

**JDO. 1A. INSTANCIA N. 1
CARTAGENA**

AUTO: 00047/2011

Procedimiento: Medidas cautelares N° 2126/10.

AUTO

Fecha: En Cartagena a 2 de febrero de 2011.

Notif. 4.02.11

HECHOS

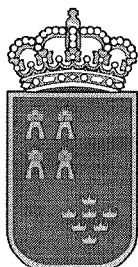
PRIMERO Por la Procuradora Sra. Bernabé Muñoz, en la representación que ostenta en el Procedimiento de Juicio Ordinario antes citado, se presentó escrito de demanda en el que se solicitaba por otrosí la adopción de medida cautelar consistente en decretar “la suspensión de la vigencia y efectos de los contratos de fecha 17 de junio de 2.008 (documentos 1 y 2 de la demanda) cuya nulidad se postula en la demanda principal hasta que se resuelva sobre dicha nulidad en sentencia definitiva o, subsidiariamente, acuerde como medida cautelar que por el Juzgado se prohíba al Banco de Santander comunicar a ningún Registro de morosidad (RAI, CIRBE, ASNEF o cualquier otro que pudiera existir) cualquier impagado futuro que se pudiera producir por parte de la actora derivado de los contratos cuya nulidad se postula en la demanda principal”.

SEGUNDO Por providencia, se convocó a las partes a la vista señalada en el artículo 734 LEC. En dicho acto, tras ratificarse la actora en su solicitud de medidas, la demandada se opuso a dicha solicitud en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, seguidamente propuso los medios de prueba, y a continuación se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que consta en el acta sucinta y soporte de grabación a que se refieren los arts. 146 y 147 de la LEC.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El art. 728 de la LEC 1/2000 señala los presupuestos que deben concurrir para la adopción de cualquier medida cautelar, como son, el “periculum in mora” o peligro de que por la inevitable tardanza del proceso se puedan producir situaciones que impidan el cumplimiento de la sentencia que finalmente recaiga, el “fumus boni iuris” o apariencia de buen derecho de la pretensión que se ejercita en demanda, lo que la ley traduce en “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”, y que quien solicita la adopción de la medida cautelar ofrezca caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pueda causar al patrimonio del demandado. En conexión con lo anterior el art. 726 de la ley procesal establece las características generales de dichas medidas, a saber, que las mismas sean exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial pretendida, y que la medida solicitada no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa para el demandado.

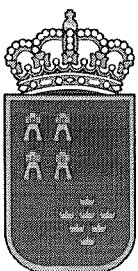
Y al respecto, procede desestimar la solicitud planteada, en primer lugar, por cuanto que no se aprecia la concurrencia de “periculum in mora”, así como que las medidas



solicitadas sean exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial pretendida. En efecto, en la fundamentación que se hace en el otrosí de la demanda se alude a que, caso de no adoptarse la medida cautelar, se producirá una situación de quebranto económico para la mercantil actora derivada del pago de las liquidaciones trimestrales a que viene obligada en función de los contratos cuya nulidad postula en demanda, de modo que para cuando se produzca la terminación del proceso mediante sentencia firme, la misma podría devenir ineficaz (se supone, que por la desaparición o liquidación de la sociedad tras un procedimiento concursal). Con ello, la parte actora y solicitante de las medidas está confundiendo los citados presupuestos de peligro de mora procesal y accesoriedad, con lo que el cumplimiento y consecuencias de los contratos firmados pueden suponer para la parte, y es que solicitándose la nulidad de tales contratos, la consecuencia lógica de tal declaración supondría la devolución de las prestaciones, en particular, la de las cantidades pagadas a la entidad demandada, y no se ha puesto de manifiesto porqué durante la tramitación de este procedimiento se puede hacer imposible dicha devolución, pues, en principio, no se aprecia en la demandada riesgo de insolvencia.

SEGUNDO.- Y sobre la calificación que la parte solicitante de las medidas hace (en el acto de la vista) de las mismas, como de anticipativas, en orden a justificar su pertinencia, señala la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, en Auto de 7 de mayo de 2010, que “Es cierto que en determinados supuestos se prevé por la Ley medidas cautelares anticipativas de la satisfacción, que responden a un fundamento evidente, cual es que la tardanza en la tutela declarativa lleve a que, de no adoptarse la medida, se podría producir una verdadera situación grave e injusta; ahora bien, este tipo de medidas difícilmente pueden encuadrarse en las medidas cautelares en estricto sentido, y la doctrina las califica de tales por el carácter instrumental que se predica de ellas respecto del proceso principal, aunque lo cierto es que también participan de caracteres propios de las medidas ejecutivas. En suma, estas medidas cautelares anticipatorias no responden a la función de las medidas cautelares en general, y a la hora de acordarlas es preciso hacerlo con carácter restrictivo, cuando realmente se aprecie que esa situación especialmente grave va a prolongarse necesariamente hasta el dictado de sentencia en el proceso declarativo”. Y en el presente caso, alega la solicitante de la medida que el perjuicio que se pretende evitar consiste en que quedaría comprometida la viabilidad futura y continuidad de la empresa dadas las dificultades de liquidez de la misma, así como de acceso a nuevos créditos de otras entidades. Sin embargo, como afirma la citada resolución judicial, es necesario apreciar que ese perjuicio se va a prolongar “necesariamente” hasta el dictado de sentencia en el juicio declarativo, dándose aquí la circunstancia de que las liquidaciones trimestrales que viene abonando la mercantil actora dependen de la evolución de un determinado tipo de interés (euríbor 3M), cuyas fluctuaciones son las que determinan el importe de dichos pagos o liquidaciones, no habiéndose puesto de manifiesto por ninguna de las partes que exista un alto grado de probabilidad o certeza de que, por la evolución futura de dicho tipo, se sigan produciendo liquidaciones por importe similar al que se ha venido produciendo hasta la fecha.

TERCERO.- En tercer lugar, también este tipo de medidas exigen que, como en las demás, concurra una apariencia de buen derecho de la pretensión ejercitada, basando en este caso la parte actora la nulidad solicitada en un error del consentimiento a la hora de suscribir los contratos, error que se sustenta, en síntesis, en que la complejidad de los documentos firmados requiere un alto nivel de comprensión que sólo personas muy expertas en temas financieros pueden llegar a tener, resultando que los administradores de la mercantil demandante tienen únicamente los estudios de “auxiliar administrativo de Formación Profesional I” y “Graduado Escolar”; igualmente, en que se trata de contratos de adhesión con cláusulas ambiguas, oscuras e incomprensibles, singularmente en lo referente a la que regula la cancelación anticipada de los contratos; y, por último, en el incumplimiento por



parte de la demandada de su obligación de información al cliente y de la transparencia financiera que impone a las entidades que prestan servicios de inversión el art. 64 del R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión.

Pues bien, sin perjuicio de lo que pueda resultar de la prueba que se practique en el acto del Juicio, lo anterior resulta insuficiente para basar el juicio indiciario favorable en que consiste el presupuesto de la apariencia de buen derecho, pues al nivel de estudios de los administradores de la mercantil actora, la demandada contrapone la participación de los mismos en otras sociedades distintas, resultando que en el test aportado por la propia parte actora como documento núm. 2 de la demanda, los citados administradores responden a la pregunta número seis (con qué frecuencia ha operado sobre instrumentos financieros) afirmando que “Ha operado al menos 1 vez en los últimos 2 años”, siendo que las otras dos respuestas posibles a dicha pregunta indicaban un inferior nivel. Además, en lo que se refiere a los términos y complejidad de los contratos, si bien, la comprensión absoluta de todo el clausulado se antoja difícil, al mismo se acompaña un anexo titulado “funcionamiento de swap flotante” en el que se efectúa una explicación más cabal del producto contratado, y conforme a la cual, es bastante más asequible comprender la esencia del mismo, y, desde luego, que, al menos, no se trataba de un simple seguro, como se afirma en la demanda que era la creencia de la actora.

CUARTO.- Por último, entendemos de aplicación el art. 728.1 de la LECv que señala “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”, siendo que en el presente caso, los referidos productos financieros se contrataron con fecha 18 de junio de 2008, esto es, dos años y cinco meses antes de interponer la demanda (2 de noviembre de 2010), devengándose la primera liquidación que la actora tuvo que abonar a la entidad bancaria el 23 de marzo de 2009 (un año y siete meses antes de la anterior fecha).

QUINTO.- De acuerdo con al artículo 736.1 último inciso de la LEC, “ las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394 LEC”, consecuentemente las debe abonar la solicitante de la medida cautelar.

PARTE DISPOSITIVA

1.- **SE DENIEGA** la adopción de las medidas cautelares instadas por la representación procesal de frente a “Banco Santander, S.A.”.

2.- Se imponen a la parte actora las **costas** causadas en este incidente.

Contra este auto solo cabe recurso de apelación, al que se le dará una tramitación preferente (artículo 736.1). Para la admisión del recurso, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, el recurrente deberá constituir un depósito de cincuenta euros mediante el ingreso de dicho importe en la cuenta de consignaciones de este juzgado.

Así lo acuerda, manda y firma D. José Francisco López Pujante. Doy fe.

