

Referencia:	10/0215
F. Notificación:	16/03/2011
F. Resolución:	07/03/2011

Juzgado Primera Instancia 2 Sabadell (ant.CI-3)  
Av. Francesc Macià, 34-38  
08202 Sabadell  
Tel.: 93 7454230

Procedimiento: pieza separada de medidas cautelares 1314/2010  
Sección  
Procedimiento ordinario 1314/2010

Parte demandante: S.L.  
Procurador/a:  
Parte demandada: BANCO SABADELL ATLANTICO, S.A.  
Procurador/a:

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA  
NÚMERO 2 DE SABADELL**

Juicio ordinario nº 1314/2010  
Medidas cautelares

**AUTO 101/2011**

Sabadell, 7 de marzo de 2011

**HECHOS**

**PRIMERO.-** Con posterioridad a la presentación del escrito de demanda seguida por , S.L. contra BANCO DE SABADELL ATLÁNTICO, S.A., se solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la eficacia del contrato de permuta financiera de tipos de interés, junto con ofrecimiento de caución por importe de 1.000 euros.

**SEGUNDO.-** Se convocó a las partes para la celebración de la audiencia prevista en los artículos 733 y 734 LEC el día 10 de febrero de 2011, habiendo comparecido ambas partes.

**TERCERO.-** La actora reiteró su petición y efectuó alegaciones. La demandada se opuso a la medida. Subsidiariamente, propone una caución de 70.000 euros.

**CUARTO.-** La actora propuso como medios de prueba los documentos aportados y tres documentos más. Se admitió la prueba, excepto el documento de fecha anterior a la solicitud de medidas. La parte demandada propuso documental, la cual fue admitida.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.- *Medida cautelar.*** Solicita la actora la adopción de la medida cautelar de suspensión de eficacia del contrato de permuta financiera de tipos de interés de 12 de julio de 2007, junto con los pactos anexos y complementarios, así como el cese o suspensión provisional de las anotaciones a la cuenta corriente vinculada al contrato que derivasen de impagos de las liquidaciones y la suspensión de los efectos derivados de los impagos, así como la abstención y cese de posibles anotaciones en registros de morosidad o de impagados como la CIR, el RAI, la ASNEF o cualquier otro que pudiera registrar situaciones de morosidad, hasta que se dicte sentencia firme, con el ofrecimiento de una caución de 1.000 €. La demandada se opone a la medida por no concurrir la apariencia de buen derecho, por cuanto afecta a una situación de hecho consentida, y por falta de peligro en la mora procesal. Subsidiariamente, propone una caución de 70.000€. Para la resolución de la pretensión cautelar debe acudir a los artículos 721, 727, 728, 735 y 736 LEC, especialmente en lo referente a la necesaria concurrencia conjunta de los presupuestos para la adopción de cualquier medida cautelar, es decir, la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora procesal y la prestación de caución.

**SEGUNDO.- *Apariencia de buen derecho.*** En primer lugar debe valorarse si existe apariencia de buen derecho en la pretensión principal, es decir, si a tenor del artículo 728.2 LEC, el solicitante de la medida cautelar ha aportado datos, argumentos, justificaciones documentales u otros elementos acreditativos que sean suficientes para fundamentar, sin prejuzgar el fondo del proceso, un juicio provisional e indiciario favorable a su. Así pues, a los efectos de la medida cautelar, no puede exigirse en este estadio procesal una acreditación completa y exhaustiva de los fundamentos fácticos y jurídicos de la acción principal, sino que bastará la aportación inicial por el actor de elementos justificativos de ésta que fundamenten una valoración positiva de su credibilidad, coherencia y aparente solidez de las alegaciones efectuadas, con la exclusiva finalidad de asegurar la tutela judicial solicitada y sin perjuicio de que ésta pueda no ser reconocida una vez se haya tramitado la totalidad de las fases procesales propias del juicio ordinario.

**TERCERO.-** Considera la demandada que no se da este presupuesto dado que no se ha impugnado la firma del contrato. Ciertamente es que el contenido del contrato no es controvertido, sino más bien que el contrato de permuta financiera de tipos de interés es *per se* inválido por un vicio en el consentimiento o por error. Pues bien, debe valorarse estrictamente si se dispone de indicios suficientes para determinar el posible error o vicio en el consentimiento. En la demanda se expone que se trata de un intercambio de flujos de pagos correspondientes a los intereses devengados periódicamente por una cantidad determinada en referencia a un tipo de interés, que para la demandada es el Euribor y para la actora uno fijado en una escala. La demanda sigue indicando que el actor ha concertado otros préstamos con la demandada con un tipo variable (13 en total). La oferta del contrato de permuta se hizo a modo de seguro o protección de la actora frente a las variaciones al alza del Euribor. La actora suscribió de acuerdo con esta creencia, pero la demandada no cumplió con su obligación de información y de entrega de documentos, la cual se limitó al contrato de adhesión. El actor no pudo tener

conocimiento real de los riesgos de la operación. Al contrario, la bajada del Euribor fue perjudicial para la actora, atendiendo al carácter desvinculado y especulativo del producto. El vicio en el consentimiento derivaría del hecho de proponer este producto como condición para la renovación de los préstamos. Pues bien, a los efectos de la pieza de medidas cautelares, se da este elemento atendiendo a la constancia del contenido del contrato, a la naturaleza del producto, a su complejidad intrínseca y a la posibilidad de que fuera suscrito con unos fines distintos a los efectos aparentemente producidos (no negados por la demandada) y que este riesgo podía no ser conocido por la actora. Lógicamente no se dispone de prueba directa, la cual será objeto del pleito principal (interrogatorios, testifical, periciales, etc.), pero sí una apariencia sólida y coherente.

**CUARTO.- Peligro en la mora procesal.** En segundo lugar, debe analizarse si existe peligro en las dilaciones procesales previstas en el artículo 728.1 LEC, por el que el solicitante de la medida cautelar debe justificar que, de no adoptarse, podrían producirse durante la dilación del proceso situaciones que impidiesen o dificultasen la efectividad de la tutela que pudiera reconocerse en una eventual sentencia estimatoria. Debemos entender que este presupuesto legal no se refiere simplemente a un mero peligro abstracto de un posible impago de la deuda por parte de la demandada en caso de dictarse una sentencia condenatoria, sino que la parte actora debe acreditar suficientemente que concurren circunstancias concretas que puedan poner en duda aquella situación. Respecto a este punto admite la parte actora que no es necesario dudar de la solvencia de la demandada. El peligro consiste en que si continúan las liquidaciones, la cuenta corriente puede quedar al descubierto, hecho que posibilitaría que la demandada declarara el vencimiento y resolución del contrato de préstamo, a lo que debe añadirse el elevado tipo de interés de descubierto aplicable. De hecho, en la actualidad, ya se habría producido un descubierto. No obstante, los pagos de las obligaciones ordinarias estarían al corriente de pago. Por otro lado, la suspensión no generaría ningún perjuicio para el banco, dado que la póliza de préstamo dispone de una garantía hipotecaria por valor de tres millones de euros.

**CINQUÈ.- Situación de hecho consentida.** Considera la parte demandada que no sería procedente la medida por pretender alterar una situación de hecho consentida durante largo tiempo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 728 LEC. No obstante, debe precisarse que este precepto se refiere específicamente a situaciones *de hecho*, lo que parece no corresponder con la realidad jurídica de un contrato de permuta financiera. Del mismo modo, por la propia naturaleza de este producto (y su variabilidad intrínseca) y teniendo en cuenta el posible desconocimiento por parte de la actora de los riesgos reales que generaba, los perjuicios pudieron demostrarse de manera sobrevenida. Por tanto, aun habiéndose podido practicar varias liquidaciones (siete, según la demandada) tampoco consta suficientemente acreditado el elemento temporal ("*largo tiempo*"), especialmente, teniendo en cuenta que, según alega la actora y acredita documentalmente, ha habido varias conversaciones entre las partes para intentar llegar a una solución, la cual finalmente no ha acaecido pero que, en cualquier caso, pueden explicar la demora en la petición de la tutela cautelar.

**SEXTO.- Embargo preventivo (riesgo de insolvencia del demandado).** Por otro lado, es cierto que en caso de ser la demandada una entidad bancaria el riesgo de insolvencia es menor, si bien esta afirmación queda relativamente diluida en el presente momento de crisis económica, que afecta directamente a estas entidades, aunque, contrariamente, este riesgo de insolvencia se compensa por las ayudas públicas que reciben por parte del poder legislativo y ejecutivo. Podría argumentarse que, en cualquier caso, la mora procesal debe hacer referencia al riesgo de insolvencia y que, no existiendo éste, la finalidad e la medida excedería de la misma tutela cautelar, anticipando la decisión de la futura sentencia. Aun así, el propio legislador ha previsto en el artículo 726.2 LEC que el tribunal puede acordar como medidas cautelares órdenes y prohibiciones con un contenido similar al que se pretenda en el proceso. Es decir, el simple hecho de poder implicar a la medida cautelar una anticipación del eventual contenido de la sentencia no excluye su viabilidad, siempre que se dé, igualmente, el peligro en la mora procesal. Así pues, para analizar y diferenciar el riesgo en la mora, debe contextualizarse el tipo de medida cautelar solicitada. Si ésta consiste en un embargo preventivo (que no es el caso), el riesgo en la mora lo es cierta y estrictamente en referencia al riesgo de insolvencia del demandado, que en caso de una entidad bancaria, difícilmente puede darse, a pesar de la situación de crisis actual. En este caso, la valoración del riesgo no puede expandirse hasta las repercusiones económicas que pueda tener para la actora el mantenimiento de la eficacia del contrato, ya que, caso contrario, no habría relación entre el tipo de la medida cautelar instada y el tipo de riesgo que se pretende cubrir.

**SÉPTIMO.- Suspensión del contrato (repercusión económica global).** En el presente caso no se insta este tipo de medida cautelar (embargo preventivo), sino que se solicita la suspensión de la eficacia del contrato de permuta financiera. Así, el ámbito del riesgo en la mora que debe analizarse se amplía y puede incluir los efectos de la no suspensión del contrato en el patrimonio del actor. Por tanto, debe valorarse conjuntamente el conjunto de operaciones y contratos vigentes entre las partes vinculados con la permuta, los cuales son, verdaderamente, numerosos. Es en este punto donde, unas eventuales liquidaciones sucesivas podrían generar efectos no únicamente respecto a la permuta en sentido estricto, sino también respecto el resto de contratos vigentes. El eventual descubierto podría, en efecto, legitimar en abstracto a la demandada para acudir a los mecanismos resolutorios previstos en los propios contratos, los cuales acostumbra a prever, en caso de descubierto, unos efectos altamente perjudiciales para el cliente bancario. Por tanto, una eventual sentencia estimatoria podría ser efectiva por medio de la restitución de las cantidades efectivamente derivadas de manera directa de las liquidaciones de la permuta, para lo cual sería suficiente la solvencia de la demandada. Pero al contrario, los efectos irradiados sobre el resto de contratos podrían situar a la actora en una situación de incumplimiento generalizado, con efectos jurídicos y contractuales que difícilmente se podrían reconducir y que son de difícil determinación en este momento, atendiendo a que dependerían, mayormente, de una conducta contractual de la parte demandada, completamente desconocida en este momento. Por tanto, atendiendo al tipo concreto de medida cautelar instada y a los efectos que pueda tener el mantenimiento de la eficacia del contrato en la situación económica del actor y en otras operaciones

a las cuales puede afectar el pronunciamiento de la nulidad, se aprecia un concreto peligro en la mora procesal, con independencia de lo que se ha indicado ya sobre la solvencia de la demandada.

**OCTAVO.- Caución.** Respecto la caución, en aplicación de los artículos 728.3 y 735.2 LEC, debe considerarse que, atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración del fundamento de la pretensión principal, se establece como modalidad de caución adecuada, de aquellas previstas en el artículo 529.3.2 LEC, el dinero en efectivo o aval solidario ofrecido por la propia actora, es decir, el aval bancario o el ingreso dinerario. La parte actora propone 1.000€ por entender que existe ya una garantía hipotecaria, y la demandada 70.000€, en referencia a las cantidades contratadas. Pues bien, la propia naturaleza del producto contratado (variable y periódico) dificulta la valoración de la caución. Se trata de intentar concretar el perjuicio que podría generar a la demanda una eventual sentencia desestimatoria respecto la suspensión del contrato. Podemos fijar el criterio en las liquidaciones que se habría producido durante el periodo razonable que se tardará en dictar sentencia definitiva. Se trata de una cuestión imposible de predecir con precisión, tanto el importe como el sentido positivo o negativo (cargo o abono), por lo que se acudirá a criterios de razonabilidad que permitan afirmar la insuficiencia de los mil euros y la desproporción de la cantidad solicitada por la demandada, la cual podría generar a la actora más perjuicios que los que se pretenden evitar con la medida cautelar. Tampoco puede obviarse la existencia de una garantía hipotecaria. Por todo ello se fija una cantidad de 4.000€.

**NOVENO.- Costas.** Establece el artículo 736 LEC que, en caso de denegarse la medida cautelar solicitada, las costas procesales se impondrán según los criterios del artículo 394 de la mencionada ley, que prevé que en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto desestimadas todas sus pretensiones. No obstante, no se prevé ningún criterio para el caso de que se acuerden las medidas solicitadas. En este sentido, habiéndose aceptado la medida cautelar y, no previéndose expresamente un pronunciamiento específico de condena en costas, no se efectúa ninguno.

## **PARTE DISPOSITIVA**

Acuerdo la medida cautelar de suspensión de la eficacia del contrato de permuta financiera de tipo de interés de 12 de julio de 2007, junto con los pactos anejos y complementarios, así como el cese o suspensión provisional de las anotaciones a la cuenta corriente vinculada al contrato que derivasen de impagos de las liquidaciones y la suspensión de los efectos derivados de los impagos, así como la abstención y cese de posibles anotaciones en registros de morosidad o de impagos como la CIR, el RAI, la ASNEF o cualquier otro que pudiera registrar situaciones de morosidad, hasta que se dicte sentencia firme o sea modificada la medida

Se requiere a la parte instante de la pieza de medidas cautelares para que

preste caución por importe de 4.000€ en efectivo o mediante aval bancario en el plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la presente resolución. Una vez prestada caución, se valorará su idoneidad y suficiencia y, en su caso, se librarán los oportunos mandamientos para el cumplimiento de la medida cautelar.

No hay pronunciamiento expreso sobre las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma es definitiva i no puede interponerse ningún recurso.

Así lo ordena y firma, Guillem Soler Solé, magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.