

Roj: AAP MU 323/2011
Id Cendoj: 30016370052011200039
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cartagena
Sección: 5
Nº de Recurso: 180/2011
Nº de Resolución: 39/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE JOAQUIN HERVAS ORTIZ
Tipo de Resolución: Auto

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

AUTO: 00039/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCIÓN QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO Nº 180/2011 (CIVIL)

ILTMO. SR. D. JOSÉ MANUEL NICOLÁS MANZANARES

Presidente

ILTMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL LARROSA AMANTE

ILTMO. SR. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

Magistrados

AUTO Nº 39

En Cartagena, a doce de julio de dos mil once.

Vistos, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados, los autos de medidas cautelares número 2126/2010 (Rollo nº 180/11), que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena, siendo partes, como demandante, "ESTACIÓN DE SERVICIO LAS CUMBRES, S.L.", representada por el Procurador D.Alberto Alonso Poncela y defendida por el Letrado D.Ramón Bernabé Torres, y, como demandado, "BANCO DE SANTANDER, S.A.", representado por el Procurador D.Alejandro Juan Lozano Conesa y defendido por la Letrada Dª.María Sánchez Serrano, actuando en esta alzada, como apelante, la parte actora, y, como apelada, la parte demandada, ha sido **Magistrado ponente** el **Ilmo. Sr. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ**, que expresa el parecer de la Sala.

HECHOS

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena, en los referidos autos de medidas cautelares, tramitados con el número 2126/2010, se dictó Auto con fecha 2 de febrero de 2.011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- **SE DENIEGA** la adopción de las medidas cautelares instadas por la representación procesal de "Estación de Servicio Las Cumbres, S.L.", frente a "Banco Santander, S.A.".

2.- Se imponen a la parte actora las **costas** causadas en este incidente.

SEGUNDO. Contra dicho Auto se preparó recurso de apelación por la parte actora, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a la parte demandada, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo plazo presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación del Auto dictado en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, se remitieron los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 180/11, que ha quedado para dictar resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 12 de julio de 2.011 su votación y fallo.

TERCERO. En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Frente al Auto dictado por el órgano judicial de primer grado, por el que se deniega la adopción de medidas cautelares, que había sido interesada por la parte actora, se alza ésta en base a las alegaciones que realiza en el escrito de interposición del recurso, solicitando su revocación y que se dicte otro por lo que se acuerden las medidas solicitadas o, subsidiariamente, que se revoque el pronunciamiento sobre costas que en Auto apelado contiene. Pero el recurso debe ser desestimado, por las razones que, a continuación, se exponen.

Debe destacarse, en primer lugar, que lo que se pide en la demanda principal es que se declaren nulos los contratos de condiciones generales y de permuta financiera suscritos por las partes en fecha 17 de junio de 2.008 y que se condene al Banco demandado a devolver a la mercantil actora la cantidad de 121.782,17 euros, que ha sido cargada en su cuenta en virtud de los citados contratos, más las cantidades que, en su caso, pudieran cargarse durante la tramitación del procedimiento, así como al pago de las costas procesales. Y, como medidas cautelares, se solicita, en "otrosí digo" de dicha demanda, que se acuerde la suspensión temporal de la vigencia y efectos de los contratos cuya nulidad se postula en la demanda hasta que se dicte Sentencia respecto a dicha petición de nulidad, solicitando también, con carácter subsidiario para el caso de que se rechace la adopción de la medida cautelar principalmente interesada, que por el Juzgado, igualmente como medida cautelar, se prohibiese al Banco demandado comunicar a ningún Registro de morosidad (RAI, CIRBE, ASNEF o cualquier otro que pudiera existir) cualquier impago futuro derivado de los contratos cuya nulidad se postula en la demanda principal.

Partiendo de lo expuesto y teniendo en cuenta la pretensión principal que se postula en la demanda de los autos principales, entiende la Sala que es correcta la denegación de las medidas cautelares solicitadas, que se realiza en el Auto apelado, pues lo que se solicita de forma cautelar por la parte actora no reúne las características que el *artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* señala como propias de las medidas cautelares. Así, no son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria, es decir, no se trata de medidas que tengan por finalidad evitar que pueda verse impedida o dificultada, por situaciones producidas durante la pendencia del proceso, la ejecución de una eventual Sentencia estimatoria, sino que lo que con ellas se pretende es evitar los perjuicios que, según la parte solicitante, le generaría el cumplimiento durante la pendencia del proceso de los contratos cuya nulidad se postula, pues se está pidiendo como medida cautelar la suspensión de la vigencia y efectos de esos contratos durante la pendencia del proceso y, subsidiariamente, que se prohíba al Banco demandado, durante esa misma pendencia, comunicar a Registros de morosidad cualquier eventual incumplimiento de las obligaciones que para la parte actora se derivan de esos contratos. Y tales peticiones no van dirigidas a garantizar que la futura Sentencia que pueda dictarse en los autos principales pueda tener efectividad, pues es de toda evidencia que ni la efectividad de la posible declaración judicial de nulidad de los contratos litigiosos ni la efectividad de la subsiguiente devolución de las cantidades abonadas por la parte actora en virtud de los mismos se ven comprometidas, en modo alguno, por el hecho de que no se adopten las medidas cautelares solicitadas, que no guardan, por tanto, homogeneidad o instrumentalidad alguna con la tutela judicial que se pretende en los autos principales, de tal manera que no se cumple, en el supuesto de autos, lo que se señala en el *artículo 726.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Por otra parte, las medidas que la parte actora solicita, con carácter cautelar, no resultan tampoco subsumibles en el *artículo 726.2* . del texto procesal civil, pues lo que se pide no consiste en ninguna orden o prohibición de contenido similar a lo que se pretende en el proceso principal. En efecto, la petición de suspensión de la vigencia y efectividad de los contratos no es más que una petición de que se dejen sin efecto las obligaciones en ellos pactadas, olvidando que mientras esos contratos no sean anulados ha de reputarse válidos y vigentes, sin que tal petición encuentre amparo normativo en el *artículo 726.2* . citado, pues este último precepto va referido a supuestos en los que se ejercita una pretensión de prohibición o de cesación de un acto infractor, a modo de una tutela cautelar inhibitoria de carácter satisfactivo o anticipativo del fallo -que de este modo más que asegurar la ejecución de la Sentencia garantiza la efectividad del derecho accionado, evitando que se prolongue en el tiempo una situación que, al menos "prima facie", se presenta como antijurídica y, con ello, que se agrave el daño al derecho del actor-; en tal supuesto, el "periculum in mora" viene determinado por la fundada probabilidad de que la conducta infractora se va a producir, repetir o mantener durante la pendencia del proceso. Pero tal situación no es la que se produce en el supuesto que nos ocupa, en el que no puede entenderse que la vigencia de los contratos y la aplicación de sus efectos durante la pendencia del proceso resulte asimilable a la realización de conductas por la parte demandada que, "prima facie", se presenten como antijurídicas y contrarias a un derecho del que la parte actora sea titular, cuyo reconocimiento y vigencia se pretenda en el proceso y cuya adecuada tutela exija imponer a la parte demandada la prohibición de realizar la conducta antijurídica que lesiona o pone en peligro, "prima facie", el derecho que el actor se arroga y que cuenta con apariencia de buen derecho. Y del mismo modo tampoco es subumible en dicho precepto la petición subsidiaria relativa a que no se comunique a los Registros de morosidad posibles incumplimientos de las obligaciones derivadas de esos contratos y producidos durante la pendencia del proceso, pues es evidente que tampoco se trata de ninguna orden o prohibición de contenido similar a lo que se pretende en el proceso.

SEGUNDO. Por otra parte y sin necesidad de entrar en el análisis de los restantes requisitos que resultan necesarios para la adopción de medidas cautelares, debe señalarse que, en el supuesto de autos, no concurre uno de esos requisitos, que es el del "periculum in mora". En este sentido, señala el *artículo 728.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria. Y en este sentido, no puede entenderse que se dé tal supuesto, pues es de toda evidencia que, como antes se adelantó, la declaración judicial de nulidad de los contratos no se puede ver impedida o dificultada en modo alguno por el transcurso del tiempo necesario para dictar Sentencia en los autos principales; y, desde luego, no existe tampoco motivo alguno para dudar de la solvencia del Banco demandado y, por tanto, de su capacidad económica para devolver las cantidades ya cobradas a la parte actora en virtud de los contratos cuya nulidad se pretende ni tampoco de las que pudiera seguir cobrando, en su caso, en virtud de esos mismos contratos durante la pendencia del presente proceso.

En definitiva, no se aprecia la existencia de riesgo alguno de que el transcurso del tiempo pueda frustrar la efectividad de la tutela judicial que la parte actora pretende en los autos principales, que -no se olvide- no consiste en otra cosa que en obtener la declaración judicial de nulidad de los contratos y en reclamar la devolución de las cantidades cobradas por el Banco demandado en virtud de los mismos y de las que pudiera seguir cobrando durante la pendencia del proceso. En este sentido, la parte actora parece confundir la tutela judicial pretendida en los autos principales (nulidad de contratos y devolución de cantidades cobradas en virtud de los mismos) con la posible existencia de los daños y perjuicios económicos que pudieran derivarse para ella del cumplimiento de unos contratos que considera nulos y que pretende dejar sin efecto por vía judicial, sin que la existencia de esos hipotéticos daños y perjuicios económicos adicionales o derivados constituyan el objeto de los autos principales de los que deriva la presente pieza separada de medidas cautelares.

TERCERO. Finalmente, debe confirmarse también el pronunciamiento sobre costas que se incluye en el Auto apelado, en aplicación del criterio del vencimiento que, a modo de regla general, se contiene en el *artículo 394.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , sin que aprecie la Sala que concurren, en modo alguno, las serias dudas de hecho o de derecho que, a tenor del mismo precepto, pudieran justificar un pronunciamiento diferente. En este sentido, debe destacarse que las resoluciones judiciales dictadas en la materia por diferentes Juzgados de Primera Instancia, que la parte apelante cita en su recurso, ni siquiera llegan a constituir lo que se denomina doctrinalmente "jurisprudencia menor", que viene integrada exclusivamente por la resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales, debiendo añadirse que entre dichas Audiencias tampoco se aprecia que exista una acusada discrepancia de criterios que permita sostener la existencia de las "serias" dudas de hecho o de derecho que el citado precepto exige para que pueda dejar de aplicarse el criterio del vencimiento contemplado en el mismo, máxime cuando la parte

apelante tampoco cita Sentencias de diferentes Audiencias Provinciales que sostengan criterios discrepantes en relación con la muy concreta cuestión que ahora nos ocupa, es decir, en relación con la procedencia o improcedencia de adoptar las medidas de suspensión de la vigencia y efectos de un contrato y de prohibición de comunicación de impagos a Registros de morosos.

CUARTO. Por todo lo expuesto en los precedentes ordinales, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, en atención a lo dispuesto en los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

QUINTO. De conformidad con lo establecido en el *apartado 9. de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, procede declarar la pérdida por la parte apelante del depósito que constituyó para recurrir en apelación, al confirmarse la resolución recurrida, debiendo darse a dicho el destino legalmente previsto.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

LA SALA ACUERDA:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.Alberto Alonso Poncela, en nombre y representación de "ESTACIÓN DE SERVICIO LAS CUMBRES, S.L.", contra el Auto de fecha 2 de febrero de 2.011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena, en los autos de medidas cautelares número 2126/2010, y **CONFIRMAR** la resolución recurrida; y ello con expresa imposición de las costas procesales del recurso a la parte apelante.

Dese al depósito constituido por la parte apelante para recurrir en apelación el destino legalmente previsto.

Notifíquese este Auto conforme a lo establecido en el *artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, haciéndose saber a las partes que no cabe recurso alguno contra él; y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por este nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.