda vez que las contrataciones datan del año 2006 y se han venido renovando periódicamente en el tiempo (poniéndose en duda los contratos sólo cuando aparecen sus consecuencias negativas). Así mismo, las operaciones cuya nulidad se predica no ha sido enteramente negativas, llegando una de ellas a ser altamente positiva para la demandante (la referida a la operación de confirmación de opción sobre divisas concertada en 2008, y que supuso un beneficio de 21.256,67 euros en fecha 25 de noviembre de 2008). También estima que no concurre *periculum in mora*, pues los eventuales perjuicios para la demandante no devienen de las relaciones particulares entre las partes contractuales y hoy contendientes, sino de la coyuntura económica y situación de crisis de la demandante. Finalmente, también concluye estimando que la cuantía de la caución ofrecida de contrario es insuficiente dado que las cantidades que se adeudan por la actora son notablemente superiores.

SEGUNDO.- El artículo 728.1.2 de la LEC dispone que el solicitante de medidas cautelares 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, se alude así al primero de los requisitos precisos para la adopción de una medida cautelar, el de la *apariencia del buen derecho* o *fumus boni iuris*.

A juicio de esta Juzgadora dicho requisito ha sido probadamente cumplido a través de la documental y el informe pericial obrante en la presente pieza, así como la ratificación y explicación de dicha pericial en la presente vista. En efecto, no olvidemos dado el carácter instrumental que caracteriza a las medidas cautelares, que la petición del pleito principal cuya aseguramiento se pretende con la demanda cautelar es la declaración de nulidad de todos los contratos concertados con la entidad Banco Santander S.A (concretamente el contrato marco de operaciones financieras de fecha 6 de octubre de 2006, las permutas financieras de tipo de interés de fechas 6 de octubre de 2006, 28 de septiembre de 2007 y 3 de octubre de 2007 y, finalmente, las permutas financieras ligadas a inflación de fechas 20 de diciembre de 2007 y 26 de septiembre de 2008), lo que dado el efecto retroactivo que la declaración de nulidad lleva consigo, supone que las partes contratantes habrían de restituirse recíprocamente las prestaciones devengadas. Así las cosas, la entidad demandante cautelar se vería obligada a restituir a favor de la demandada, de obtenerse una eventual sentencia estimatoria, la cantidad de 100.294,05 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de abono de los cargos respectivos. Ello implica, que si produjera el vencimiento anticipado de los contratos de permuta cuya vigencia se pretende suspender cautelarmente, la entidad demandada se vería imposibilitada económica y financieramente para hacer frente al pago derivado de la eventual sentencia estimatoria. Esta



circunstancia la ha acreditado la actora cautelar con arreglo a la documental obrante autos (documentos nº 3 a 5 MC), pues la demandada ha girado diversas liquidaciones de las operaciones de permuta financiera por cuantiosos importes (que se cifran en: 7.042,50 euros en abril de 2009; 12.212,96 euros en julio de 2009; 13.957,17 euros en octubre de 2009; 15.157 euros en enero de 2010; 15.003,75 euros en abril de 2010; y 71.205,41 euros en septiembre de 2009). La información ofrecida por la antedicha documental se ha visto además corroborada por la aportada con la contestación a la demanda (documentos nº17 a 21 y nº 30 aportados a la presente pieza), que certifican esas cuantiosas liquidaciones que la actora ha de satisfacer a la demandada. A mayor abundamiento, y tal como se desprende del documento nº 5 no impugnado de contrario, el descubierto en la cuenta asociada a los cargos de las antedichas operaciones ha generado que la entidad actora aparezca en el informe de riesgos del Banco de España por riesgo financiero con vencimiento medio, lo que supone una enorme dificultad para obtener crédito de otras entidades o un acuerdo de financiación de sus deudas.

TERCERO.- Al segundo requisito que tradicionalmente se ha exigido para la adopción de una medida cautelar, el del peligro de demora, se refiere el artículo 728 nº1 de la LEC, cuando establece que solo 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.

En el caso de autos, la actora cautelar ha acreditado el *periculum in mora*, según se desprende de la declaración del perito D. Juan Manuel Antón Martos (autor del informe pericial nº8 MC, acompañado a la demanda cautelar). Así el Sr. Antón ha depuesto que la ejecución de los swaps, cuya vigencia se pretende suspender, tendría una triple consecuencia negativa para la actora, a saber: 1) Abocaría a que los fondos propios de la sociedad actora se redujeran en un 80% (experimentando una reducción de 192.180,58 euros), lo que implicaría la drástica reducción del patrimonio neto de la entidad (fondos propios que se han formado a lo largo de 24 años de vida de la entidad con cargo a los fondos de reserva de la misma); 2) También se verían afectado el fondo de maniobra o capital circulante de la empresa pues, si se liquidaran los swaps aquel fondo resultaría en negativo, concretamente resultaría -713.901,58 euros. En resumen, la ejecución de los tales efectos financieros avocaría a la entidad a la insolvencia técnica a corto plazo y a largo plazo la llevaría a la presentación de un proceso concursal; 3) La liquidación tendría una repercusión en el futuro de la entidad, y en definitiva, comprometería su viabilidad económica pues el plazo para



amortizar los swaps ascendería a unos 34 años, algo inviable en la situación de crisis económica y de recortes crediticios; 4) Finalmente, el empleo de la sociedad también resultaría afectado pues la entidad se vería avocada al cierre y a prescindir de su plantilla de 34 trabajadores. Además este impacto económico se ve corroborado por la documental aportada por la actora, pues la demandada ha cifrado la liquidación de los dos swaps vigentes en 607.112 euros (el de gastos de inflación) y 82.729,40 euros (el de collar Kiko) a fecha 23 de abril de 2010 (documento nº6 MC), aumentando incluso la cancelación del swap de inflación a 647.622 euros en fecha 18 de junio de 2010 (documento nº7 MC). Si bien la demandada opone que ninguna liquidación se ha efectuado a día de la fecha, las anteriores cifras se ven corroboradas por su documental (así los documentos nº 22 a 24 de la contestación obrantes en la pieza) de la que resulta que la entidad demandada ha cancelado anticipadamente el contrato de permuta financiera de 3 de octubre de 2008 cuyo importe cifra en 115.149,75 euros. Finalmente, hemos de argumentar que con las medida cautelares no se están alterando situaciones de hecho consentidas durante largo tiempo, pues los contratos a suspender son de fechas recientes, y vienen arrojando importantes pérdidas a la actora. Así mismo, la operación de opción de divisa (que arrojó un resultado positivo para la actora), no merece ser valorada por cuanto no forma parte del corpus contractual cuya nulidad se pretende en la demanda principal.

CUARTO.- Igualmente el artículo 728.3 de la LEC previene que, 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.

En cuanto a la caución, esta Juzgadora estima prudencial fijar una caución en cuantía de 5.000 euros, teniendo presentes los fuertes indicios favorables a la pretensión de la actora, así como los perjuicio que, particularmente, la adopción de de dichas medidas pudiera comportar para la entidad demandada.

QUINTO.- Finalmente, y en cuanto a las medidas cautelares peticionadas, estima esta Juzgadora, que si bien concurren los presupuestos para la adopción de aquellas ha de hacerse una precisión en cuanto a su alcance. Así, la demandante cautelar pretende el cese provisional o suspensión de los efectos de los contratos de permuta de fecha 3 de octubre de 2008 y de 26 de septiembre de 2008, tanto en relación a los vencimientos futuros, como en relación a los vencimientos anteriores no atendidos por la actora cautelar. Este último inciso es el que ha de ser matizado, pues entiende esta Juzgadora que la medida cautelar que se adopta no puede tener un efecto retroactivo que alcance a las liquidaciones ya devengadas, por cuanto con las medidas cautelares se trata de asegurar los efectos de la eventual sentencia estimatoria que en su día recayese, esto es, la eventual nulidad del conjunto de contratos concertados con la entidad demandada y la eventual restitución del conjunto de liquidaciones efectivamente

abonadas por ambas contratantes. Así pues, entiende esta Juzgadora que los efectos de la suspensión o cese provisional de los antedichos contratos, debe alcanzar a los vencimientos futuros, sin que en ningún caso, tales medidas puedan retrotraerse a efectos consumados y ya devengados de dichos contratos (entendiendo igualmente, que dicho pronunciamiento pertenece, en todo caso, al enjuiciamiento que se realice en el fondo de la futura sentencia).

SEXTO.- Que por la especial naturaleza del procedimiento y las medidas cautelares interesadas, no procede hacer expreso pronunciamiento sobre costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

DISPONGO

Que debo estimar y estimo parcialmente la solicitud del Sr. Procurador Fernando Alonso Martínez, en la representación procesal que ostenta de la demandante S.A frente a Banco Santander S.A, decretando el cese provisional o suspensión de los efectos del contrato de permuta de tipos de interés suscrito con fecha 3 de noviembre de 2008, y del contrato de permuta ligado a inflación de fecha 26 de septiembre de 2008, únicamente en relación a los vencimientos futuros. Igualmente, debo decretar el cese provisional o suspensión de las anotaciones que por impago o descubierto de las cantidades derivadas de los contratos mencionados consten o puedan acceder a los registros de morosidad o impagados que manejan los Bancos, tales como, CIRBE, RAI, ASNEF, principalmente o cualquier otro que pudiera operar al respecto. Todo ello previa prestación por el solicitante de caución en cuantía de 5.000 euros en efectivo o por aval solidario de duración indefinida pagadero a primer requerimiento emitido por entidad bancaria o sociedad de garantía recíproca, sin expresa imposición de costas.

Póngase testimonio de esta resolución en los autos principales nº 603/2010.

Contra la presente resolución, que no es firme, podrá interponerse recurso de apelación sin efectos suspensivos, previo depósito de la cantidad de 50 euros.

Así lo pronuncia, manda y firma D^a. Patricia Naves Seijo, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Yecla y su partido, de lo que doy fe.

Firma del Juez Ante mí,

