



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 DE GIJON

CALLE FRENNES PANDO - GIJON  
985175930  
985176997

10-2010

74-74

CÓDIGO

N.º de Expediente: 13004 42 1 2010 0018831

Procedimiento: MEDIDAS CAUTELARES / 2010  
sobre OTRAS MATERIAS

De D/da.

Procurador/a Sr/a. **PIA DEL PILAR CANCIO SANCHEZ**

Abogado/a Sr/a. **DAVID NAYO ALVAREZ**

Contra D/da. **BANCO DE SABADELL-ATLANTICO S.A.**

Procurador/a Sr/a. **FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VIREZ**

Abogado/a Sr/a. **CRISTIAN RAMAS RERNA**

AUTO

Juez/Magistrado-Juez

Sr./a: **JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON.**

En GIJON, a

de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Procedente de la Oficina de Reparto se recibió escrito de demanda y documentos acompañados a la misma presentada por la Procuradora María Pilar Cancio Sánchez, en nombre y representación de promoviendo juicio ordinario sobre nulidad contractual frente a BANCO SABADELL ATLANTICO S.A., y en la que a medio de Otrosi solicitaba la adopción de la medida cautelar de suspensión del contrato de permuta financiera formalizado con el Banco demandado de 9 de junio de 2006 con fecha de vencimiento 12 de junio de 2024 y nº de referencia 9612201590, contrato cancelado anticipadamente antes de su vencimiento y suscrito nuevamente otro en confirmación de anterior y vigente en la actualidad de fecha 11 de septiembre de 2009 con fecha de vencimiento éste de 1 de junio de 2015, y asimismo la cesación o suspensión provisional de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del contrato mencionado consten o puedan acceder a los registros de morosidad o impagados que manejan los Bancos, tales como CIRBE, RAY, ASNEF, o cualquier otro que pudiera operar al respecto.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación de fecha 17-9-2010 se acordó convocar a las partes a vista pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el resultado que consta en las actuaciones, quedando lo actuado seguidamente para resolver.



PRINCIPADO DE ASTURIAS

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La adopción de cualquier medida cautelar requiere que concurran todos los requisitos establecidos para ello y que el tribunal considere acreditado el peligro de la mora procesal, debiendo atender además a la apariencia de buen derecho, tal y como establece el artículo 735.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es en la propia solicitud donde debe justificarse cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos, conforme dispone el artículo 732.1 de dicha Ley, siendo éstos, esencialmente, los determinados por los artículos 726.1 y 728.1 y 2 del mismo texto legal, esto es, que la medida cautelar sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y no susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado, que se justifique la existencia de un peligro por la mora procesal en función de situaciones que podrían producirse durante la pendencia del proceso y que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela pretendida, y que se presenten datos, argumentos y justificaciones documentales que permitan al tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, hacer un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión deducida en el proceso.

**SEGUNDO.-** En el presente caso deben entenderse efectivamente acreditados tales presupuestos. La realidad del vínculo contractual existente entre las partes cuya eficacia se solicita sea suspendida con carácter cautelar para asegurar los efectos, a su vez, "ex tunc" de la declaración de nulidad pretendida en la demanda, no resulta controvertida, si bien se advierte un cierto grado de confusión en el entendimiento de dicho contrato por parte que no hace sino abonar su tesis acerca del error en la prestación de consentimiento como vicio invalidante. Incluso a la propia denominación del contrato, al que aquél se refiere como una permuta financiera, cuando en realidad, de la propia documentación contractual aportada por que complementando así la que había presentado parece desprenderse con claridad que lo convenido no es una permuta financiera de intercambio de tipos de interés o de divisas, sino un producto derivado mucho más complejo que combina un Cap y un Floor y que en el apartado 18 del Anx. I al Contrato Marco de Operaciones Financieras que ambas partes habían suscrito en fecha 7 de junio de 2006 se denomina Collar (el propio contrato utiliza la denominación de Collar Creciente con Barrera Activante), todos ellos pertenecientes a la categoría de operaciones de opciones y futuros en mercados no organizados sobre tipos de interés (estipulación 2ª de dicho Contrato Marco). Precisamente esa naturaleza compleja de la operación, unida a la consideración del actor como cliente minorista, que le hace acreedor al máximo nivel de protección en cuanto al deber de información por parte de las entidades que prestan servicios de inversión, conforme a lo dispuesto en el artículo 78, bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60, 62, 63, 64,



65 y 66 del RD 217/2008, de 15 de febrero, deben ser tenidas en cuenta a la hora de realizar el juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión deducida en la demanda que justificaría la medida cautelar solicitada, pues a tal efecto la apariencia de buen derecho sólo requiere de un pronóstico favorable al éxito de la acción ejercitada, pero no un análisis pormenorizado sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para su estimación. Nada se ha alegado en ese sentido por la demandada acerca del cumplimiento de ese deber de información más allá de lo que refleja la literalidad de los documentos presentados y que no pasan de ser declaraciones de carácter genérico, tanto en cuanto al conocimiento de los riesgos que las partes declaran conocer y aceptar en la estipulación 16ª.6 del Contrato Marco, sustituida por el apartado 15 del Anexo I, como en relación con los riesgos de mercado a que alude el documento contractual de confirmación de la operación del producto derivado. Y siendo la información presupuesta indeclinable de la prestación de un consentimiento libre, voluntario y susceptible de crear obligaciones, la falta de la misma conlleva un vicio invalidante, tal y como viene siendo destacado, entre otras, y en este ámbito territorial, por la SAP Asturias (Secc 5ª) 23-7-2010 en un supuesto en el que también era demandado BANCO SABADELL, reiterando lo ya expresado en otra resolución anterior del mismo Tribunal de 27-1-2010 en el sentido de que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y que su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente a través de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible, entendiéndose además que si la información se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato, éstas son insuficientes, pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, subrayando que no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee. En suma, pues, que el aparente incumplimiento en este caso de tal deber de información permite alcanzar ese juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión de nulidad por error en la prestación del consentimiento deducida en el proceso y es suficiente para la adopción de la medida cautelar solicitada.

**TERCERO.-** En cuanto al peligro por la mora procesal ("periculum in mora"), que exige que pudieran darse durante la pendency del proceso situaciones que impidieran o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera llegar a otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, basta considerar en este caso para estimarlo concurrente que si los efectos de la nulidad pretendida deben retrotraerse al momento de la conclusión del contrato, los efectos derivados del mismo



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

en ese interin pueden conllevar graves perjuicios económicos para el demandante como resultado de las liquidaciones que se practiquen según lo estipulado en ese interin, algo que ni siquiera se discute, cuando las que se produjeron con ocasión de otro contrato anterior de similares características ofrecieron un saldo negativo de más de 15.000 €, y ello por más que la demandada sostenga, sin justificación alguna para ello, que los perjuicios para la misma serían superiores al tener que asumir las obligaciones contraídas por el actor. Poco importa si cuenta con solvencia suficiente para reintegrar, llegado el caso, los importes pagados, pues lo trascendente no es eso, sino si el demandante debe soportar necesariamente unos perjuicios económicos por la eficacia de un contrato cuya validez se halla fundadamente en entredicho, y la respuesta ha de ser necesariamente que no, puesto que, entre otras cosas, vería gravemente comprometida su capacidad financiera, no sólo ante la eventualidad de no poder hacer frente a los saldos negativos de las liquidaciones que se realizaren, sino también por las dificultades que, en esa situación, tendría para acudir a otras fuentes de financiación para el normal desarrollo de su actividad económica.

**CUARTO.-** Procede, en consecuencia, acceder a la solicitud de medidas cautelares, en cuanto se estiman necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio, de conformidad con lo establecido por los artículos 726 y 727.12ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien su adopción debe quedar condicionada a la prestación por el solicitante de caución bastante en cualquiera de las clases admitidas en derecho para responder de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse en el patrimonio de la demandada, conforme a lo dispuesto por los artículos 728.3 y 737 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya cuantía, atendida la naturaleza y el contenido de su pretensión y el fundamento de dicha medida, se estima procedente fijar en 6.000 €.

**QUINTO.-** En cuanto a las costas causadas en este procedimiento, no procede su imposición, al no venir así expresamente dispuesto en el artículo 735 de la citada Ley Procesal, pues tal y como señala, entre otros, el Auto de la AP Barcelona (Secc 13ª) 12-3-2009, cabe apreciar un tratamiento diferente a este respecto en dicho precepto legal en relación con el artículo 736 de la misma Ley, lo cual no puede entenderse como un olvido del legislador ni como una laguna legal que deba llenarse por vía analógica, y así resulta coherente con el hecho de que, instada la medida, las actuaciones practicadas responden a una comparecencia o vista para dar audiencia al demandado en los términos de los artículos 733 y 734, sin que exista, propiamente, una controversia, y con la finalidad y las características de las medidas cautelares, instrumentales, temporales, provisionales, condicionadas y susceptibles de modificación, según lo dispuesto en el artículo 726, siendo admisible, en el supuesto de adopción de las medidas, que las costas devengadas se integren en las costas del proceso principal, criterio, en definitiva, que es compartido, entre otros, en el Auto de la AP Asturias (Secc 1ª) 23-4-2009, en el que, no obstante poner de relieve la división existente al respecto entre las distintas Audiencias, alude al ya expresado en otro Auto de la



misma Sección de 14-5-2004 y a los de la Secc. 7ª 3-6-2005 y 30-11-2007 que decididamente rechazan la imposición al entender que la regulación de los artículos 735 y 741 establece con claridad la voluntad del legislador de no dar el mismo tratamiento que en el supuesto de desestimación de la medida con audiencia o resolución sin audiencia del demandado, en los que acude al criterio del vencimiento, y es que, en definitiva, no puede olvidarse que se trata de un proceso tan especial como la adopción de una medida cautelar, facultativa para el demandante y tendente a asegurar la ejecutividad de la resolución que pueda dictarse en el asunto principal, y que la dimensión instrumental de la pretensión, ese carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, permite la defensa de la no aplicación del criterio del vencimiento, máxime si se tiene en cuenta que, al no existir la remisión expresa al artículo 394, supondría el absoluto, sin atender en ningún caso a dudas de hecho o de derecho.

### PARTE DISPOSITIVA

#### ACUERDO:

Acceder a la solicitud formulada por la Procuradora María Pilar Cancio Sánchez, en nombre y representación de [redacted], frente a BANCO SABADELL ATLANTICO S.A. y acordar la suspensión de la eficacia del contrato de derivado financiero (Collar) suscrito por las partes de fecha 11 de septiembre de 2009, así como la cesación o suspensión provisional de las anotaciones que por descubierto o impago derivadas de dicho contrato pudieran constar o acceder a registros de morosidad o impagos (CIRBE, RAI, ASNEF, o cualquier otro que pudiera operar al respecto), previa la prestación de caución por dicho solicitante, en cualquiera de las clases admitidas en derecho y en cuantía de 6.000 €, que en todo caso será anterior a cualquier acto de cumplimiento de las citadas medidas cautelares, todo ello sin hacer imposición de las costas causadas en este procedimiento.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta resolución, ante la Audiencia Provincial.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente:

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANESTO en la cuenta de este expediente 3298 0000 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo acuerda y firma SS<sup>ª</sup>. Doy fe.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO,

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL

