

13/10/10

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2
TORREJÓN DE ARDOZ
MEDIDAS CAUTELARES 420/2010**



AUTO 716/10

En Torrejón de Ardoz, a cinco de octubre de 2010.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Chozas del Amo, en nombre y representación de la mercantil S.L., se presentó demanda de juicio ordinario en solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de interés contra la entidad Banco Santander, S.A. Por tercer otrosí dgo, solicitó, se adoptara in audita parte la medida cautelar de suspensión de la vigencia del contrato de permuta financiera de fecha 13 de junio de 2008.

SEGUNDO.- Se convocó a las partes a una vista para proveer sobre la medida cautelar, que se ha celebrado en el día de hoy.

La parte actora se ha ratificado en su solicitud y la demandada se ha opuesto. Tras la proposición de prueba y la admisión de la que se ha considerado pertinente, en los términos que constan en acta, han quedado los autos vistos para resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La finalidad de las medidas cautelares es, según el artículo 721 LEC, asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare. Para la adopción de las medidas cautelares deben concurrir los presupuestos...

- Que quien las solicite justifique, que en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las mismas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.
- Apariencia de buen derecho, que existan datos, argumentos y justificaciones documentales que otorguen de un modo provisional e Indiciario un juicio favorable al fundamento de su pretensión (art.728,2).

SEGUNDO.- En el caso de autos, la solicitud de medida cautelar, consistente en la suspensión del contrato de permuta financiera suscrito con la entidad demandada, ha sido negada en su procedencia por ésta última, que sostiene que no concurren los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro de la mora procesal que habilitan su adopción.

La actora ha alegado existió un consentimiento viciado en la firma del contrato de permuta financiera que reconoce suscribió su mandante con la demandada, alega que sin haber recibido la pertinente información y en la creencia de tratarse de un contrato accesorio y vinculado a una póliza de crédito, por el que se aseguraba el tipo de interés. En acreditación de tales extremos ha aportado documental relativa a la póliza de crédito suscrita con la entidad Banco Santander por la mercantil S.L., de la que su esposa Doña es administradora única, y en la que Don , a su vez administrador único de la mercantil actora, S.L., figuraba como garante solidario junto con la Sra. (doc. 1 de la demanda). Asimismo, se ha aportado a los autos las dos hojas, que alegan fueron firmadas por la Sra. , como administradora de la mercantil , y por el Sr. , como administrador de la mercantil actora, en la creencia de que suscribían, de forma obligatoria, para que la mercantil e pudiera concertar la póliza de crédito con el Banco Santander, un contrato de seguro del tipo de interés (docs. 2,3,4 y 5 de la demanda). Y también constan en actuaciones extractos bancarios de las cuentas titularidad de las mercantiles , S.L. e , que constatan los apuntes correspondientes a operaciones derivadas del contrato de permuta financiero suscrito con la entidad

a 12 de la demanda, la actora ha aportado reclamaciones y peticiones de información cursados a la entidad demandada y respuesta del responsable de reclamaciones de la misma.

Frente e ello, la entidad demandada, Banco Santander, S.A., que niega en escrito de contestación a la demanda, la realidad del pretendido error en el consentimiento, alegando haber recibido los clientes una cumplida información de los contratos que suscribían, que aportan a los autos completos (docs. 7 y 8 de la contestación a la demanda), niega en sede de medidas cautelares la procedencia de la medida interesada, en primer lugar, alegando la imposibilidad de acordar la misma sin entrar a conocer del fondo del asunto, pues siendo los contratos válidos y legítimos, y discutiéndose si existió error y si pueden o no ser anulados, habría que entrar a valorar si existen alguna causa de nulidad en los contratos.

Debe decirse al respecto, que es indudable que si lo que se alega por el demandante es que el contrato es nulo por error en el consentimiento, y si el artículo 728.2 LEC exige que el solicitante aporte datos, argumentos y justificaciones que lleven a efectuar "un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión", parece obvio que habrá de valorarse si efectivamente el contrato, en principio es o nulo, de lo contrario ello supondría en la práctica el impedir adoptar cualquier medida cautelar ya que si se exige apariencia de buen derecho para adoptar una medida cautelar, sería imposible el adoptarla o denegarla sin entrar a efectuar el juicio indiciario y provisional al que alude el precepto, y si bien se indica que sin que ello prejuzgue el fallo, tal limitación se refiere, por un lado, a que lo resuelto en las medidas no ha de condicionar lo que a la postre se acuerde en la sentencia, y por otro lado que se ha de evitar el exigir a las partes pruebas o argumentos tan contundentes y exhaustivos que equiparen, de hecho, la decisión cautelar a la decisión sobre el fondo de tal manera que el análisis del carácter vinculado, lejos de contrariar precepto alguno da cumplimiento a lo indicado en el referido artículo 728.2 LEC.

Dicho lo cual, que descarta el motivo de oposición de la entidad Banco de Santander en orden al examen de la apariencia de buen derecho, debe concluirse, que el material obrante en autos justifica, provisional e indiciariamente, una posible nulidad del contrato de permuta suscrito por la actora con Banco Santander que satisface las exigencias de apariencia de buen derecho.

Así, de los documentos referidos, se trata de un contrato

Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El artículo 14,2 de la referida norma dispone que los contratos tipo deberán de contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustados en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda. Pues bien, en primer término, y según lo preceptuado en el artículo 15,1 del mismo texto legal, resulta obligatoria la entrega al cliente del documento contractual relativo a la operación de que se trate, porque precisamente lo suscrito fue un contrato tipo. Sin embargo, únicamente figura firmado por el administrador de la entidad actora la última hoja de contrato marco al que se adjunta el anexo I, de la confirmación de la permuta y del anexo II.

No consta que la entidad financiera entregara al actor la totalidad de la documentación, que ha sido aportada a los autos por Banco Santander, pero que no aparece firmada por el Sr. [redacted], y lo que es más importante, tampoco resulta acreditado que llevara a cabo su obligación de información previa al cliente.

De otro lado, que el Sr. [redacted], administrador único de la mercantil actora, sea cliente habitual de la entidad demandada, y tenga suscritos contratos diversos no autoriza para calificarle de Inversor experimentado, de manera que pueda presumirse que conociese de antemano las condiciones de contratación que nos ocupan, máxime teniendo a la vista la farragosa y técnica redacción del contrato, que cuando menos, aconseja la falta de claridad proscrita por la Ley 26/1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Más bien, vista la coincidencia temporal en la suscripción de los contratos, pues tanto la póliza de crédito como el contrato de permuta aparecen suscritos en fecha de 13 de junio de 2008, cabe deducir una vinculación entre ambos, que invita, cuando menos a sospechar, que muy probablemente el Sr. [redacted] contrató en la creencia de estar suscribiendo un contrato de seguro del tipo de Interés. Motivos bastantes para provisoriamente, vislumbrar un consentimiento viciado a efectos de mostrar la voluntad contractual precisa para la validez del contrato.

TERCERO.- Enlazando con el razonamientos jurídico anterior y en lo relativo al periculum in mora, indica la demandada que no existe peligro por la mora ya que la entidad Banco Santander es plenamente solvente y no existe peligro de que deje de devolver aquello a lo que se viese eventualmente obligada de estimarse la demanda, sin embargo el concepto de que tal concepción estricta del peligro por la mora que se desprende del artículo 728.1 LEC, debe ampliarse desde el momento en que el artículo 726.2 LEC establece que también se podrán adoptar como medidas cautelares "las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte", de tal manera que cabe entender que cuando el artículo 728.1 LEC se refiere a la necesidad de preservar la tutela que pudiera otorgarse caso de una eventual sentencia estimatoria, es indudable que igualmente se refiere a supuestos en que de no anticiparse el efecto del fallo, tal y como prevé el artículo 726.2 LEC transcrito anteriormente de forma parcial, se provocaría a la actora, por la simple pendencia del proceso y la posposición de sus efectos hasta la ejecutividad de la sentencia, el perjuicio de soportar los efectos adversos que con el pleito pretende evitar, cual ocurre en autos en que en definitiva lo que se trata de evitar es que, existiendo una pretensión fundada en derecho y que en el juicio provisional del fundamento de la pretensión de la actora ha sido favorable, tal y como prevé el artículo 728.2 LEC, la actora se vea abocada a tener que hacer frente a los pagos previstos, lo cual indudablemente supone un perjuicio que, de no adoptarse las medidas solicitadas, se generaría a la actora y que no sería reparado por la demandada en forma alguna con la devolución de lo abonado, ya que el esfuerzo económico que representa el abono periódico de los plazos previstos sería un perjuicio que con la simple restitución de lo percibido no se vería resarcido.

CUARTO.- Satisfechos los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro de la mora procesal, debe decirse que aunque la medida cautelar solicitada no aparece recogida en el artículo 727 de la LEC, tal circunstancia no es impedimento para su adopción al configurarse el sistema creado como régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado, si bien orientado a la efectividad finalista de garantizar la efectividad del pronunciamiento que se emita, advirtiéndose la medida interesada idónea para el fin perseguido.

QUINTO.- De conformidad con el art. 735.2 de la LEC, debe determinarse la caución a prestar por la solicitante, que alega haber consignado en concepto de fianza 1.000 euros. Cuantía, que no siendo contradicha por la demandada, se estima adecuada.

SEXTO.- La estimación de la solicitud de medida cautelar, de conformidad con el art. 736 en su remisión al art. 394, ambos de la LEC, impone que sea la parte demandada quien deba abonar las costas causadas.

DISPONGO

Estimar la solicitud de medida cautelar solicitada por la mercantil I , S.L., y acordar la suspensión de la vigencia del contrato de permuta financiera suscrito por la actora con Banco Santander en fecha 13 de junio de 2008, con imposición de costas a la parte demandada.

Con carácter previo a la ejecución de la medida cautelar por la parte solicitante se deberá prestar caución, en plazo de tres días, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 529.3.2º Ley de Enjuiciamiento Civil por importe de 1.000 euros. Una vez prestada dicha caución y aprobada en los términos del artículo 737 Ley de Enjuiciamiento Civil se procederá a la ejecución de las medidas cautelares acordadas.

Este auto no es firme, y contra el mismo cabe recurso de apelación sin efectos suspensivos, en los términos del artículo 735.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deberá prepararse en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución mediante escrito presentado ante este Juzgado, para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial de Madrid. Para interponer el recurso deberá constituirse un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, abierta en Banesto, haciendo constar el código completo de la cuenta expediente (2705-clave de procedimiento- nº y año de procedimiento) así como que es un depósito para preparar recurso de apelación. Si se hace por transferencia

0005001274, haciendo constar, en el concepto, los 16 dígitos de la cuenta expediente.

La consignación deberá ser acreditada al anunciarse o prepararse el recurso, sin cuyo requisito no será admitido a trámite (DA 15ª LOPJ), estando exentos de dicho depósito los inculcados en el apartado 5 de dicha disposición y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerda Doña Raquel Rodríguez Gómez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Torrejón de Ardoz.