

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4
OVIEDO

VENCE PLAZO CONSIGNACION,
24-MARZO, JUEVES

AUTO: 00096/2011

C/ COMANDANTE CABALLERO, 3-5ª PLANTA
985968882-83-84
985968885

N37190

N.I.G.: 33044 42 1 2011 0001095

Procedimiento: MEDIDAS CAUTELARES 0000129 /2011 0001
Sobre OTRAS MATERIAS Procedimiento Ordinario nº 129/2011

De D/ña.

Procurador/a Sr/a. LUIS ALBERTO PRADO GARCIA

Abogado/a Sr/a.

Contra D/ña. CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA

Procurador/a Sr/a. ORIA

Abogado/a Sr/a.

A U T O

En Oviedo, a 11 de Marzo de 2011.

HECHOS

PRIMERO. El presente procedimiento fue iniciado en virtud de demanda presentada ante este Juzgado por el Procurador Sr. Prado García, en representación de don

, frente a la entidad "Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -La Caixa-", en ejercicio de acción de nulidad del contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores y del contrato marco de operaciones derivadas suscritos por los litigantes.

En el propio escrito de demanda, la parte actora solicitó la adopción, como medida cautelar, de la suspensión provisional del contrato de permuta financiera y de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del mismo puedan acceder a cualesquiera registros de morosidad o impagados.

SEGUNDO. Admitida a trámite la solicitud, se dio traslado de la misma a la entidad demandada, La Caixa, citándose a las partes para la celebración de la vista, la cual tuvo lugar el día 11 de Marzo de 2.011.

Al acto de la vista acudieron ambas partes; la actora se ratificó en su solicitud inicial de medida cautelar y la demandada se opuso a la misma argumentando que no concurren los requisitos necesarios para su adopción, ya que no existe riesgo de que el retardo en la resolución del procedimiento haga inefectiva la sentencia que pudiera dictarse, pues la demandada es una entidad con solvencia notoria que puede restituir los cargos efectuados. Asimismo, añadió que no ha demostrado la parte actora que los efectos del contrato le produzcan un perjuicio irreparable y que tampoco concurre el

requisito de la apariencia de buen derecho. Por todo ello, partiendo de la excepcionalidad de toda medida cautelar, concluyó suplicando que se denegase la solicitud de parte actora.

Ambas partes propusieron como única prueba la documental, que fue admitida, quedando el incidente visto para su resolución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Solicita la parte actora que se acuerde, como medida cautelar, la suspensión del contrato de permuta financiera de intereses celebrado por las partes procesales el 26 de septiembre de 2.008 y la suspensión de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del mismo puedan acceder a cualesquiera registros de morosidad o impagados. A dicha petición se ha opuesto la entidad demandada argumentando que no concurren los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar.

El art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige dos presupuestos fundamentales para la adopción de cualquier medida cautelar. Requisitos que la doctrina tradicional viene denominando "fumus boni iuris" y "periculum in mora" y que pueden resumirse del siguiente modo:

a) La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), se caracteriza por la existencia de una pretensión formulada por el actor que presente rasgos de verosimilitud y fundamento, que no puede equipararse a una prueba plena del derecho del actor, ya que para ello se abrirá en su caso y momento el período probatorio correspondiente y tras la conclusión del proceso será cuando, con plenitud, se determine si el derecho del actor es o no apto para sustentar su pretensión, de tal manera que tal apariencia de buen derecho ha de ser entendida como equivalente a dotar al juzgador de la convicción de que la medida cautelar proviene de quien ostenta un derecho fundado, verosímil y ajeno a toda idea de utilización como medida de presión o en manera infundada.

En el presente caso, estimo que concurre este primer requisito ya que, de la documental aportada con la demanda, se desprende un principio de prueba de la insuficiente información facilitada por la entidad bancaria a los demandantes para la contratación del tipo de producto litigioso, que no es otro que la denominada permuta de tipos de interés, también conocida como "swap", que pudiera dar lugar a la existencia de error en los demandantes a la hora de prestar su consentimiento contractual y que invalide dicho consentimiento provocando su anulabilidad.

Ciertamente, como pone de manifiesto la Defensa de la parte demandada, ejercitándose en el presente procedimiento una acción de nulidad por vicio del consentimiento, ha de estarse exclusivamente a las circunstancias del caso concreto, sin que sean extrapolables las numerosas resoluciones judiciales aportadas con la demanda que se han dictado en otros casos diferentes del que aquí nos ocupa. Ahora bien, lo anterior no impide que si tenga aplicación en el supuesto de autos la doctrina, aplicada por esas resoluciones, relativa a las características del tipo de producto financiero contratado y las obligaciones que la entidad bancaria tiene tanto en la comercialización como en la contratación del producto. Y, de

mensuales en su cuenta de entre 670 y 740 euros aproximadamente. Consta, además (documento nº6), que los actores tienen que abonar una cuota mensual por el préstamo hipotecario de 880 euros. Y el documento nº 17 de la demanda evidencia que los actores tienen unos ahorros en una cuenta de Cajastur de 2.913,22 euros.

Con esta situación económica, que no se ha puesto en duda por la parte demandada, resulta que el salario del demandante prácticamente se agota con el pago del préstamo hipotecario y las liquidaciones mensuales del swap, no restándole ingresos para su subsistencia ordinaria. Por lo que ha de concluirse que, en el presente caso, una tutela judicial tardía resultaría plenamente ineficaz, lo que justifica la adopción de las medidas cautelares solicitadas, que se estiman necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el procedimiento principal, de conformidad con los arts. 726 y 727.11ª LEC.

TERCERO. Establece el art. 728.3 LEC que el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, salvo que expresamente se diga otra cosa.

En el presente caso, la parte actora ha ofrecido una caución de 500 euros que, sin embargo, se estima insuficiente para responder los daños que la adopción de la medida pudiera ocasionar a la entidad bancaria demandada, pues, teniendo en cuenta el funcionamiento de estos instrumentos financieros derivados, tal como explica el informe de Deloitte, aportado por la demandada, en caso de impago por el cliente (en este caso los demandantes) de las liquidaciones, La Caixa debe responder frente a la otra entidad financiera (entidad financiera B en el informe de Deloitte) con la que se ha contratado el producto.

Por ello, en atención a los perjuicios que pudiera sufrir la demandada se fija prudencialmente en 3.000 euros la caución que ha de prestar la parte actora en cualquiera de las formas previstas en el artículo 529.3 L.E.C, entendiéndose que, de exigir una caución más elevada, dada la situación económica de los demandantes, no podrían hacer frente a la misma privándoles de la tutela otorgada.

CUARTO. En cuanto a las costas procesales, no se imponen a ninguna de las partes porque, dado que el art. 736 LEC expresamente establece la condena en costas al promotor de la medida cautelar cuando ésta es denegada, y, sin embargo, el art. 735 LEC guarda silencio sobre las costas para el caso de que sea adoptada, considero que se ha establecido en la Ley un régimen de imposición de costas distinto para uno y otro supuesto, pues, si la intención del legislador hubiera sido la de extender el tratamiento de las costas con remisión al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a ambos supuestos, no habría individualizado su tratamiento o, en todo caso, habría redactado el último inciso del apartado 1 del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que resultara aplicable al supuesto de adopción de medidas cautelares.

la documental obrante en las actuaciones, puede concluirse indiciariamente, que la entidad bancaria no observó plenamente tales obligaciones lo que ha podido dar lugar la prestación por los actores de un consentimiento viciado.

En definitiva, puede decirse que la parte demandante está ejercitando una acción plenamente fundada, sin perjuicio de lo que resulte de la prueba que se realice a lo largo del procedimiento principal.

b) Peligro en la demora (*periculum in mora*), requisito que supone valorar la necesidad de adoptar las medidas que se solicitan al objeto de determinar si, de no tomarse las medidas solicitadas, la eventual sentencia estimatoria que se dictase carecería de efecto práctico por ser ineficaz, ilusoria o carente de contenido material sobre el que hacerla efectiva.

SEGUNDO. En relación con este segundo presupuesto de toda medida cautelar, lo primero que ha de señalarse es que no existe peligro de que, de estimarse la demanda, la Sentencia no vaya a poder ser cumplida, pues, lo que se pretende por la parte actora es la declaración de nulidad de unos contratos y la devolución por la entidad demandada a los actores de los cargos que se les hayan realizado como consecuencia de dichos contratos, que, a la fecha de la demanda, ascendía a la suma de 10.327,91 euros. Y, teniendo en cuenta la condición de la demandada como entidad de crédito y su notoria solvencia para hacer frente a la posibilidad de restituir el saldo resultante de las previas liquidaciones efectuadas, no cabe concluir que, el mero transcurso del tiempo propio del proceso haga peligrar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de la demanda.

Ahora bien, la parte actora no reside en el *periculum in mora* en el riesgo de que la Sentencia condenatoria para la demandada no pudiera llegar a cumplirse, sino que fundamenta las razones de urgencia o necesidad y la concurrencia del peligro por mora procesal, en la previsible duración del proceso y en el hecho de que el pago de las elevadas liquidaciones generará un mayor perjuicio económico a los demandantes comprometiendo gravemente su economía familiar.

El requisito del "*periculum in mora*" no concurre por el mero hecho de que la parte actora sufra perjuicios económicos durante la pendency del proceso, sino que requiere un plus que va más allá de la existencia de perjuicios, exige que se acredite que el despliegue de los efectos del contrato aboca de manera inexorable a un perjuicio irreparable, en el sentido de que la tutela tardía pudiera afectar a la propia viabilidad económica del solicitante de la medida.

Y lo cierto es que, la situación económica en la que se encuentran los demandantes resultante de la prueba documental aportada con la demandada, permite concluir que el mantenimiento de los efectos del contrato durante la pendency del proceso compromete gravemente la economía familiar de los actores.

Así, se han aportado como documento nº 19 de la demanda las nóminas del Sr. _____, de las que resulta que percibe unos ingresos mensuales de 1.700 euros aproximadamente. Asimismo, del cuerpo documental nº 8 de la demanda resulta probado que desde la suscripción del contrato de permuta de tipos de interés todas las liquidaciones han resultado negativas para los demandantes, practicándose cargos

Por todo ello, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes, por mitad.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo la solicitud de medidas cautelares formulada por el Procurador Sr. Prado García, en nombre y representación de don

García, frente a la entidad La Caixa y:

1.- Acuerdo la suspensión provisional del contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores formalizado por las partes procesales con fecha 26 de septiembre de 2.008 y la cesación o suspensión provisional de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del contrato puedan acceder a cualesquiera registros de morosidad o impagados.

2.- Se fija como caución exigible con carácter previo a la ejecución de la medida cautelar, la cantidad de 3.000 euros, la cual deberá ser prestada por los demandantes en cualquiera de las formas previstas en el artículo 529.3 L.E.C., en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de la presente resolución.

Una vez prestada la caución exigida, requiérase a la parte demandada, a través de su representación procesal, para la efectividad de la medida acordada.

3.- No se hace expresa imposición de las costas procesales.

Notifíquese este Auto a todas las partes personadas y únase a la correspondiente pieza separada.

Contra esta resolución sólo cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, a preparar ante este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación, debiendo constituir previamente a la preparación del recurso un depósito de 50 euros mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado. La tramitación de dicho recurso tendrá carácter preferente.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Coral Gutiérrez Presa, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº4 de Oviedo.