

Roj: AAP BI 419/2011
Id Cendoj: 48020370032011200003
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 3
Nº de Recurso: 2/2011
Nº de Resolución: 203/2011
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. 48.04.2-10/022752

A.med.caut.pr.L2 2/11

O.Judicial Origen: Jdo. 1ª Instancia nº 10 (Bilbao)

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

A U T O Nº 203

Iltrmas. Sras.:

PRESIDENTE Dña. **MARIA CONCEPCION MARCO CACHO**

MAGISTRADA Dña. **ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ**

MAGISTRADA Dña. **CARMEN KELLER ECHEVARRÍA**

En Bilbao, a dieciocho de abril de dos mil once.

Vistos en grado de apelación ante la Sala Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de medidas cautelares coetaneas nº 4/10 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao y seguido entre partes: como apelante: CAJA DEL MEDITERRANEO CAM representada por el Procurador D. Guillermo Smith Apalategui y dirigida por el Letrado Sr. Gonzalo Eizaga Apalategui; y como apelado: Dª Salvadora representada por la Procuradora Sra. Ezcurra Fontán y dirigida por el Letrado Sr. García Abendaño.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que la referida resolución de instancia, de fecha 14 de septiembre de 2010 es del tenor literal siguiente: "**PARTE DISPOSITIVA** Que ESTIMANDO como ESTIMO, la demanda de medidas cautelares presentada por la Procuradora Dña. Marta Escurra Fontán, en nombre y representación de Dña.

Salvadora contra la Caja de Ahorros del Mediterráneo, debo acordar y acuerdola adopción de las siguientes medidas:

1ª.- Suspender durante la sustanciación del juicio las liquidaciones del contrato de Interest Rate Swap objeto de la demanda, suscrito entre las partes,

2ª.- La parte demandante deberá presentar ante este Juzgado, antes del cumplimiento efectivo de la medida acordada, dentro de los diez días siguientes a la notificación de este Auto, caución consistente en aval bancario por importe de 30.000 euros

3ª.- Condenar en costas a la parte demandada."

SEGUNDO .- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de CAJA DEL MEDITERRANEO CAM, 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, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 2/11 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO .- Que solicitada por la parte apelada el recibimiento del pleito a prueba en esta alzada, por Auto de fecha 24 de enero de 2011 y que es firme se accedió a la referida solicitud.

CUARTO .- Por providencia de fecha 11 de febrero de 2011 se señaló el día 5 de abril de 2011 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

QUINTO .- 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 en adelante contratos), Expresaba la parte apelante en el presente recurso aquellos antecedentes previos que de su consideración al caso eran necesarios determinar. Incidía la parte apelante y como primer motivo del recurso y en relación al primero de los motivos de oposición a la adopción de las Medidas Cautelares que era la prevención relativa en el *art. 728.1 LEC* . Mostraba la parte apelante su disconformidad con la resolución recurrida cuando señala que en el presente caso enjuiciado no puede hablarse de una situación largamente consentida, y seguidamente razonando que a pesar del transcurso de mas de un año determina la prueba en su justificación, lo que desde los argumentos que explicitaba la parte apelante resulta contrario a la prevención legal mencionada. El segundo motivo del recurso señalaba y en contra de lo que se recoge en la resolución recurrida, en el presente supuesto lo que concurre es precisamente ausencia de apariencia de buen derecho "fumus boni iuris". Explicaba en este sentido, aquellas precisiones jurisprudenciales en torno a esta requisito "Probabilidad cualificada de triunfo". En la argumentación de esta cuestión venía a señalar ¿expuesto sucintamente- la insuficiencia de los elementos aportados por la actora a saber los documentos contratos, información periodística y un informe pericial de parte, lo que a todas luces exponía era notoriamente insuficiente. Por demás argumentaba igualmente sobre las bases que articulaba la ausencia del requisito fumus boni iuris. En tercer lugar señalaba igualmente la inexistencia de peligro de mora procesal. Explicitaba la parte apelante que la demandante Sra. Salvadora basaba tal afirmación en que las liquidaciones con motivo contrato SWAP producen un gravísimo daño patrimonial en el negocio de farmacia que regenta al suponer las liquidaciones mensuales un grave costo -¿expuesto, o en forma sucinta- y señalando por el contrario, ello está huérfano de acreditación, no se aportan balances, ni tesorería, ni se acredita el nexo causal entre dichas liquidaciones y el perjuicio de financiación extraordinaria por tal fin, ni a dicha justificación estimaba contribuye el asesor fiscal Sr. Hernan , en su testimonio.

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. Salvadora instó medidas cautelares a saber suspensión de las liquidaciones del SWAP objeto de demanda y ello de forma coetánea 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-Interes Rate SWAP y CAP Option CAP permuta financiera y en su correspondiente contrato Marco y de fecha 12 de mayo de 2008 por adolecer de vicios de la voluntad en la prestación del consentimiento a los mismos por parte de la actora y ello en función del nulo conocimiento de los riesgos que asumía con la firma de los mismos. Así señalaba, que la Sra. Salvadora farmacéutica adquirió su oficina de farmacia y para ello junto de forma simultánea se contrataron dos préstamos hipotecarios uno con garantía inmobiliaria y otro con garantía mobiliaria superiores en un caso préstamo hipotecario a 1.700.000 euros y en otro 1.100.000 euros hipoteca mobiliaria. Se suscribieron múltiples contratos dirigidos a la puesta en funcionamiento de la farmacia. Entre la documentación a firmar que incidía en la puesta en marcha de la farmacia se encontraba el contrato swap de autos y el contrato marco de operaciones financieras. Así Contrato marco de operaciones financieras (CMOF) en definitiva de permutas, intereses swap y cap. En definitiva residenciaba el error que justificaba la nulidad de los contratos predicados en: 1) Que por la entidad financiera y por su voz obviamente el personal de la sucursal no se dio ninguna explicación de los riesgos que se corrían, presentando dicho conglomerado financiero como "someramente" un contrato de seguro de la hipoteca que aseguraba contra posibles subidas de tipos de interes. En sede de estas circunstancias se firmó el contrato de permuta financiera. Obviamente y desde las explicaciones que determinaba lo firmado no correspondía exactamente a dicha consideración. 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 resaca 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 por demas que ha hecho frente a un abono de 40.000 euros. Incidía en las liquidaciones así abril importe 4.381,34 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.

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; o en palabras de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 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 es necesario para evitar abusos, y utilidades 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 otras 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*; 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.

TERCERO .- Expuesto lo que antecede esta Sala debe dar por reproducidos básicamente los argumentos que ya en su resolución de fecha 22 de marzo de 2011 ya explicitara teniendo en cuenta la similitud de circunstancias concurrentes.

Así 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 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 pero en todo caso la sin duda complejidad del producto inciden y ello incluso desde la propia determinación especificativa de los productos, haciendo asumir sin más la determinación del citado perfil sin en otro caso responsabilidad de la financiera. No obstante esta Sala a la vista de lo actuado no puede por menos que confirmar en este punto las conclusiones de la resolución recurrida.

La cuestión igualmente que determina la parte apelante en la consolidación de una situación, que como razonaba a lo largo del escrito de apelación impide la adopción de las medidas cautelares. Entiende esta Sala que no puede partirse de la consideración y en el contexto que pretende la parte apelante. En efecto, la resolución recurrida incide en que no puede reconocerse una situación de aquietamiento y sobre los elementos que analiza. No obstante, debemos hacer una aproximación a la realidad y esta incide y con diferencia en saldo favorable a la citada entidad; es obvio por demás que en su formulación se incide en una suerte de seguro frente al alza de los tipos de interés. Debiéndose insistir en que la formulación de los productos y la complejidad de sus conceptos no 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 han existido en este punto quejas, reclamaciones.

En cuanto al peligro de mora procesal que se determina al presente caso sobre las graves consecuencias que la determinación de dichas liquidaciones de permuta de intereses, han de compartirse los criterios que determina la resolución recurrida. En verdad, es cierto, que el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 31 de Marzo de 2010 requiere la existencia de un plus, en la necesidad

en definitiva de justificar por quien las alega las razones de obstaculización a la viabilidad empresarial, que la carga financiera supondría y en base a futuro. Pero sin duda la situación no puede ser exactamente parangonable a la que en dicha resolución se previene, dado que en el presente caso nos encontramos con un negocio individual de farmacia, y con unas cargas evidentemente financieras ya en si mismas y que en abundancia con la que resulta de los contratos cuya suspensión se previene, permite como lo hace la resolución recurrida inferir sin especial pronunciamiento la grave situación.

Por demás, es obvio y no se escapa, que la fianza que ha sido determinada sin duda supone una básica superación del perjuicio de la suspensión contractual.

Lo que antecede lleva a la desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO .- 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 preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CAJA DEL MEDITERRANEO CAM contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao en autos de Medidas Cautelares nº 4/10 de fecha 14 de septiembre de 2010 y de que este rollo dimanara y **confirmamos** dicha resolución. Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Firme que sea la presente resolución, 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 al que se unirá certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.