

Roj: AAP M 5188/2011  
Id Cendoj: 28079370142011200051  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 14  
Nº de Recurso: 776/2010  
Nº de Resolución: 78/2011  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: PABLO QUECEDO ARACIL  
Tipo de Resolución: Auto

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 14**

**MADRID**

**AUTO: 00078/2011**

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14**

**MADRID**

**Rollo: RECURSO DE APELACION 776 /2010**

**AUTO Nº**

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL

AMPARO CAMAZON LINACERO

JUAN UCEDA OJEDA

En MADRID, a treinta y uno de marzo de dos mil once.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 120/2010, procedentes del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 1 de COLMENAR VIEJO, a los que ha correspondido el Rollo 776/2010, en los que aparece como parte apelante EUROGROUP SOLARISS 2000, S.L., representada por el procurador D. CARLOS SÁEZ SILVESTRE, en esta alzada, y asistida por el letrado D. JUAN IGNACIO NAVAS MARQUÉS, y como apelado CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, representada por el procurador D. ARMANDO GARCÍA DE LA CALLE, en esta alzada, y asistida por el letrado D. CARLOR GARCÍA DE LA CALLE, sobre medidas cautelares, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PABLO QUECEDO ARACIL.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Colmenar Viejo (Madrid), en fecha 7 de junio de 2010 se dictó auto , cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Debo denegar y deniego la solicitud de medidas formulada por la Procuradora Doña Soledad García Galán, actuando en representación de la mercantil EuroGroup Solaris 2000, S.L., y condenar a la actora al pago de las costas causadas."

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante EUROGROUP SOLARISS 2000, S.L., al que se opuso la parte apelada CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 9 de febrero de 2011.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales, excepto en el plazo para dictar sentencia, debido al cúmulo de asuntos pendientes de resolución.

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

Se aceptan los fundamentos jurídicos del auto apelado que no se opongan a los de este.

**PRIMERO.-** La parte actora se alza contra el auto de instancia, que denegó la media cautelar de suspensión de la vigencia del contrato de **permuta** de tipo de intereses entre los litigantes.

Estima que se ha producido error en la valoración de la prueba, relativa a la concurrencia de todos los requisitos para la adopción de la medida cautelar solicitada.

Con respecto del primer requisito de apariencia de buen derecho, estima que con la documentación aportada a los autos hay bastantes elementos de juicio para acreditar la apariencia de buen derecho. Se aporta el contrato marco de operaciones financieras, la suscripción del swaps, el cuadro de amortización de cobertura, los movimientos a su favor y en su contra, las reclamaciones efectuadas, la opinión del servicio de reclamaciones del Banco de España en casos similares, y un informe pericial que demuestra que la operación es puramente especulativa, de alto riesgo, y que se hizo ocultándole información.

Creía que contrataba un seguro de cobertura de tipos de interés de la hipoteca concedida por el demandado para la compra de un inmueble, y lo hizo fundado en la confianza que le merecía el director de la oficina bancaria con la contrato, pero fue víctima de un engaño.

Respecto del peligro en la demora la situación es clara. Durante los primeros tiempos de vigencia del contrato percibió 4.323,50 # pero después, y desde uno de julio de 2009 hasta 1 de enero de 2010, ha pagado al banco demandado la cantidad de 20.730,66#, y eso sin pensar en los ulteriores devengos que se produzcan a lo largo de la tramitación del pleito. De mantenerse la circunstancias actuales, pagaría al final del contrato la cantidad de 287.002,32#; y de un contrato que era para protegerlo de las subidas de tipos de interés.

**SEGUNDO.-** No compartimos la opinión del Juez de Instancia en torno a la apariencia de buen derecho, aunque con muchas dudas.

En contratos especulativos y de alto riesgo como el que nos ocupa, deben exigirse con especial rigor los deberes precontractuales de información, que debe ser exquisita, clara, precisa, exhaustiva, y comprensible para el cliente no experto en cuestiones financieras.

Esa exigencia de pulcritud y exhaustividad de la información viene impuesta desde las normas generales de la contratación, para que pueda cumplirse la libertad de pacto del *Art. 1255 C.C.* en plano de perfecta igualdad entre los contratantes, y excede de la diligencia ordinaria de un buen padre de familia, para situarse en la diligencia profesional de un leal y honesto comerciante; de un honorable banquero.

El segundo nivel de exigencia viene impuesto por la normativa de protección de los consumidores, en el bien entendido aspecto de que los contratos bancarios son contratos de adhesión y sujetos a condiciones generales de contratación.

El tercer nivel de exigencia proviene de la normativa especial sobre las entidades financieras y sus operaciones, y en especial las del tipo que nos ocupa.

Nos referimos a los *Arts. 63.1 A) y D), 63.2, 70 y 79 bis) de la Ley 24/88 de 24 de julio del Mercado de Valores* reformada por *Ley 47/07 de 19 de diciembre del Mercado de Valores*, dirigidos a las empresas de servicios de inversión, y que diseñan un sistema de protección de la transparencia del mercado y de los intereses de los inversores profesionales o minoristas. En particular las exigencias de los *Arts. 79 y 79 bis* sobre la transparencia y deber de información imponen un tipo de comportamiento muy riguroso, basado en la obligación de cumplir el encargo de sus clientes, administrando las carteras de valores confiadas con diligencia y transparencia, en interés del cliente y en defensa del mercado.

Deben separar la gestión de cartera de clientes de la propia de la entidad; no cabe el totum

revolutum, y de existir conflictos debe primar el interés de los clientes sin distinción ni discriminación alguna por tipo, categoría, o importancia de la inversión, y desplegar la misma diligencia que se emplea en la administración y gestión de la cartera propia.

Deben recabar de sus clientes toda la información necesaria para la mejor administración de las inversiones y valores confiados, informarlos sobre la situación de la cartera, y de las incidencias del mercado que puedan influir en la administración, responder las consultas de los clientes, no tomar posiciones por cuenta propia, etc. *ex Art. 79 de la LMV*.

Las obligaciones expuestas se reforzaron por el *Art.8.1 del Rdtº 867/2001 de 20 de julio*, afirmándose generalmente la responsabilidad del empresario por la infracción de las normas de conducta expuestas, amén de las generales que impone el *Art.259 C.Co*.

Por su parte, la *directiva comunitaria 2004/39* de la CE sobre los mercados de instrumentos financieros, desarrollada por la *directiva CE 2006/76*, traspuestas ambas a nuestro derecho, y el *Reglamento CE. 1287/2006*, obligan a someter al cliente a un test; test MIFID, para obtener su cultura **financiera**, y conocimiento de los mercados, clasificarlo como minorista o profesional, ponerle de manifiesto la naturaleza y riesgo de los instrumentos financieros ofertados, y valorar si el producto es adecuado a las necesidades del cliente.

**TERCERO.-** Respecto del contrato que nos ocupa, tachado en múltiples ocasiones de abusivo y engañoso, se hace eco el informe anual del Defensor del Pueblo de 27-11-2009. Nos dice: "Se ha denunciado el uso por parte de las entidades de productos financieros que posibilitaban la **permuta** de los tipos de interés aplicados a los préstamos hipotecarios. Estos productos, técnicamente complejos, con múltiples denominaciones, considerados como productos de alto riesgo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se ofertaban como un producto que aseguraba el tipo de interés. La percepción de los ciudadanos era que el producto consistía en un tope para la subida del euríbor, pero en realidad consiste en un seguro, que pagaba el hipotecado, facilitando que la entidad mantuviera los tipos de interés aun en el supuesto de que el euríbor bajara. Era, por tanto, un seguro pensado para cubrir los riesgos de las entidades, seguro que pagaba el cliente, y que mantenía los tipos de interés para la entidad, y no para el propio cliente. La operativa de las entidades que denunciaban los afectados se producía de la siguiente manera: Una persona de responsabilidad de la sucursal de la que eran clientes contactaba con ellos ofreciéndoles un producto que les protegería de las continuas subidas del euríbor. Éste tenía un coste que incrementaba ligeramente la cuota hipotecaria, pero evitaría que superara ciertos límites. Estos límites se situaban por encima del diez por ciento de interés y los productos se ofrecieron cuando el euríbor se situaba por debajo del 5 por 100. Los préstamos vigentes se convertían con este contrato adicional en tipos fijos, de modo que el cliente pagaba a la entidad una cuantía unificada, y solían aceptarla considerando que en los dos últimos años el tipo de interés había subido de forma constante.

Los clientes no detectaban la verdadera naturaleza del contrato porque la tendencia era alcista, pero cuando el euríbor comenzó a descender y los tipos bajaban continuamente, los clientes se encontraron con que su cuota hipotecaria era muy inferior a la que venían pagando, sin embargo, junto con ésta existía un concepto adicional (con variadas denominaciones, "SWAP", "IRS", etc., que se sumaba de forma inseparable a la cuota hipotecaria. Como ejemplo, aquellas cuotas que rondaban los 1.400 euros se incrementaron hasta los 1.500 cuando firmaron el contrato, y cuando los tipos bajaron, las cuotas hipotecarias que rondaban los 1.000 euros, añadían los otros 500 en concepto del citado contrato. Cuando los afectados comprenden el funcionamiento del "seguro", tratan de cancelarlo. Las entidades les informan de que en el contrato figura una cláusula que permite a la entidad cobrar una comisión de cancelación, que podía alcanzar los quince o veinte mil euros, y que supone, de hecho, pagar las cuotas restantes hasta que finalice el plazo contratado que era, de forma habitual, entre dos y cinco años. En un primer momento el Banco de España consideró que estos productos deberían ser objeto de una mejor información para los usuarios de las entidades bancarias, pero posteriormente cambió de criterio y estimó que, de acuerdo con la *Ley 26/1988, de 29 de julio*, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, no existe un deber específico de información sobre el riesgo que los clientes asumen en la contratación de estos productos y que desconoce la información verbalmente facilitada. También considera el Banco de España que no está comprendida en sus competencias la facultad de indagar sobre la actuación que el personal de las citadas entidades desarrolla en la comercialización de los productos de su empresa, puesto que debido a la naturaleza de las mismas, son los Juzgados y Tribunales quienes han de resolver el conflicto.

De hecho, los tribunales no han sentado una doctrina uniforme en la materia, pero el propio Banco de España considera que los productos vinculados, como es el presente caso, deben ser objeto de un análisis conjunto con el producto principal, para la mejor protección de los usuarios, pero también interpreta que en

la medida en que la cuantía final que paga el usuario es la misma en el caso de contratar un préstamo hipotecario con un tipo variable más el contrato de **permuta financiera** que si hubiera contratado un tipo de interés fijo, se cumplen los fines que la norma de protección regula, puesto que el *artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre*, de medidas de reforma económica, establece que las operaciones de tipo fijo no requieren una protección adicional. Por otro lado manifiesta su opinión, como organismo regulador, que el hecho de que estos contratos solo beneficien a la entidad es una cuestión casuística y competencia de los Tribunales de Justicia.

El Defensor del Pueblo defiende la opinión de que estos productos fueron contratados por usuarios que pretendían protegerse frente a las subidas de tipos, y no frente a posibles bajadas que eran, de hecho, deseadas por ellos, por lo que no se facilitó una información transparente que permitiera a los clientes elegir libremente, máxime cuando las entidades financieras conocen con antelación la evolución del sector. Esta falta de libertad es lo que debería inducir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España a manifestar una opinión más rotunda respecto de las prácticas comerciales de las entidades que regula, por cuanto que abocar a los usuarios a una demanda judicial, cuyo resultado siempre será incierto, supone dejar impunes conductas que debieran, al menos, ser objeto de una investigación severa y adecuada a la gravedad del problema manifestado. Estas quejas están siendo aún objeto de investigación (09006030, 09008467, 09008468, 09009315, 09009389, 09010111, 09010766, 09011062, 09011088, 09011120, 09012526, 09012971, 09012972, 09013045, 09013762, 09013814, 09013872, 09014080, 09014237, 09014717, 09015711, 09017327, 09017817, 09018258, 09018475, 09019318, 09019365, 09019456, 09019622, 09019639, 09020326 y 09020430, entre otras muchas)."

**CUARTO.-** Con arreglo a las ideas expuestas hemos examinado el contrato de autos formado por dos elementos: el contrato marco de operaciones financieras y el de suscripción de swap. El conjunto es el de un contrato bilateral, oneroso, atípico, y aleatorio, cuya aleatoriedad se basa en las fluctuaciones del mercado financiero, y en concreto de los tipos de interés referenciados al Euribor que actúa como subyacente. Si el tipo de interés evoluciona al alza, el banco abona la diferencia al cliente, y si baja es el cliente el que paga al banco.

Desde luego no es un contrato de seguro ni nada que se le parezca porque no reúne las características del contrato de seguro del *Art. 1 L.C.S.*, definido como: "aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas."

En el ámbito de los swap existe la aleatoriedad, pero no existe la prima anual como cantidad fija, predeterminada de inmutable que se paga de una sola vez, o de forma fraccionada, ni el traslado al patrimonio del asegurador de las consecuencias del hecho dañoso previsto en la póliza, y dentro de los límites de cobertura pactados.

El cliente medio, sin formación jurídica ni **financiera**, puede entenderlo como un seguro que le garantiza frente a la subida de los tipos de interés. La idea global que percibe el siguiente es que compra un seguro, que le protege de ese riesgo, pero no repara en la cara oculta de la bajada de tipos, ni en el riesgo global del contrato sometido a factores muy complejos, y que deben interpretarse a la luz de sofisticados análisis financieros sobre las magnitudes macroeconómicas de las que depende la evolución del subyacente; el euribor.

Salvo la noción común de que el cliente cobra del banco si sube el euribor, o paga el cliente en caso contrario, el funcionamiento del contrato es de difícil comprensión, su terminología es difícil, y el desarrollo de las complejas formulas matemáticas que contiene requiere conocimientos de matemáticas financieras, que no están al alcance del común de los inversores.

Ante las quejas del actor, y la exhaustividad de la información exigida por la legislación especial, de la que incluso se ha hecho eco el Defensor del Pueblo, podríamos llegar a la conclusión de la concurrencia de la apariencia de buen derecho, pero siempre dentro de la superficialidad exigible en sede cautelar, y aun en este caso con muchas dudas dado el resultado del test mifid ,f.157, realizado al representante legal de la actora en su condición de representante legal de otra empresa administrada por él.

**QUINTO.-** Donde no podemos dar satisfacción al apelante es en la demora procesal, y en la naturaleza de la medida que se propone.

La demora procesal porque la concepción de la demora no se ajusta bien al contrato que nos ocupa.

La demora tiene como presupuesto el mantenimiento de una situación cautelable basada en el riesgo de pérdida o deterioro del objeto del proceso, durante el tracto procesal, y que puede hacer ilusoria la ejecución de la sentencia futura, pero en este caso, y dada la volatilidad del subyacente, la situación puede variar sustancialmente, hasta hacer desaparecer la situación cautelable y trasladar el riesgo a la parte contraria. En los días en que se redacta esta resolución, la sección de economía de la prensa de información general escrita, y la prensa económica especializada hablan de posible subida del euríbor al que esta referenciado el contrato.

Dicho de otro modo, la situación cautelable no es única y unidireccional, es variable y bidireccional, y en ella influye muy poco el tiempo procesal durante el que puede agravarse el riesgo actual. El devenir económico extraprocesal puede hacer variar la situación en muy poco tiempo, y hacer del contrato litigioso un magnífico negocio para el recurrente, hasta el punto de eliminar la apariencia de buen derecho del solicitante; de ocasionar la pérdida de objeto procesal.

En la naturaleza de la medida que se propone tampoco estamos de acuerdo.

Salvo las cuestiones meramente procedimentales de unidad del procedimiento, la regulación de las medidas cautelares no sigue un sistema único, sino múltiple en el que conviven instituciones de naturaleza radicalmente distinta, que a la postre llevarán a la exigencia de requisitos distintos, o a darles cobijo mediante la ampliación del examen de los ordinarios, endureciendo parte de su contenido.

En parte mantiene la concepción clásica de las medidas cautelares como tutela homogénea en función del derecho discutido, y método preventivo de protección y aseguramiento del fallo.

A la vez acepta otras más modernas y agresivas, que nada tienen que ver con el aseguramiento preventivo y homogéneo del fallo, sino con su anticipación más o menos definitiva, a modo de procesos sumarísimos de protección, en los que la tutela se agota con la adopción de la medida.

El *Art.728 L.E.C.* es el ejemplo paradigmático. Excede de la concepción de la cautelaridad como mecanismo de protección del derecho frente a la demora procesal, definida en el *Art.726.1.1.ª L.E.C.*

Mientras el *art.726.1.1ª* es la norma general clásica de las medidas cautelares, inspirada en la demora procesal como tiempo necesario para el otorgamiento de la tutela, y cuyo transcurso puede hacerla ilusoria, el *Art.728 L.E.C.* habla de remoción de situaciones anteriores, que obviamente nada tienen que ver con la demora procesal.

En realidad el *Art.728 L.E.C.* instaura un sistema de tutela sumarísima, en el que el juicio de lo que sean situaciones anteriores largamente consentidas no parece fácil.

Entendemos que una cosa es el estado anterior largamente consentido y sin riesgo alguno, sobre el que es imposible la adopción de medidas cautelares porque no existe situación cautelable.

Otra bien distinta es la existencia de conflictos pasados, resueltos favorablemente en favor de uno de los litigantes, y que como situaciones pasadas no entrañan riesgo cautelable.

Por último, es hipótesis radicalmente contraria a las anteriores aquella en que producido el riesgo, la situación no se haga cesar o se consienta a vista, ciencia, paciencia y conciencia del legitimado para resistirla. En el primer caso procederá la medida cautelar, en el segundo será situación consentida irremovible de acuerdo con el *art.728 L.E.C.*, y aun así con matices.

En este último supuesto, la valoración se traslada a la situación de peligro, y a su actualidad y permanencia en el tiempo, en función de la naturaleza de la situación que se quiere eliminar y de la medida elegida para ello.

En materia de propiedad industrial una semana puede ser una eternidad sin ejercer la acción de cesación, en cambio en materia de propiedad inmobiliaria una semana es insignificante y más insignificante aun si la medida es de simple aseguramiento por anotación en registros públicos; anotaciones preventivas de demanda, que no remueven situaciones anteriores consentidas si, no que aseguran una situación de hecho vigente; conservando el estatus quo y dificultando su modificación.

En este caso la medida cautelar no es homogénea. Lo homogéneo sería el depósito y embargo de las cantidades que, en un sentido o en otro, se fueran devengando para dejarlas sujetas a la restitución típica

de la nulidad, previa compensación liquidatoria si fuese el caso.

En cambio, la suspensión de la vigencia del contrato adelanta las barreras de la protección al campo de la sumariedad, suspendiendo la eficacia del contrato en ambos sentidos, de modo que la resolución de fondo favorable al actor no añadiría nada nuevo a la tutela pretendida; no le daría mas tutela que la otorgada en sede cautelar.

La modificación, o extinción, de relaciones jurídicas obliga a esperar, y a no someterlas a la volatilidad de ciertos indicadores económicos; seria pavorosa la creación, modificación, o extinción provisional de contratos en sede cautelar, y dependientes de las variaciones de los mercados financieros.

Por último, el tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato hasta la fecha de la demanda es excesivo; la orden de suscripción del Swap es de 18-5-2006, la firma del contrato marco de operaciones financieras es del día siguiente, y la demanda es de 8-2-2010; mas de tres años después y cuando comienzan las pérdidas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA: DESESTIMAMOS** íntegramente el recurso de apelación, articulado por la representación procesal de **EUROGROUP SOLARISS 2000 S.L.**, contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de los de Colmenar Viejo, en sus autos de medidas cautelares previas Nº 120/10, de fecha siete de junio de dos mil diez.

**CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución, e **IMPONEMOS** las costas de esta alzada al apelante.

Se declara la pérdida del depósito constituido para apelar, al que se dará, por quien corresponda, el destino legal.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del *artículo 248.4 de la LOPJ* .

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

**PUBLICACIÓN :** En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**DILIGENCIA :** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.