

Roj: AAP B 6946/2010
Id Cendoj: 08019370042010200108
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 4
Nº de Recurso: 594/2010
Nº de Resolución: 194/2010
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MIREIA RIOS ENRICH
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN CUARTA

Rollo de Apelación nº. **594/2010-T**

Autos de Medidas cautelares previas nº. 399/2010 del

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 HOSPITALET DE LLOBREGAT (ANT.CI-8)

Apelante: FINCAS BLANCO ESPLUGUES, S.L.

Apelado: BANCO DE SANTANDER, S.A.

A U T O NUM. 194/2010

Ilmo. Sr. Presidente :

DON VICENTE CONCA PEREZ

Ilmas. Sras. Magistradas:

DOÑA AMPARO RIERA FIOLE

DOÑA MERCEDES HERNANDEZ RUIZ OLALDE

DOÑA MIREIA RIOS ENRICH

En Barcelona, a 22 de noviembre de 2010

HECHOS

PRIMERO.- Ante esta Sección se sigue el presente rollo de apelación nº. 594/2010 contra el auto dictado con fecha 22/03/2010 por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 HOSPITALET DE LLOBREGAT (ANT.CI-8) en los autos de MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS, 399/2010 promovidos a instancias de FINCAS BLANCO ESPLUGUES, S.L. contra BANCO DE SANTANDER, S.A. . .

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución interpuso recurso de apelación la parte Actora FINCAS BLANCO ESPLUGUES, S.L. , y admitido el mismo, se elevaron los autos a esta Superioridad teniendo lugar la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado 26/10/2010.

TERCERO.- En el presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el/la Ilmo./a Magistrado/a Ponente **DON/DOÑA MIREIA RIOS ENRICH**

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- FINCAS BLANCO ESPLUGUES S.L., el día 30 de diciembre de 2.009, presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia, contra el Banco SANTANDER S.A. en la que solicitaba la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la vigencia del contrato de **permuta financiera** de intereses suscrito con dicho banco el día 29 de diciembre de 2.006.

En dicha solicitud de medida cautelar expone que concurren los requisitos para la adopción de la medida que se concretan en: a) **apariencia de buen derecho**, por los graves perjuicios económicos, que el contrato de **permuta financiera** conlleva para la demandante, alegando que de no suspender la vigencia del citado contrato, se incrementará el perjuicio económico de manera que acabe dejando a la actora en situación de insolvencia, lo que implicaría un auténtico perjuicio de muy difícil reparación, y b) **la existencia de "periculum in mora"**, que se concreta en el peligro de que, del retraso producido por la tramitación del procedimiento se derive un daño para los intereses de la demandante, que durante la pendencia del proceso deberá seguir pagando elevadísimas cantidades económicas durante las liquidaciones trimestrales del contrato de **permuta financiera** de intereses suscrito con dicho banco.

La demandante basa su acción de nulidad de la **permuta** suscrita contra la entidad bancaria demandada, en la existencia de un defecto de consentimiento, por inexistencia del mismo, debido a la falta de información y atención por parte del Banco, por error en el consentimiento sobre el objeto del contrato, la mecánica y el funcionamiento del contrato, siendo las cláusulas oscuras e incomprensibles, alega que se suscribió el contrato como un favor a la oficina bancaria, exponiendo los posibles beneficios pero nunca se les advirtió de los riesgos y menos aún, de los graves riesgos si los tipos de interés bajaban.

La Resolución apelada desestima la solicitud de medidas cautelares, razonando que el contrato cuya nulidad se solicita ha estado rigiendo entre las partes desde el año 2.006 y que lo que se solicita es la suspensión de su vigencia, por lo que debe concluirse que la medida no puede ser adoptada pues afecta al fondo de la acción que se ejercita en el pleito principal y ello supondría prejuzgar, hacer un pronunciamiento relativo a la suspensión de la vigencia del contrato cuya nulidad ha sido instada. Concluye que no puede entrarse a adoptar dicha decisión sin entrar a analizar la concurrencia de los elementos del contrato de **permuta** del artículo 1.261 del Código Civil, siendo que dicho análisis debe realizarse en el pleito principal.

Disiente la Sociedad apelante de lo razonado en dicha resolución aduciendo, la existencia de error en el consentimiento por falta de información clara, veraz y transparente por parte del Banco Santander S.A.; que el banco incumplió su deber de información, mediante engaño y error en la contratación de la **permuta financiera** de tipos de interés, no existiendo consentimiento válido y siendo el contrato inexistente. Finalmente, alega que, de seguir el contrato, se continuarán pagando elevadas cantidades económicas, con grave perjuicio para la actora.

SEGUNDO- Según es doctrina consensuada, toda medida cautelar requiere la apariencia de buen derecho en el solicitante y peligro derivado de la demora, además de las especialidades normativas que pudieran existir para el caso.

Así, la adopción de medidas cautelares requieren dos presupuestos: uno, de carácter objetivo, que es la titularidad -al menos, aparente- de derecho en favor de quien las solicita ("fumus bonus iuris"), y otro, de índole subjetivo, que es el riesgo de que mientras se sustancia el proceso y se llega a declarar definitivamente si existe o no el derecho del actor, se cree un estado de cosas que hagan imposible o muy dificultosa la ejecución de la sentencia y la puesta en práctica o el restablecimiento del derecho objeto del proceso ("periculum in mora").

Ahora bien, la concurrencia del peligro en la mora procesal ni puede fundamentarse en exclusiva en la concurrencia de una eventual e indiciaria apariencia de buen derecho, ni en el hecho de que en la actualidad el despliegue de los efectos propios de la relación contractual sea favorable a la demandada y no a la entidad demandante.

El peligro en la mora procesal requiere que, de no acordarse la medida solicitada, se cree un estado de cosas que hagan imposible o muy dificultosa la ejecución de la sentencia y la puesta en práctica o el restablecimiento del derecho objeto del proceso.

Como señala el auto dictado por la sección primera de la A.P. de Ciudad Real, de fecha 31 de marzo de 2.010. "para la adopción de medidas como la suspensión de los efectos de un contrato, no sólo basta a apelar que ahora resulta perjudicial a los intereses económicos de la demandante, sino que la continuidad

del despliegue de tales efectos aboque a la necesaria suspensión, en este caso, matizada por razones espacialísimas de urgencia o necesidad por un riesgo grave que determinaría la inejecutividad o ineficacia de una tutela judicial a posteriori".

Es necesaria la justificación de la adopción de la medida, de forma que, de no adoptarse, se haría imposible o muy difícil la ejecución de la sentencia que pudiera recaer en el procedimiento, lo que entendemos no concurre en el caso de autos pues, cuando se presenta la demanda y se pide la medida, el día 30 de diciembre de 2.009, el contrato ha venido rigiendo entre las partes desde hace tres años, sin que tampoco pueda justificarse la adopción de la medida cautelar interesada únicamente en el perjuicio económico que la vigencia del contrato implica para la demandante.

Por todas estas razones, entiende la Sala procede la confirmación del auto recurrido en su integridad.

TERCERO- Desestimando el recurso, conforme al *artículo 398 de la LEC* , deben imponerse las costas del recurso a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA, **DESESTIMAR** el recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de FINCAS BLANCO ESPLUGUES S.L. contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, en fecha 22 de marzo de 2.010, en medidas cautelares 399/2.010 , debiendo **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Devuélvanse al Juzgado de procedencia las actuaciones con certificación de esta resolución a los efectos oportunos. Así lo acuerda la sala y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen. Doy fe.-

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.