

Roj: AAP GI 250/2011
Id Cendoj: 17079370022011200024
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 2
Nº de Recurso: 630/2010
Nº de Resolución: 26/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: JOAQUIN MIGUEL FERNANDEZ FONT
Tipo de Resolución: Auto

AUDIÈNCIA PROVINCIAL

SECCIÓ SEGONA

GIRONA

Rotlle núm. 630/2010

Actuacions núm. 970/2010

JUTJAT PRIMERA INSTÀNCIA 5 GIRONA (ANT.CI-5)

Classe: Mesures cautelars.

INTERLOCUTÒRIA NÚM. 26/2011

Il·lms. Srs.:

PRESIDENT

JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRATS

JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 14 de febrer de dos mil onze.

Aquesta Sala ha vist el rotlle de apel·lació núm. 630/2010 en el qual ha intervingut com a part apel·lant CAIXA D' ESTALVIS DEL PENEDES, representada per la

procuradora MERCÈ CANAL PIFERRER, i com a part apel·lada PIELES QUINTANA, S.A., representada pel procurador MONTSERRAT LLOVET CARBONELL .

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. Aquest procés es va iniciar arran de la demanda presentada en nom de PIELES QUINTANA, S.A. contra CAIXA D' ESTALVIS DEL PENEDES .

SEGON. La interlocutòria que posa fi a la primera instància diu en la seva part dispositiva:

" *Que procede la suspensión, previa prestación por la parte actora de caución para responder de los daños y perjuicios que pudieran causarse con la misma en forma de depósito en el Juzgado del 30% de las*

acciones de ddo de su propiedad. "

I la interlocutòria d'aclariment de data 16 de setembre de 2010 diu en la seva part dispositiva:

" Que procede la suspensión de la liquidación prevista para el 2 de enero de 2011 respecto del contrato de **permuta financiera** de tipos de interés suscrito entre las partes con fecha de 7 de noviembre de 2007, previa prestación por la parte solicitante de caución por importe de 2.000 en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC "

TERCER . En aplicació de les normes de repartiment vigents en aquesta Audiència Provincial, aprovades per la Sala de Govern del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, el coneixement d'aquest recurs ha correspost a la Secció Segona.

QUART . En la tramitació s'han observat les normes processals aplicables en aquesta classe de recurs, i les parts han efectuat les al·legacions que es poden veure en els respectius escrits presentats en aquesta segona instància. Es va assenyalar per a la deliberació i la votació del recurs el dia 7 de febrer de 2011 .

CINQUÈ . Conforme al que disposen les normes de repartiment, es va designar ponent d'aquest recurs l'Il·lm. Sr. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. La societat demandant reclamava la nul·litat d'un contracte de **permuta** financera de tipus d'interès (coneguda com a swap) sobre la base de dos motius: D'una banda, perquè no havia donat al seu legal representant atribucions suficients per a signar un contracte d'aquesta mena. D'una altra, perquè, atenent a la finalitat i característiques del producte contractat, el consentiment el va prestar per error, ja que no havia estat informat d'una manera suficient de les característiques del producte bancari i de les seves conseqüències.

Paral·lelament a aquesta declaració de nul·litat, interessava com a mesura cautelar que quedés suspesa la pròxima liquidació d'interessos prevista pel 2 de gener de 2011.

La interlocutòria impugnada ha acceptat aquesta mesura. Ho justifica jurídicament sobre la base del que disposa l' *article 726.2 de la LEC* , amb la finalitat d'evitar a la demandant més perjudicis econòmics durant la tramitació d'aquest procés.

La societat financera demandada no hi està d'acord. En el seu recurs defensa que l'atorgament d'aquesta mesura implica una contravenció de la finalitat pròpia i genuïna de les mesures cautelars: assegurar l'efectivitat de la futura sentència que resolgui el fons del tema discutit. En aquest cas no es buscava aquesta finalitat sinó més aviat protegir al demandant d'una manera anticipada. També al·lega que és impossible saber si la pròxima liquidació prevista en el contracte impugnat, de la que es demana la suspensió, implicarà cap pagament a càrrec de la demandant, perquè també seria possible que qui hagués de pagar fos la demandada. Afegeix que la interlocutòria citada per la resolució impugnada no té res a veure amb el cas que ens ocupa. Finalment diu que la resolució apel·lada va més enllà del que demana la demandant, perquè aquesta només va sol·licitar la suspensió de la seva obligació de pagar cas que la liquidació no li resultés favorable però no la de que pagués la demandada en cas contrari, en canvi aquella acorda la suspensió en qualsevol dels cassos.

SEGON. Començarem l'estudi del recurs per aquest darrer motiu, ja que denuncia la suposada incongruència de la interlocutòria impugnada (dóna més d'allò que se li ha demanat).

Si llegim amb una mica d'atenció la demanda, veiem que la mesura cautelar que sol·licita en realitat és la de suspensió de la darrera liquidació d'interessos prevista contractualment, amb independència de quina sigui la part afavorida. I això és el que atorga la resolució de referència,

Per tant, no hi ha cap mena d'incongruència.

TERCER. Els arguments que dóna el recurs, en el sentit que la interlocutòria de primera instància no té en compte quina és la funció autèntica de les mesures cautelars, ens porta a recordar que aquest tribunal s'ha ocupat moltes vegades de definir quina és la finalitat tradicional de les mesures cautelars i els requisits necessaris per acordar-les.

Per exemple a les interlocutòries de 6 d'octubre de 2.004 , 30 de maig, 13 de juny i 21 de desembre de 2.005, 30 de gener, 21 de març i 25 d'octubre de 2.006, 4 de juny de 2.007, 30 d'abril de 2.008 i 7 de gener, 9 de març i 21 de setembre de 2.009 , hem dit *"por definición las medidas cautelares son aquéllas que tienen por objeto asegurar el eventual resultado final de un proceso, garantizando la posibilidad de que se cumpla la resolución que le pone fin, cuando existe un riesgo derivado de su misma duración de que, caso de no adoptarse, se frustre en la práctica lo que se decida judicialmente en su día. Este carácter accesorio de toda medida cautelar resulta del artículo 726.1 de la LEC, así como de su artículo 731.1 .*

Son tres los requisitos necesarios para su adopción, previstos en el artículo 728 de la LEC . De un lado, que se presente un principio de prueba acerca de lo que constituya las pretensiones de quien las solicita, es el tradicionalmente denominado "fumus bonis iuris", o apariencia de derecho. De otro, que se acredite la existencia de un riesgo para la efectividad del derecho que pueda declararse en la sentencia que ponga fin al proceso como consecuencia de su tramitación y duración misma, lo que se conoce con el nombre de "periculum in mora". Finalmente, que se preste caución por el solicitante para responder de los eventuales daños y perjuicios que pudiera implicar para el demandado la adopción de la medida".

QUART. En principi és correcta l'argumentació del recus quan diu que la interlocutòria de la Secció Dotze de l'Audiència de Madrid de 2 de desembre de 2.004, citada a la resolució impugnada, no és aplicable a aquest cas perquè els respectius supòsits de fet són diferents.

Aquella interlocutòria va decidir que els clients d'una acadèmia d'anglès que va deixar de fer classes, també deixessin de pagar de manera cautelar i durant la tramitació del procés les quotes del préstec vinculat a aquests contractes de prestació de serveis. La raó d'aquesta decisió era evitar el perjudici, ni que fos provisional, de continuar pagant sense rebre l'ensenyament contractat.

En el nostre cas el consumidor no ha de rebre cap servei com a contraprestació d'un pagament, perquè el que es va pactar va ser una determinada manera de calcular els interessos, fent una liquidació anual sobre la base de comparar dos tipus diferents: un de variable (euribor) i un de fix.

CINQUÈ. Ara bé, un cop dit tot això, no podem passar pel alt que, a més de la finalitat tradicional de les mesures cautelars explicada més amunt, l'actual LEC permet descobrir-ne una altra.

Són les anomenades mesures cautelars que anticipen el possible resultat d'un procés, o d'algun dels seus efectes, amb la finalitat que no es mantingui durant la seva tramitació una situació que aparentment sembla antijurídica.

Més que d'assegurar l'efectivitat del resultat del procés i de l'execució de la sentència (mesures cautelars tradicionals), procuren que no s'agreugi encara més el perjudici que està patint la part demandant i que vol fer cessar mitjançant la demanda presentada.

Aquestes mesures troben el seu encaix legal en allò que disposa l' *article 726.2 de la LEC* , que permet que el tribunal acordi com a mesura cautelar ordres i prohibicions d'un contingut similar a la pretensió del demandant.

Des d'aquesta perspectiva suspendre les liquidacions pendents segons el contracte quina nul·litat reclama la demandant, és coherent amb la finalitat última del procés, ja que si s'estima la demanda el contracte serà declarat nul, amb la conseqüència que, d'una banda, no es podrà fer cap més liquidació d'interessos i, d'una altra, les parts s'hauran de retornar les quantitats respectivament rebudes per les liquidacions anteriors.

No hi ha dubte que la quantia d'aquestes liquidacions no és gens menyspreable. Amb això volem dir que si es fessin noves liquidacions i el seu resultat fos negatiu per a la demandant, el perjudici que patiria per la perpetuació d'un contracte qüestionat, encara seria més gran. Fins i tot podria arribar a ser irreversible.

SISÈ. Del contingut de l'article citat queda clar que aquestes mesures no deixen de ser cautelars. Per això hauran d'acomplir els mateixos requisits, perquè canvia només la seva finalitat, tot i que els primers els haurem de reinterpretar d'acord amb aquesta darrera.

Pel que fa a l'aparença de dret, no podem passar per alt que estem davant d'una qüestió eminentment jurídica. Això ens porta a considerar que no són poques, de fet podem dir que en aquests moments són la majoria, les sentències d'Audiències Provincials que han declarat la nul·litat d'aquesta

classe de contractes perquè, atesa la seva finalitat i complexitat, les entitats financeres no havien informat d'una manera suficient als seus clients sobre els seus efectes, conseqüències i riscos.

En conclusió, quedaria justificada el que podríem anomenar una alta possibilitat que la demanda prosperés.

Respecte del anomenat "periculum in mora" o risc derivat de la mateixa durada del procés, si l'entendem com hem dit més amunt, és ben evident que també existeix.

Finalment, la demandant ha presentat la caució demanada pel jutjat, sense que l'apel·lant en qüestioni el seu import.

Per tot el que hem exposat, és procedent confirmar la interlocutòria de primera instància.

SETÈ. Malgrat la desestimació del recurs, no podem obviar que estem davant d'una qüestió jurídicament discutida i discutible.

Tant és així que algunes Audiències Provincials han denegat la procedència d'aquesta mesura cautelar, ni que sigui perquè han aplicat els criteris que podríem considerar tradicionals.

Això ens porta a no imposar les costes d'aquesta segona instància a la part apel·lant d'acord amb el que disposen els *articles 394.1, darrer paràgraf, en relació amb el 398.1 de la LEC*.

PART DISPOSITIVA

PRIMER. Desestimem el recurs d'apel·lació presentat per la procuradora Mercè Canal Piferrer en nom de Caixa d'Estalvis del Penedès contra la interlocutòria de primera instància i la confirmem íntegrament.

SEGON. No imposem les costes de la segona instància.

Contra aquesta resolució no es pot presentar cap recurs.

Notifiqueu aquesta Interlocutòria a les parts i deixeu-ne un testimoniatge en aquest Rotlle i en les actuacions originals, que es retornaran al Jutjat de Primera Instància i Instrucció d'on procedeixen.

Així ho ha decidit la Sala, integrada pels magistrats esmentats, que signen a continuació.

DILIGÈNCIA. Seguidament s'acompleix el que han acordat els magistrats. En dono fe.