

Roj: AAP BI 920/2011
Id Cendoj: 48020370032011200046
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 3
Nº de Recurso: 538/2010
Nº de Resolución: 148/2011
Procedimiento: Recurso apelación medidas cautelares previas LEC 2000
Ponente: ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 3ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016664

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-10/017789

A.med.caut.pr.L2 538/10

O.Judicial Origen: Jdo. 1ª Instancia nº 3 (Bilbao)

Autos de Med.caut.coet.L2 4/10

AUTO nº 148

Iltras. Sras.:

PRESIDENTE Dña. Mª CONCEPCION MARCO CACHO

MAGISTRADA Dña. ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

MAGISTRADA Dña. CARMEN KELLER ECHEVARRÍA

En BILBAO (BIZKAIA), a 23 de marzo de 2011

Vistos en grado de apelación por las Iltras. Sras. Magistradas del margen los presentes autos de Medidas Cautelares nº 4/10 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao y seguidos entre partes, como apelante CAJA DEL MEDITERRANEO, dirigido por el Letrado Sr. Gonzalo Eizaga Aranzadi y representado por el Procurador Sr. Smith Apalategui y como apelados Delia y Julio , dirigidos por el Letrado Don. Julio y representados por la Procuradora Sra. Ezcurra Fontán.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto apelado en cuanto se relacionan con el mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que el referido auto de instancia, de fecha 10 de junio de 2010 tiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA: 1.- ACCEDIENDO a lo solicitado por doña Marta Ezcurra

Fontán, en nombre y representación de Delia y don Julio , se acuerda la adopción de la medida cautelar de suspensión de las liquidaciones del SWAP objeto de la demanda.

2.- La anterior medida cautelar se ejecutará una vez que la parte solicitante preste la siguiente caución: cuarenta mil euros (40.000,00) euros, de cualquier forma admitida en derecho, excepto la personal, a constituir en el plazo de quince días.

3.- Constituida la caución, llévase testimonio de esta resolución a los autos principales."

SEGUNDO .- Que notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandado se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, que admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, y personamientos de las partes, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 538/10 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Habiendo sido denegada la prueba documental propuesta por el apelante, en providencia de fecha 12 de enero pasado se señaló el día 16 de marzo de 2011 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

CUARTO .- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ.** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Insta la representación de Caja de Ahorros Mediterráneo la revocación de la resolución recurrida en cuya virtud se adoptaba la Medida Cautelar de suspensión de determinados contratos (a saber CAP e IRS ¿ Interest Rate Swap -como indica la parte apelante en adelante contratos), que en el mes de Febrero de 2008 suscribieron los instantes de las Medidas Cautelares y en concreto el referido a Swap suscrito con CAM. Incidía la parte apelante que los instantes de las Medidas Cautelares solicitan la mismas señalando la existencia de apariencia de buen derecho basada únicamente en el informe pericial de parte, la concurrencia de peligro de mora procesal basando tal afirmación en que las liquidaciones con motivo SWAP producen un gravísimo daño patrimonial en el negocio de farmacia que regentan los instantes y por último instaban como caución para responder de los daños y perjuicio la cantidad de 10.000 euros desde tales determinaciones y del contexto que relataba señalaba como motivo del recurso que no se cumplen los requisitos determinados y necesarios para la adopción de las Medidas Cautelares: Así y en primer lugar estimaba que las medidas cautelares y de conformidad con lo dispuesto en el *art 728 de la LEC* no se acordarán cuando con ellas se pretendan alterar situaciones de hecho consentidas. Explicaba y mostraba su disconformidad con la resolución recurrida cuando determina que la viabilidad de la medida cautelar no se ve enervada por una supuesta aceptación durante meses de la situación de hecho y ello lo justificaba en la mayor laxitud cuando no nos hallamos en una situación estática, y en definitiva en la constatación de los índices de referencia. Por el contrario argumentaba la parte apelante, que y como se desprende del tenor del precepto mencionado se excluye la posibilidad de acordar medidas cautelares cuando durante largo tiempo se haya consentido la situación. Ello, argumentaba, tiene como fin evitar que el solicitante pretenda de forma fraudulenta y por medio de la medida cautelar poner fin o suspender una relación jurídica que lleva aceptando. En el caso señalaba, las instantes de las medidas cautelares no han justificado la razón por la cual durante un año han consentido situaciones negativas. Incidía que y frente al error que se alega en la contratación SWAP se aceptan, las primeras situaciones positivas pero no se aceptan las situaciones negativas posteriores. Señalaba que las liquidaciones positivas y negativas han sido consentidas con independencia del Euribor si bajaba o subía, la valoración de si ha existido consentimiento contractual, error, no puede hacerse depender de factores ajenos a la voluntad de los propios instantes, tal y como parece entender el Juzgador sino de la propia conformidad con los hechos objetivos. Incidía en el criterio de oportunidad que otorga el juzgado a los instantes dejando en suspenso la presentación de la solicitud de medida cautelar a la espera de ver si se producía un cambio en el índice Euribor que les favoreciera. En segundo lugar y desde los argumentos que analizaba incidía en la ausencia de apariencia de buen derecho que justifique la pretensión. Determinaba y desde la documentación aportada del ¿contrato Interest Rate Swap y Option Cap la carta guía Mifid y carta de la CNMV- que no son suficientemente justificadores de la pretensión y lo único que evidencian dichos documentos es la existencia de un vínculo contractual perfectamente válido y vigente que obliga a las partes a su cumplimiento. Por demás y desde el error que se alega de contrario la propia resolución afirma que dicho error no se presume. Por demás mostraba que la actora no había justificado suficientemente la situación de peligro por mora procesal. Señalaba en este

punto los argumentos que a tal fin estimaba pertinentes.

La parte apelada instaba la confirmación de la resolución recurrida al estimar y por los argumentos que analizaba a lo largo de su escrito de oposición al recurso la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO .- Como es sabido la representación de la Sra. Delia y del Sr. Julio instaron medidas cautelares a saber suspensión de las liquidaciones del SWAP objeto de demanda y ello de forma coetanea a la interposición de la demanda ordinaria que frente a la entidad CAM y durante la sustanciación del procedimiento principal. La demanda principal tenía por objeto a la vista de su redacción aquí sucintamente expuesto lo siguiente: Declaración de nulidad de los contratos de productos financieros IRS-Interest Rate SWAP y CAP Option CAP permuta financiera y en su correspondiente contrato Marco y de fecha 15 de febrero de 2008 por adolecer de vicios de la voluntad en la prestación del consentimiento a los mismos por parte de los actores y ello, en función del nulo conocimiento de los riesgos que asumían con su firma. Así, señalaban, que la Sra. Delia farmacéutica adquirió su oficina de farmacia y para ello junto con quien la demanda dirige -¿Letrado de profesión- de forma simultánea se contrataron dos préstamos hipotecarios uno con garantía inmobiliaria y otro con garantía mobiliaria superiores en cada caso al 1.500.000 euros. Se suscribieron múltiples contratos dirigidos a la puesta en funcionamiento de la farmacia. Antes de la firma del contrato, antes de ofertarlo, incluso y desde las explicaciones que, expresa, se tenía preparado el contrato marco de operaciones financieras (CMOF) en definitiva de permutas swap y cap. En definitiva residenciaba el error que justificaba la nulidad de los contratos predicados en: 1) Que en explicación "sin exageración" de menos de tres minutos se indicó por la entidad financiera y por su voz obviamente el personal de la sucursal, que se firmaba un contrato de seguro de la hipoteca mobiliaria sobre el fondo de comercio de la oficina de farmacia, que aseguraba contra posibles subidas de tipos de interes. Esto es, que cualquier subida de los tipos de interes de la hipoteca era cubierta por el seguro. En sede de estas circunstancias se firmó el contrato de permuta financiera. Obviamente, y desde las explicaciones que determinaba, lo firmado fue todo menos un contrato, en su funcionamiento, relativo a la enunciación y determinación "cobertura de riesgo de interes". Igualmente y desde la explicación y funcionamiento de los contratos suscritos incidía en el desequilibrio que con los mismos se propiciaba teniendo en cuenta que ante bajadas de tipo de interes el cliente paga y pierde sin límite por el contrario si hay fuertes subidas de interes no se resarce al cliente ya que solo se le abona y cubre una subida muy pequeña. Por otro lado reseñaba la desvinculación y absoluta independencia del crédito hipotecario del producto SWAP toda vez que aún amortizando anticipadamente el mencionado crédito sigue subsistiendo la obligación de pago Swap. Desde tal consideración señalaba y por demas que, ha hecho frente a un abono de 44.202 euros frente apenas 7.997,10 euros. 2) Denunciaba como motivo de la nulidad la falta de información adecuada, y en función de la directiva MIFID y en ello la falta de realización del test de conveniencia o de idoneidad del perfil inversor. Desde luego, se parte de la consideración ¿fundada en el informe que aportaba- de la complejidad del producto endiñado.

TERCERO .- Expuestas las premisas precedentes es una obviedad que para acordar las medidas cautelares han de concurrir los siguientes requisitos : a) El periculum in mora que es un presupuesto de la adopción de la medida cautelar que se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilatación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva, que puede provocar que, durante ese tiempo el demandado se coloque en una situación de insolvencia. Así el periculum in mora encuentra su fundamento en la necesaria respuesta inmediata que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, en aquellos supuesto en los que la mora interposición de la demanda puede llevar al demandado a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena. b) La apariencia de buen derecho. Constituye otro presupuesto de adopción de la medida cautelar. Así se trata, en definitiva, de que el solicitante aporte los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal un juicio provisional favorable al fundamente de su pretensión. C) La caución que tiene por finalidad garantizar los daños y perjuicios que la respuesta rápida y efectiva de la adopción de la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado. En palabras de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sec. 1ª, A 28-4-2006 "... SEGUNDO.- Ha señalado reiteradamente esta Audiencia , entre otros en autos de fechas 16-6-2005 , 13-3-2006 , 24-3-2006 y 29-3-2006 , que la prosperabilidad de cualquier medida cautelar se basa en la justificación del derecho que se reclama, «bonus fumus iuris o titulo», por cuanto carecería de sentido el aseguramiento de la efectividad de una sentencia si desde el principio no se ofreciese justificación alguna del derecho que se pretende se reconozca en la resolución definitiva y en el «periculum in mora», esto es, que exista peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia pueda dar lugar a su ineficacia real, de modo que únicamente cuando la situación jurídica cautelable se presente como probable con una probabilidad cualificada, de manera que, según la doctrina más autorizada, podrá darse entrada, desde la apariencia de buen derecho, a la medida cautelar, para los casos en que la existencia de un peligro de daño jurídico pueda derivar del retardo, a veces necesario -juicios de extrema complejidad- en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales encomendadas a los Jueces en el art. 117 de la Constitución EDL1978/3879 , como declaró entre otras muchas la S.A.P. Madrid Sección 19 de fecha 27-5-1999 , requisitos a los que apunta igualmente la S.T.C.

29-4-1993 EDJ1993/4006 , que razonó que, aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris); añadiendo, la referida resolución del T.C. que, de otro lado, habrá de valorarse el perjuicio que (en el caso en ella enjuiciado, para el interés general) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada; apuntando el A.T.S. 3-5-2002 EDJ2002/52437 que bajo la rúbrica «Peligro de Mora», dispone el *art. 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 EDL2000/77463* que «sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» y que la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro; apuntando el A.A.P. Madrid (Sección 21ª), de 27-4-2004 EDJ2004/124571 , que la apariencia de buen derecho debe alegarse y probarse por quien solicita la medida; aportando elementos bastantes que permitan, de entrada, comprobar la existencia verosímil de ese derecho, sin perjuicio de que sea en el proceso principal donde habría que probar de forma cumplida su realidad; no bastando con alegar la apariencia de buen derecho sino que es preciso justificarla indiciariamente, aportando prueba proporcionada, para que el órgano de instancia pueda presumir al menos la realidad de la pretensión inicial, lo que ese necesario para evitar abusos, y utilizations espúreas de este mecanismo legal; exigiéndose, de otro lado, al peticionario de la medida que alegue y pruebe las circunstancias de las que infiera fundadamente la inminencia de un peligro para la efectividad de la sentencia estimatoria que solicita, y la identificación individualizada del riesgo concreto que entienda se puede cernir sobre la efectividad del pronunciamiento postulado, pues en función de unas y otros es como ha de juzgarse la idoneidad de la singular medida solicitada, conforme a lo dispuesto en el *artículo 726.1.1ª de la L.E.C EDL2000/77463* ; no bastando para que se admita la concurrencia de este presupuesto utilizar fórmulas estereotipadas que reproduzcan con mayor o menor fidelidad la dicción del precepto ni utilizar la medida como forma de evitar peligros actuales o riesgos ya actualizados, sino que únicamente, proceden respecto de «situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente»; siendo, por último, preciso que se preste caución , es decir, garantía económica para asegurar la obligación pecuniaria, requisito sin el que no procede la adopción de la medida y además presupuesto de su concesión, según se desprende de los *arts. 727.3 y 732.3* , que previene que en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución , especificando de que tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone; siendo igualmente reiteradas las resoluciones que recuerdan que ha de concretarse el tipo y cuantía de la caución ofrecida y justificar el importe que se propone para que el Juzgado pueda valorar su eficacia para cumplir su función y sopesar la suficiencia de lo ofrecido para responder, como indica el *art. 728.3* , de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado...". Y que en definitiva todos los requisitos han de ser concurrentes.

CUARTO .- Expuesto lo que antecede y en relación a la apariencia de buen derecho que como se indica no puede convertirse en un análisis pormenorizado de la demanda principal hurtando así obviamente lo que constituye un juicio ordinario, sino un juicio de probabilidad, y es lo cierto que "a priori" y en relación al juicio de probabilidad que efectivamente no sobre bases externas sino sobre la propia determinación de la falta de información alegada, y clara inexistencia del test de perfil de inversor y la sin duda complejidad del producto inciden.

La cuestión que se suscita por la parte apelante viene a residenciarse en que los demandados han consentido en definitiva de una forma casi caprichosa en la consolidación de una situación de liquidaciones durante un largo tiempo aceptando solo lo favorable que no fue atacado y no lo desfavorable cuando en definitiva se apoya en un elemento de error en la contratación. Señalaba la infracción que en relación a ello la adopción de las medidas cautelares supone respecto al principio de no alteración de situación de hecho. Entiende esta Sala que no puede darse el giro que pretende la parte apelante a la actuación de los actores hoy apelados. En efecto, si bien la resolución recurrida parece hacer depender del factor de los intereses la constatación durante un año de liquidaciones favorables para denunciar y desde la laxitud que predica, las liquidaciones desfavorables. Sin embargo, tal consideración esta Sala no puede predicarla desde la literalidad en el giro que como decimos la parte apelante pretende darle. En efecto, no se ha controvertido aquí en el ámbito de las medidas cautelares las liquidaciones que pone de manifiesto en su cuantificación la parte apelante, en su favor y en su contra, y cuando menos no consta cuantías diferentes, o cantidades realmente saldadas diferentes, con independencia de conceptos bancarios que pudieran incrementar los saldos como en momentos de su discurso sugiere la entidad CAM. La realidad es que, y con diferencia, el

saldo es favorable a la citada entidad, y es obvio que en determinación se incide la propuesta de una suerte de seguro de tipos de interés, debiéndose insistir en que ello por otro lado no supone que el producto permita inferir las radicales consecuencias que conlleva a salvo lógicamente un conocimiento en determinadas inversiones en que por demás no se ha hecho un test o perfil de inversor. Por demás, no cabe aducir que existiera un aquietamiento en forma absoluta de situación consolidada.

En cuanto al peligro de mora procesal han de compartirse los criterios que determina la resolución recurrida es cierto que el mismo y como señala la resolución Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 31 de Marzo de 2010 requiere la determinación de un plus y la necesidad en definitiva de justificar las razones de viabilidad empresarial, que la carga financiera supondría y en base a futuro. Pero es que sin duda la situación no puede ser exactamente parangonable a la que dicho auto y con ser verdad lo en el afirmado se contempla. En el presente caso nos encontramos con un negocio individual farmacia, y con unas cargas evidentemente financieras ya en si mismas y que en abundancia con lo que la que se determina de los contratos cuya suspensión se previene, permite como lo hace la resolución recurrida inferir la grave situación que se predica.

Por demás es obvio, que la fianza que ha sido determinada sin duda supone superación básica del perjuicio de la suspensión contractual.

Lo que antecede lleva a la desestimación del recurso interpuesto.

QUINTO .- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 398 de la LEC* y teniendo en cuenta la dudas de derecho que se suscitan no procede hacer expreso pronunciamiento respecto de las mismas.

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

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE CAJA DEL MEDITERRÁNEO Y CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL JUZGADO DE INSTANCIA Nº 3 DE LOS DE BILBAO EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES Nº 4/10 Y DE QUE ESTE ROLLO DIMANA Y CONFIRMAMOS DICHA RESOLUCIÓN TODO ELLO SIN EXPRESO PRONUNCIAMIENTO EN COSTAS , con pérdida del depósito constituido por el apelante.

Contra la presente no cabe interponer recurso.

Firme que sea el presente auto, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por este nuestro auto del que se unirá certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.