

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 DE GRANADA

Avda. del Sur nº 3. Complejo Judicial "La Caleta", edificio central, 3ª planta

Fax: 958028858. Tel.: 958028854 - 958028855 - 958028856 - 958028857

N.I.G.: 1808742C20100022701

Procedimiento: Pieza separada 1168.01/2010. Negociado: 2

Sobre: suspensión provisional de los efectos del contrato/ dimanante de ordinario nº 1168/10

De:

Procurador/a: Sr/a. María Mameña Benavides Delgado

Letrado: Sr/a. Santiago Benavides Delgado

Contra: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a: Sr/a.

Letrado: Sr/a.

AUTO nº 1129/10

D./Dña. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ

En Granada, a quince de diciembre de dos mil diez

HECHOS

PRIMERO.- Que por la parte actora en su escrito de demanda al OTROSIDIGO, se interesó la adopción de la medida cautelar de cese provisional o suspensión de los efectos del contrato así como de las anotaciones que por descubierto o impago consten o puedan acceder a los registros de morosidad o impagos que manejan los Bancos, formándose la presente Pieza Separada y señalándose día y hora para la celebración de la Vista, la cual se celebró con el resultado que consta en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley de Enjuiciamiento Civil regula las medidas cautelares en el artículo 721 y siguientes. Con ellas se trata de garantizar la efectividad de los pronunciamientos judiciales cuando éstos reconocen el derecho del actor, obviando los problemas derivados de la tardanza que representa el proceso

En todo caso, exige la Ley que concurren ciertos presupuestos para que puedan adoptarse, a saber:

A) Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). A este requisito se refiere el artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y hace referencia a la probabilidad de éxito de la pretensión ejercitada. Sólo cuando de un primer examen de las alegaciones del demandante se pueda pensar en la posibilidad de acoger dicha pretensión, estará justificada la medida. Se exige un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión principal.

B) Peligro por la mora procesal (periculum in mora). Se refiere a él el artículo 728.1 y viene representado por el riesgo cierto de que el fallo no pueda ejecutarse producido por el

tiempo transcurrido entre la demanda y la sentencia.

C) Proporcionalidad. No aparece expresamente reconocido pero se puede deducir de los artículos 721.1 y 726.1.2ª cuando hablan, respectivamente, de "medidas necesarias" y de la preferencia de las medidas "menos gravosas y perjudiciales para el demandado". Se exige, pues, una adecuación entre la medida y la finalidad que persigue.

D) Prestación de caución. Recogido en el artículo 728.3 como regla general para poder responder el actor, y solicitante de las medidas, de los daños y perjuicios que puedan causarse al patrimonio del demandado.

SEGUNDO.- Concretamente se solicita, en nombre de D. _____, el cese provisional o suspensión de efectos del contrato firmado con la entidad demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., bajo la denominación de "Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés (IRS) Bonificado Doble Barrera", para asegurar la eventual sentencia estimatoria de la pretensión deducida de que se declare "la nulidad de dicho contrato, con recíproca restitución de las cantidades abonadas y las que lo sean durante la tramitación del procedimiento", aduciendo que se le vienen girando liquidaciones que superan los 5.000 € trimestrales, siendo previsible que las sucesivas alcancen el mismo importe, dado que el referencial variable (euríbor a tres meses) se mantiene por debajo del 3'40 %, lo que le supone una pérdida económica importante, teniendo en cuenta que también tiene que hacer frente a las cuotas de sendos préstamos hipotecarios por importe, mensual, de 1.514'97 € y 813'78 €.

Dado que esa es toda la argumentación específica que se vierte para justificar la medida cautelar y que, obviamente, se sitúa en el ámbito del "peligro de mora procesal", ha de entenderse que la "apariencia de buen derecho" se deduce de los hechos y fundamentación jurídica de la demanda principal, en la que sostiene que el personal dependiente de la entidad bancaria provocó un error en el consentimiento del demandante, haciéndole creer que contrataba una especie de seguro de protección frente a la subida de tipos de interés a que estaban sujetos esos préstamos hipotecarios, por lo que, teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del contrato y el riesgo que entrañaba, imputa a dicho personal falta de transparencia, puesto que la entidad bancaria podía prever con antelación la evolución de los tipos, y, por ende, le achaca igualmente el incumplimiento de la obligación de informarle convenientemente y de acuerdo con su nivel de conocimiento y experiencia en productos complejos. Frente a lo cual viene a mantener BANCO POPULAR que en el contrato se define perfectamente la naturaleza y desenvolvimiento del mismo, el carácter de producto financiero complejo y que representa una inversión con riesgo de pérdida, firmando al efecto, incluso, un documento adicional reconociendo que se le ha realizado un test de conveniencia del que se deriva su falta de experiencia en productos financieros complejos, a pesar de lo cual contrata libremente; de modo que, dada la formación del demandante y los datos que se ofrecen podría calcular su interés en los distintos escenarios que puede producirse con tipos al alza o a la baja; tildando de insuficiente la fianza ofrecida.

TERCERO.- La naturaleza de este contrato ha dado lugar a estas alturas de una profusa literatura jurídica, no siendo este incidente cautelar el propicio para entrar consideraciones de más largo alcance, bastando decir que, efectivamente no es asimilable al un contrato de seguro, en el que la protección contra la probabilidad del riesgo (subida de tipos) se obtiene contra el pago de una prima con cargo al asegurado, puesto que en este caso el contenido

aleatorio del contrato es lo que predomina, de tal forma que el comprador debe saber que que asume el riesgo de bajada de tipos de interés, mientras que el vendedor se arriesga si sube ese tipo de interés, concretándose con las fórmulas que se contienen en el contrato operando con los conceptos de "nocial", "tipo barrera 1", "tipo barre 2", "tipo fijo 1", "tipo fijo 2" y "tipo variable", y obviamente, dada la especial relación de confianza que le une con la entidad bancaria, que es la que directamente le ofrece, no ya su intermediación en la operación, sino participar con él, como vendedora, directamente en este juego de intereses contrapuestos sobre la evolución de un variable mucho más cercano a la actividad propia de la entidad financiera que a la profesional del cliente, por lo que ha de considerarse exigible a ésta un especial deber de claridad en la información y de demostración a través de simulaciones de esos distintos escenarios que pueden presentarse, sin ocultar, por otra parte, que, tal y como se desprende del informe económico que se acompaña a la demanda, el banco juega con un diferencial favorable al mismo entre los tipos barrera y tipos fijos, dado que para el cliente el diferencial es del 0'15 % y para el banco lo es del 1'40 %, porque, sin duda que si se hubiese asumido el papel de intermediario o puro asesor financiero, esta información la hubiera considerado relevante.

El caso es que sobre la entidad bancaria pesan concretas y explícitas obligaciones de información, impuestas en los artículos 60 a 64 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, a tenor de los cuales, por un lado, es obligatorio para las entidades obtener la información y evaluar la situación financiera, la experiencia inversora y los objetivos de inversión de sus clientes y, correlativamente, habrá de suministrarles, con carácter previo a la contratación, toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Ello significa en términos de legislación común, que, con arreglo al art. 1.258 del Código Civil, según el cual los contratantes no sólo están sujetos a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, conforme a su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, el personal de la entidad bancaria no está sujeto en este tipo de contratación a proporcionar una información genérica sobre el riesgo, sino que está obligado, a considerar el perfil inversor de sus clientes y sus conocimientos financieros y, en función de esas circunstancias, facilitarles una información concreta y precisa sobre el riesgo de la operación que se le ofrece y la adecuación del mismo a sus expectativas inversoras. Así lo establece el art. 64 del citado Real Decreto: *Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.*

Por tanto, la carga de la prueba de haber ofrecido información adecuada pesa sobre BANCO POPULAR, no ha propuesto ni siquiera la prueba testifical que aclare qué nivel de información facilitó al demandante, remitiéndose a la literosuficiencia de los documentos, lo que no puede aceptarse, en este primer examen cautelar, como argumento, pues quedarían entonces sin sustancia alguna las especiales obligaciones previas a que está sujeto el personal de la entidad bancaria cuando ofrece este tipo de productos financieros, de manera que no pudiendo descartarse la concurrencia de error en la formación del consentimiento, ha de

considerarse concurrente la apariencia de buen derecho.

CUARTO.- El peligro de mora procesal se afronta, de ordinario, desde la perspectiva del riesgo de inejecución del fallo, no siendo este el caso, puesto que goza la entidad bancaria de una presunción de solvencia tan evidente que ni siquiera es mencionado riesgo alguno en la solicitud de medidas cautelares. Por tanto, la situación de peligro patrimonial para el demandante que se aduce ha de traducirse en una dimensión distinta del aseguramiento del resultado del pleito, como es la de preservar el interés económico de la eventual resolución estimatoria, que se vería claramente devaluado de persistir en el tiempo la situación actual, puesto que son obvias las probabilidades de desembocar en una situación de impago de los préstamos hipotecarios, que motivaron precisamente la contratación, con el consiguiente riesgo de ejecución hipotecaria, dada la evidente onerosidad que representa el pago de las liquidaciones junto con el de las cuotas de dichos préstamos, lo que entrañaría un daño irreparable con la obtención de la mera restitución de lo que pudiera seguir abonando el demandante.

Tal como se desprende del auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 31 de marzo de 2010, al margen de la apariencia del buen derecho, es el requisito de peligro de mora procesal lo que aparece como jurídicamente más dudoso cuando se pretende la suspensión cautelar de efectos de un contrato de tracto sucesivo, teniendo en cuenta, además, que habría que enlazarlo, en su caso, con la prestación de caución adecuada que proteja, a su vez, los legítimos intereses de la demandada.

No obstante, estableciendo los artículos 721, 726 y 728 del LEC que la finalidad de la medidas cautelares es la de hacer posible la efectividad de la tutela judicial, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso, ha de concluirse que esta perspectiva del riesgo de mora procesal tiene cabida en la finalidad de la medidas cautelares, cuando, como es el caso, esa devaluación del interés económico redunda necesariamente en una merma proporcional de la efectividad de la tutela judicial que se pretende con la demanda deducida, puesto que, como se ha dicho, el interés económico que representa al momento de presentación de la demanda estaría muy lejos del que proporcionaría una sentencia firme estimatoria obtenida una vez desencadenadas, con mucha probabilidad, las ejecuciones hipotecarias contra el demandante (no es lo mismo el precio que el valor, y es el valor de la pretensión lo que puede merecer ser preservado); considerando, además, que no concurre la excepción que prevé el párrafo segundo del citado art. 728, puesto que consta documentalmente que, con antelación a la demanda y con ocasión de la primera liquidación contraria a D. Luis Javier Benavides Delgado por importe de 2.7472 €, precedida sólo de dos favorables por importe prácticamente coincidente de 191 € y unos céntimos, ya reaccionó en contra intentando cancelar el contrato.

QUINTO.- La excepcionalidad de una medida cautelar como la de suspensión de un contrato, protegido inicialmente por el principio de preservación, queda en evidencia, una vez más y como ya se ha adelantado, al abordar la cuestión de la caución adecuada, puesto que la garantía de resarcimiento de daños y perjuicios para la demandada, para el caso de sentencia desestimatoria, ha de prestarse en alguna de las formas establecida en el art. 529.3 de la LEC, esto es en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate, y dado que

en el contrato lo que se establecen para el demandante son prestaciones dinerarias, sería absurdo que, por vía de caución, se viera obligado el demandante a soportar un desembolso económico equivalente al que pretende evitar con la suspensión de la eficacia del contrato, habida cuenta que el importe de la caución ha de garantizar el cobro de lo que probablemente tuviese que satisfacer en caso de no considerarse legítima esa suspensión durante el tiempo estimado de duración del procedimiento en primera instancia, porque la sentencia desestimatoria conlleva el alzamiento de la medida cautelar, conforme al art. 744.1 de la LEC.

La solución la ofrece el aval bancario, puesto que, caso de obtenerse, se remunerará a un tipo de interés, que puede resultar más interesante económicamente para el demandante que hacer frente a los pagos de liquidaciones previsiblemente desfavorables, considerando que, aunque se trate de aval a primer requerimiento, no le es dable a la demandada efectuar dicho requerimiento si no se da el caso de obtener sentencia favorable.

Por tanto, la caución se fija en diez mil euros, lo que, por sí mismo, excluye que pueda considerarse la medida cautelar como un adelantamiento del fallo.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto,

Para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga, y previa prestación de caución en metálico o mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca por importe de diez mil euros, de cuenta y riesgo de D.

decretó la suspensión provisional de las prestaciones asumidas por las partes en virtud del contrato firmado con la entidad demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., bajo la denominación de "Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés (IRS) Bonificado Doble Barrera" el 27 de mayo de 2008.

Notifíquese a las partes, haciéndole saber que contra la presente cabe recurso de apelación sin efecto suspensivo en el plazo de cinco días. Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banesto nº 1761/0000/04/1168/10, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de reposición seguido del código '00', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. D. Francisco Sánchez Galvez, Magistrado-Juez de Primera Instancia Nº 11 de Granada. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

EL/LA SECRETARIO

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.-