

Roj: AAP BI 433/2011  
Id Cendoj: 48020370032011200005  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Bilbao  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 53/2011  
Nº de Resolución: 259/2011  
Procedimiento: Recurso apelación medidas cautelares previas LEC 2000  
Ponente: ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ  
Tipo de Resolución: Auto

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA**

**BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA**

**Sección 3ª**

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016664

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-10/022989

A.med.caut.pr.L2 53/11

O.Judicial Origen: Jdo. 1ª Instancia nº 3 (Bilbao)

Autos de Med.caut.coet.L2 8/10

|  
|  
|  
|

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador/a: RAFAEL EGUIDAZU BUERBA

Recurrido: HORMIBAL S.A.

Procurador/a: MARIA DEL MAR ORTEGA GONZALEZ

Iltrmos/as. Sres/as.:

PRESIDENTE D/Dña. CONCEPCION MARCO CACHO

MAGISTRADO/A D/Dña. Dª ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

MAGISTRADO/A D/Dña. JOSE ANGEL ODRIUZOLA FERNANDEZ

**AUTO Nº 259**

En Bilbao 31 de mayo de 2011 .

Vistos en grado de apelación ante la Sección TERCERA de esta Audiencia Provincial de Bilbao integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados del margen los presentes autos medidas cautelares procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Bilbao y seguidos entre partes: Como **APELANTE** : **BANCO SANTANDER** representado por el procurador Rafael Eguidazu y dirigido por el letrado Ignacio Guerra y como **APELADO** : **HORMIBAL S.A** representado por la procuradora M<sup>a</sup> Mar Ortega y dirigido por el letrado Gorka Llaguno Peña.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial los antecedentes de hecho del auto impugnado en cuanto se relacionan con el mismo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .-Que el referido Auto de Instancia, de fecha 20-09-10 es del tenor literal siguiente: " FALLO:

1.- ACCEDIENDO a lo solicitado por la representación procesal de "Hormibal, S.A." se acuerda la adopción de la medida cautelar de suspensión de las liquidaciones del SWAP objeto de la demanda.

2.- La anterior medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste la siguiente caución: quince mil euros (15.000,0,00) euros, de cualquier forma admitida en derecho, excepto la personal, a constituir en el plazo de quince días.

3.- Constituida la caución, llévase testimonio de esta resolución a los autos principales.

Notifíquese esta resolución a las partes intervinientes. Contra esta resolución cabe recurso de apelación, a interponer en el plazo de cinco días, ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial. Para interponer el recurso será necesaria 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) con el número 4707 0000 00 1064 10, consignación que deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15<sup>a</sup> de la LOPJ).

Lo acuerda y firma S.S<sup>a</sup>. Doy fe.

**SEGUNDO** .-Que por providencia de fecha veintiuno de marzo se señaló para votación y fallo el cuatro de mayo. **VISTOS** siendo ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado **DOÑA ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La representación del Banco de Santander insta la revocación de la resolución recurrida y en su lugar se dicte otra por la que se denieguen las medidas cautelares acordadas. En justificación de tal petición y en motivación del recurso señalaba y desde lo dispuesto en el *art. 728 de la LEC* existían varios motivos para a su entender denegar las medidas cautelares instadas, y relativas a la suspensión de la liquidación de los contratos de permuta financiera Swap flotante. 1) Porque lo que se pretende con la medida cautelar no es asegurar la eficacia de la sentencia que en su caso en su día se pudiera dictar sino mas bien anticipar precisamente aquella, lo que estimaba y desde la jurisprudencia que citaba no era posible. En segundo lugar estimaba no se acredita suficientemente el "fumus bonis iuris". Así expresaba que la resolución recurrida considera la pretensión de la demanda, y, sin prejuzgar obviamente, defendible la pretensión actora. Ahora bien, y en contra de tal afirmación señalaba que la entidad actora pretende la nulidad de los contratos Swap flotante por un presunto error en el consentimiento de la demandada, cuando en definitiva es imposible apreciar el mismo sin prejuzgar y sobre la base exclusivamente documental de unos contratos que a priori no revelan nada al respecto de dicho error. Igualmente señalaba la jurisprudencia que estimaba aplicable. En tercer lugar y en cuanto al periculum in mora la resolución recurrida confunde dicho condicionante con la muy debil imposibilidad de que no pueda ejecutarse la sentencia que en su día se dicte. Señalaba que el requisito que analizamos ha de referirse siempre al demandado y no al actor. Así, lo único que ha de ser considerado no es la situación del actor, sino el riesgo de si la posible condenada Banco de Santander SA pueda ser insolvente. Por último y desde la fechas que analizaba a saber fecha del contrato interposición demanda, estimaba que lo que se pretende es alterar situaciones de hecho consentidas a lo largo del tiempo por el solicitante sin justificación alguna o razón

alguna por la cual dichas medidas cautelares no se han solicitado hasta la fecha.

La parte apelada instaba la confirmación de la resolución recurrida al estimar y por los argumentos que analizaba a lo largo de su escrito de oposición al recurso la misma ajustada a derecho.

**SEGUNDO** .- En primer lugar ha de señalarse que efectivamente y como esta Sala ya ha declarado en reiteradas ocasiones y en ellas en su reciente resolución de fecha 18 de abril de 2011 que la adopción de Medidas Cautelares requiere "...Expuestas las premisas precedentes es una obviedad que para acordar las medidas cautelares han de concurrir los siguientes requisitos : A) El periculum in mora que es un presupuesto de la adopción de la medida cautelar que se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilatación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva, que puede provocar que, durante ese tiempo el demandado se coloque en una situación de insolvencia. Así el periculum in mora encuentra su fundamento en la necesaria respuesta inmediata que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, en aquellos supuesto en los que la mora interposición de la demanda puede llevar al demandado a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena. B) La apariencia de buen derecho. Constituye otro presupuesto de adopción de la medida cautelar. Así 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 fundamente de su pretensión. C) La caución que tiene por finalidad garantizar los daños y perjuicios que la respuesta rápida y efectiva de la adopción de la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado; o en palabras de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sec. 1ª, A 28-4-2006 "... SEGUNDO.- Ha señalado reiteradamente esta Audiencia , entre otros en autos de fechas 16-6-2005 , 13-3-2006 , 24-3- 2006 y 29-3-2006 , que la prosperabilidad de cualquier medida cautelar se basa en la justificación del derecho que se reclama, «bonus fumus iuris o titulo», por cuanto carecería de sentido el aseguramiento de la efectividad de una sentencia si desde el principio no se ofreciese justificación alguna del derecho que se pretende se reconozca en la resolución definitiva y en el «periculum in mora», esto es, que exista peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia pueda dar lugar a su ineficacia real, de modo que únicamente cuando la situación jurídica cautelable se presente como probable con una probabilidad cualificada, de manera que, según la doctrina más autorizada, podrá darse entrada, desde la apariencia de buen derecho, a la medida cautelar, para los casos en que la existencia de un peligro de daño jurídico pueda derivar del retardo, a veces necesario - juicios de extrema complejidad- en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales encomendadas a los Jueces en el art. 117 de la Constitución EDL1978/3879 , como declaró entre otras muchas la S.A.P. Madrid Sección 19 de fecha 27-5-1999 , requisitos a los que apunta igualmente la S.T.C. 29-4-1993 EDJ 1993/4006 , que razonó que, aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris); añadiendo, la referida resolución del T.C. que, de otro lado, habrá de valorarse el perjuicio que (en el caso en ella enjuiciado, para el interés general) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada; apuntando el A.T.S. 3-5-2002 EDJ 2002/52437 que bajo la rúbrica «Peligro de Mora», dispone el *art. 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 EDL 2000/77463* que «sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, 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 pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» y que la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro; apuntando el A.A.P. Madrid (Sección 21ª), de 27-4-2004 EDJ 2004/124571 , que la apariencia de buen derecho debe alegarse y probarse por quien solicita la medida; aportando elementos bastantes que permitan, de entrada, comprobar la existencia verosímil de ese derecho, sin perjuicio de que sea en el proceso principal donde habría que probar de forma cumplida su realidad; no bastando con alegar la apariencia de buen derecho sino que es preciso justificarla indiciariamente, aportando prueba proporcionada, para que el órgano de instancia pueda presumir al menos la realidad de la pretensión inicial, lo que ese necesario para evitar abusos, y utilizaciones espúreas de este mecanismo legal; exigiéndose, de otro lado, al peticionario de la medida que alegue y pruebe las circunstancias de las que infiera fundadamente la inminencia de un peligro para la efectividad de la sentencia estimatoria que solicita, y la identificación individualizada del riesgo concreto que entienda se puede cernir sobre la efectividad del pronunciamiento postulado, pues en función de unas y otro es como ha de juzgarse la idoneidad de la singular medida solicitada, conforme a los dispuesto en el *artículo 726.1.1ª de la L.E.C EDL 2000/77463* ; no bastando para que se admita la concurrencia de este presupuesto utilizar fórmulas estereotipadas que reproduzcan con mayor o menor fidelidad la dicción del precepto ni utilizar la medida como forma de evitar

peligros actuales o riesgos ya actualizados, sino que únicamente, proceden respecto de «situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente»; siendo, por último, preciso que se preste caución , es decir, garantía económica para asegurar la obligación pecuniaria, requisito sin el que no procede la adopción de la medida y además presupuesto de su concesión, según se desprende de los arts. 727.3 y 732.3 , que previene que en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución , especificando de que tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone; siendo igualmente reiteradas las resoluciones que recuerdan que ha de concretarse el tipo y cuantía de la caución ofrecida y justificar el importe que se propone para que el Juzgado pueda valorar su eficacia para cumplir su función y sopesar la suficiencia de lo ofrecido para responder, como indica el art. 728.3 , de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado...". Y que en definitiva todos los requisitos han de ser concurrentes..."

**TERCERO** .- En el presente supuesto se analiza una cuestión muy similar a los supuestos ya analizados por la Sala en la resolución ya mencionada de 18 de Abril de 2011 así como en la de 22 de marzo de 2011. En las citadas resoluciones tenían como objeto un supuesto de nulidad de contratos SWAP o de permuta de intereses y su base igualmente se encontraba determinada en el error en el consentimiento (falta de la debida información) así como complejidad de la operación y en ambos supuestos se admitieron las medidas cautelares señalándose en la última resolución mencionada de 22 de Marzo de 2011 "...Expuesto lo que antecede y en relación a la apariencia de buen derecho que como se indica no puede convertirse en un análisis pormenorizado de la demanda principal hurtando así obviamente lo que constituye un juicio ordinario, sino un juicio de probabilidad, y es lo cierto que "a priori" y en relación al juicio de probabilidad que efectivamente no sobre bases externas sino sobre la propia determinación de la falta de información alegada, y clara inexistencia del test de perfil de inversor y la sin duda complejidad del producto inciden. La cuestión que se suscita por la parte apelante viene a residenciarse en que los demandados han consentido en definitiva de una forma cuasi caprichosa en la consolidación de una situación de liquidaciones durante un largo tiempo aceptando solo lo favorable que no fue atacado y no lo desfavorable cuando en definitiva se apoya en un elemento de error en la contratación. Señalaba la infracción que en relación a ello la adopción de las medidas cautelares supone respecto al principio de no alteración de situación de hecho. Entiende esta Sala que no puede darse el giro que pretende la parte apelante a la actuación de los actores hoy apelados. En efecto, si bien la resolución recurrida parece hacer depender del factor de los intereses la constatación durante un año de liquidaciones favorables para denunciar y desde la laxitud que predica, las liquidaciones desfavorables. Sin embargo, tal consideración esta Sala no puede predicarla desde la literalidad en el giro que como decimos la parte apelante pretende darle. En efecto, no se ha controvertido aquí en el ámbito de las medidas cautelares las liquidaciones que pone de manifiesto en su cuantificación la parte apelante, en su favor y en su contra, y cuando menos no consta cuantías diferentes, o cantidades realmente saldadas diferentes, con independencia de conceptos bancarios que pudieran incrementar los saldos como en momentos de su discurso sugiere la entidad CAM. La realidad es que, y con diferencia, el saldo es favorable a la citada entidad, y es obvio que en determinación se incide la propuesta de una suerte de seguro de tipos de interés, debiéndose insistir en que ello por otro lado no supone que el producto permita inferir las radicales consecuencias que conlleva a salvo lógicamente un conocimiento en determinadas inversiones en que por demás no se ha hecho un test o perfil de inversor. Por demás, no cabe aducir que existiera un aquietamiento en forma absoluta de situación consolidada.

En cuanto al peligro de mora procesal han de compartirse los criterios que determina la resolución recurrida es cierto que el mismo y como señala la resolución Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 31 de Marzo de 2010 requiere la determinación de un plus y la necesidad en definitiva de justificar las razones de viabilidad empresarial, que la carga financiera supondría y en base a futuro. Pero es que sin duda la situación no puede ser exactamente parangonable a la que dicho auto y con ser verdad lo en el afirmado se contempla. En el presente caso nos encontramos con un negocio individual farmacia, y con unas cargas evidentemente financieras ya en si mismas y que en abundancia con lo que la que se determina de los contratos cuya suspensión se previene, permite como lo hace la resolución recurrida inferir la grave situación que se predica..."

**CUARTO** .- En el presente caso individualizado, nos encontramos con la entidad actora Hormibal que pretende y desde los hechos fácticos que señala la nulidad de los contrato SWAP flotante endiñado como un seguro de tipos de intereses vinculado a la cuenta de crédito, cuyo importe en tal tesitura de intereses se trataba de proteger, analiza el iter que hechos que llevó a que en fecha 22 de Enero de 2008 a concertar con la entidad demandada Banco de Santander el Swap flotante bonificado. Señalaba la complejidad de sus cláusulas, ponía de manifiesto que pese a tratarse de una entidad (la actora) su estructura es pequeña y por ende dicho contrato no es fácilmente comprensible para un pequeño empresario que se dedica fundamentalmente a la construcción. No hay un nivel financiero y si había confianza en la gestora del Banco Santander. Incidía en error del consentimiento y ello en una doble vertiente complejidad del producto, e inadecuada información así la no información de vinculación cuenta crédito contrato Swap. La cuenta

corriente fue cancelada, y el Swap continuó. Desde sus explicaciones señalaba que una correcta información hubiera supuesto un menor costo en su cancelación y en la actualidad. Incidía en los diversos contactos que, todavía a marzo de 2010, se intentaba llegar a una solución. En total y desgranando y desde el comienzo del contrato SWAP flotante el resultado ha sido un neto a favor del banco de 65.134,84 . Fundaba la nulidad del mencionado contrato en error en el consentimiento

Es visto que en el presente caso concurren todos los requisitos para determinar la medida cautelar acordada. En primer lugar en ese juicio de probabilidad en que se determina la apariencia de buen derecho, en contra de lo expresado por la parte apelante, resulta de los propios argumentos que maneja la resolución recurrida. No se trata de anticipar una resolución sino, de determinar que cuando menos desde la lectura del contrato no cabe negar que es un elemento notorio la complejidad de los productos SWAP y en este supuesto no se constata que la actora tenga una estructura financiera propia que permita observar una conclusión distinta.

En cuanto al riesgo de mora como es visto esta Sala ha compartido totalmente el criterio de la resolución recurrida, y además es de observar que el peligro de que la actora incurra en una situación irreversible queda sin duda cuando menos razonablemente precisado al haberse acudido a préstamos sucesivos para atender las últimas liquidaciones, y ello como se recoge en la resolución recurrida.

Por demás no puede señalarse existe una situación que consolidada y aceptada que se pretenda modificar, pues es obvio que en el presente caso y desde el criterio que se actúa en la resolución recurrida, que ha sido aceptado por esta Sala, además como bien se recoge no puede estimarse la existencia de aceptación habida cuenta de las diversas comunicaciones y reclamaciones efectuadas.

Lo que antecede lleva a la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

**QUINTO** .- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 398 de la LEC* y teniendo en cuenta la dudas de derecho que se suscitan no procede hacer expreso pronunciamiento respecto de las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **PARTE DISPOSITIVA**

Que con **DESESTIMACION** del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del BANCO SANTANDER, S.A contra el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao en autos de medidas cautelares 8/10, con fecha veinte de septiembre de dos mil diez, **DEBEMOS CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** dicha resolución, todo ello sin expresa imposición de costas y con pérdida del depósito constituido.

Contra este Auto no cabe recurso.

Firme que sea la presente resolución devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de este Auto para su cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.