

Roj: AAP VI 3/2011
Id Cendoj: 01059370012011200003
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vitoria-Gasteiz
Sección: 1
Nº de Recurso: 223/2011
Nº de Resolución: 94/2011
Procedimiento: Recurso apelación medidas cautelares previas LEC 2000
Ponente: IÑIGO MADARIA AZCOITIA
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 1ª/1.

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxe: 945-004820

N.I.G. / IZO : 01.02.2-10/012387

A.med.caut.pr.L2 / 223/2011 - A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Vitoria / Gasteizko Lehen Auzialdiko 3 zk.ko Epaitegia

Autos de 6/2010 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: PAN IV S.L.

Procurador/a/ Prokuradorea:MARIA BLANCA BAJO PALACIO

Abogado/a / Abokatua: JAVIER DIAZ GONZALEZ

Recurrido/a / Errekurritua: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ

Abogado/a/ Abokatua:

A U T O Nº 94/11

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILTMOS. SRS. :

PRESIDENTA : Dª MERCEDES GUERRERO ROMEO

MAGISTRADO : D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA

MAGISTRADO : D. IÑIGO ELIZBURU AGUIRRE

LUGAR : VITORIA-GASTEIZ

FECHA : 23 de junio de 2011

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21.12.10 se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz , cuya parte dispositiva dice:

"Se acuerda desestimar íntegramente la solicitud de medidas cautelares presentada por la Procuradora D.ª Blanca Bajo Palacio en nombre y representación de la mercantil PAN IV S.L., contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., con expresa condena en costas a la parte solicitante".

SEGUNDO.- Por la representación de **PAN IV, S.L.** se interpuso recurso de apelación frente a dicho Auto, recurso que se tuvo por interpuesto por resolución de fecha 21.12.10 dándose traslado a las demás partes por diez días para alegaciones, presentando la representación de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA** escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, mediante resolución de 11.04.11 se mandó formar el rollo de Sala, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. IÑIGO MADARIA AZCOITIA. Por providencia de 04.05.11 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 09 de junio de 2.011.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- La actora Pan IV S.L. presentó demanda, frente al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la cual solicita la declaración de nulidad de los contratos de permuta financiera firmados el 31 de mayo de 2007 y vencimiento el 29 de junio de 2009; el 29 de abril de 2008, con vencimiento 30 de julio de 2011; y, el de 6 de junio de 2007, con vencimiento a 30 de julio de 2011. El nominal es de 1.500.00 euros en los dos primeros y 2.000.000 de euros el tercero. Junto a la demanda, interesó la medida cautelar consistente en la suspensión de la vigencia de los referidos contratos y la suspensión provisional de las anotaciones que por decubierto o impago de cantidades derivadas de esos contratos puedan acceder a registros de morosidad de los Bancos.

La sentencia de instancia desestima la medida cautelar, al considerar que la interesada persigue asegurar el cumplimiento de una sentencia futura, cuando no es previsible que la demandada no pueda hacer frente a una sentencia en su contra. Rechaza que se justifique una apariencia de buen derecho, dado que la recurrente ya había contratado en cinco ocasiones derivados financieros complejos y, asimismo, rechaza la concurrencia del peligro de mora procesal, pues ningún motivo hace dudar de la efectividad de una sentencia estimatoria ante la solidez que se presume a la entidad demandada.

Frente a ello la demandante se alza en apelación, reiterando la pretensión relacionada con la medida cautelar, al considerar que el auto infringe el *art. 728 L.E.C.*, e incurre en error al valorar la apariencia de buen derecho, en relación con la jurisprudencia relacionada con los contratos de autos. Del mismo modo considera errónea la valoración de *periculum in mora*, pues en la solicitud se refiere al riesgo económico que la vigencia de los contratos y sus vencimientos periódicos suponen para la propia actora, abocada a la quiebra si hace frente a los pagos derivados de los contratos objeto de impugnación en el juicio.

SEGUNDO .- Dando por reproducidos los fundamentos del auto de instancia, debe confirmarse el mismo por cuanto, de una parte, el vencimiento del último contrato en el mes de julio próximo y la previsible pronta conclusión del juicio en la primera instancia hacen innecesaria la adopción de la medida, y de otra, en lo que es esencial, la medidas cautelares, *arts. 721 y 728 L.E.C* ., pretenden como regla general asegurar el cumplimiento de la futura sentencia eventualmente favorable a quien interesa la medida. Por tanto la propia situación económica de la actora y el riesgo económico que deduce de la necesidad de hacer frente a las obligaciones económicas propias del contrato no son razones suficientes que redunden en la finalidad de la medida cautelar, con independencia de la apariencia del derecho. El aseguramiento del fallo pasaría por la garantía del cumplimiento de lo postulado en la demanda, cual es la declaración de nulidad

de los contratos y la devolución del importe de las liquidaciones periódicas. Aseguramiento que debe entenderse referido a la obligación de pago que se incorpora en el petitum de la demanda, es decir el pago de una cantidad de dinero y por tanto debe estar relacionada con el riesgo de insolvencia o impago de la demandada. Circunstancia ésta última que no se acredita. En cualquier caso, el aseguramiento no puede realizarse mediante una ejecución anticipada, cual representaría el hecho de que la actora no pagara las obligaciones y por tanto dispusiera de esas cantidades. El aseguramiento puede realizarse por medio de embargo, fianza o cualquier otra garantía, extensible incluso hasta el posible depósito de las cantidades derivadas de los sucesivos vencimientos.

TERCERO .- La desestimación del recurso es causa suficiente para imponer a la recurrente las costas de la alzada, conforme a lo establecido en el *art. 398 L.E.C.*. Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR PAN IV S.L. CONTRA EL AUTO Nº 804/10 DICTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES SEGUIDO BAJO Nº 6/10 ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. TRES DE VITORIA-GASTEIZ, DEBEMOS CONFIRMAR EL MISMO, IMPONIENDO A LA RECURRENTE LAS COSTAS DE LA ALZADA.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan.