

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 DE GIJON

CALLE PRENDES PANDO - GIJON
985175538
985176997

C301A0

N.I.G.: 33024 42 1 2010 0014401

Procedimiento: MEDIDAS CAUTELARES 0001514 /2010 0001

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. CARMEN MENENDEZ ALVAREZ

Abogado/a Sr/a. IGNACIO GARCIA GARCIA

Contra D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

A U T O

Juez/Magistrado-Juez
Sr./a: JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON.

En GIJON, a veintiuno de Diciembre de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Procedente de la Oficina de Reparto se recibió escrito de demanda y documentos acompañados a la misma presentada por la Procuradora Carmen Menéndez Alvarez, en nombre y representación de [REDACTED], promoviendo juicio ordinario contra BANKINTER S.A., y en la que a medio de Otrosí solicitaba la adopción de la medida cautelar de suspensión de la eficacia del contrato de gestión de riesgos financieros-Clip Bankinter Extra 08 2 y de cualquier otra póliza o cuenta a la que se asocien los cargos de dicho contrato, incluyendo expresamente la de contrato multilínea de financiación para empresas de 17 de agosto de 2007, así como la cesación o suspensión provisional de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del mencionado contrato puedan constar o acceder a los registros de morosidad o impagados, o cualquier otro que pueda operar al respecto, con expreso mandato de cesación de los que ya pudieran constar o se hicieran constar desde la solicitud. Habiéndose dispuesto la formación de la presente pieza separada sobre dicho particular y la convocatoria de las partes para la celebración de una comparecencia, ésta ha tenido lugar en el mismo día de la fecha con el resultado obrante en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La adopción de cualquier medida cautelar requiere que concurren 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 pudiere 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 pendency 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 concurrentes tales presupuestos. La medida cautelar solicitada tiende a asegurar los efectos "ex tunc" de la declaración de inexistencia o nulidad contractual pretendida en la demanda, tratándose del contrato que ha dado lugar a las liquidaciones negativas, incluida la última derivada de su resolución unilateral por parte del Banco demandado, trasladadas como cargos a la cuenta de crédito de la que era también titular la demandante en esa misma entidad, por lo que, aunque el contrato Clip Bankinter Extra 08 2 haya sido cancelado, sus efectos perviven por obra de dichas liquidaciones, y son éstos los que la propia demandada pretende hacer valer tras haber procedido a la liquidación y fijación del saldo deudor de la cuenta en la que se cargaron, exigiendo su pago. No puede decirse, por tanto, que no se pretenda asegurar una eventual sentencia estimatoria favorable a la actora, pues es evidente que si de declarara la nulidad del contrato ésta operaría con efectos retroactivos, por lo que las liquidaciones y cargos efectuados no tendrían ya razón de ser y debería deshacerse, y la tutela cautelar pretendida persigue justamente evitar que la demandante se vea compelida a efectuar el pago de una deuda derivada de un contrato que reputa inexistente y nulo. Menos aún cabe hablar de situación de hecho consentida durante largo tiempo, pues es en fechas recientes cuando se han producido las referidas liquidaciones, que han sido protestadas reiteradamente por la actora, incluso la cancelación por resolución unilateral del Banco, y también en fechas recientes se ha decidido por el mismo el cierre de la cuenta en la que fueron cargadas y la liquidación del saldo deudor previo a su exigibilidad en sede judicial. Por otra parte, a la hora de juzgar sobre la apariencia de buen derecho, no es dado desconocer la respuesta judicial habida con relación a contratos similares como el que aquí se cuestiona, y teniendo en cuenta que tal apariencia 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, puesto que nada se ha alegado en ese sentido por la demandada acerca del cumplimiento de los requisitos de validez del contrato más allá de la sola aportación de una copia de sus condiciones particulares, es menester recordar que el deber de información que incumbe a la entidad financiera constituye presupuesto indeclinable de la prestación de un consentimiento libre, voluntario y susceptible de crear obligaciones, conllevando su falta un vicio invalidante, tal y como viene siendo destacado, entre otras, y en este ámbito territorial, por la SSAP Asturias Secc 5ª 23-7-2010 y Secc 7ª 29-10-2010, señalando esta última en un supuesto muy similar al presente en el que también era demandada BANKINTER S.A. que la ausencia de información adecuada genera un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato, tanto más cuanto que en este caso la demandante no sólo niega haber recibido ninguna información sino ni tan siquiera haber sido consciente de que concluía un contrato como el litigioso. En suma, pues, que el aparente incumplimiento de tal deber de información, en la fase precontractual y al tiempo de la celebración del contrato, permite alcanzar ese juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión de inexistencia o nulidad 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 pendencia 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 en ese interin pueden conllevar graves perjuicios económicos para la demandante como resultado de las liquidaciones practicadas, incluso como consecuencia de la cancelación anticipada decidida unilateralmente por el Banco demandado, que no ha hecho sino incrementar más aún el saldo negativo de dichas liquidaciones, añadiendo como coste de la misma la nada despreciable cantidad de 23.583,90 €, hasta engrosar una deuda cifrada en la suma de 45.263,33 €, y ello por más que se sostenga que aquélla goza de suficiente solvencia económica para atender al pago, pues no es eso lo que se discute, sino si verdaderamente viene o no obligada a ello en virtud de un contrato cuya válida existencia es negada. De ese modo, si se considera "prima facie" justificada la oposición al pago que se le exige, la reclamación judicial que se anuncia mediante el envío de un telegrama a los efectos del artículo 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil podría llegar a comprometer su capacidad financiera a corto plazo, no sólo ante la eventualidad de no poder hacer frente a la deuda que se le reclamaría o por tener que emplear para ello fondos destinados a su actividad económica, con indudable impacto en el normal desarrollo de la misma, sino también por las dificultades que, en esa situación, tendría para acudir a otras fuentes de financiación, y ello evidentemente frustraría el fin perseguido por la actora, que no es otro que impedir la plena eficacia de un contrato cuya declaración de inexistencia o

nulidad solicita y que de ese modo habría consumado plenamente sus efectos.

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:

Se accede a la solicitud formulada por la Procuradora Carmen Menéndez Alvarez, en nombre y representación de [REDACTED], frente a BANKINTER S.A. y se acuerda la suspensión de la eficacia del contrato de gestión de riesgos financieros Clip Bankinter Extra 08 2 y de cualquier otro contrato o cuenta en cuanto se asocien al mismo los cargos del primero, en particular el contrato multilínea de financiación para empresas de 17 de agosto de 2007, 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 impagados, 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 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^a. Doy fe.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO,

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL