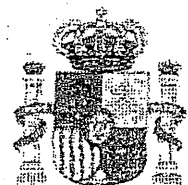


953236387

ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIAAUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN
SECCIÓN TERCERAA U T O Núm. 7/11

Iltmos. Sres.:

Presidente

D. JOSÉ CÁLIZ COVALEDA

Magistrados

D. JESÚS MARÍA PASSOLAS MORALES

D. SATURNINO REGIDOR MARTINEZ

En la Ciudad de Jaén,
a veinticinco de Febrero de dos
mil once.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, formada por los Iltmos. Sres. al margen relacionados, han visto en grado de Apelación el precedente rollo y Autos Civiles dimanante de los autos de Medidas Cautelares, seguidos en primera instancia con el núm. 454/2010, por el Juzgado de Primera Instancia Número DOS de VILLACARRILLO, **Rollo de Apelación** de esta Audiencia **núm. 027/2011** a instancia de , representado por el Procurador de los Tribunales Sr/a. Cuadros Rodríguez, y defendido por el Letrado Sr/a. García Cerrillo, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Sr/a. Méndez Vilchez, y defendido por el Letrado Sr/a. Fresneda.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho del Auto apelado de fecha 09 de Julio de 2.010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó Auto que contiene la siguiente parte dispositiva: "Se estima la medida cautelar solicitada por la Procuradora D^a. M^a. Isabel Soto Gonzalo en representación de D. .

frente a Banco Popular, y SE ACUERDA la suspensión

Audiencia Provincial de Jaén. Sección 3^a. Rollo de Apelación Civil N° 27/11

1



953236387

de la vigencia del contrato de permuta financiera de fecha 21 de Febrero de 2007 solicitada. Se fija suficiente la caución prestada de 500 euros. No ha lugar a la imposición de costas".

SEGUNDO. - Contra dicho Auto se preparó e interpuso en tiempo y forma por Banco Popular Español, S.A., Recurso de Apelación, que fue admitido en ambos efectos por el Juzgado, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su Recurso.

TERCERO. - Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, turnadas que fueron, correspondieron a ésta Sección, en la que se formó el rollo correspondiente, y al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista se declararon conclusas las actuaciones para dictar la Resolución procedente.

CUARTO. - Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente Recurso el día referido en los Autos, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO. - En la tramitación del presente rollo se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. SATURNINO REGIDOR MARTÍNEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ACEPTANDO los Razonamientos Jurídicos de la Resolución impugnada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - Se articula recurso de apelación contra la resolución de instancia que acuerda cautelarmente la

953236387



suspensión de la vigencia del contrato de permuta financiera cuya nulidad se pretende en la demanda.

Se ampara el recurso planteado en la no concurrencia, a juicio del recurrente, de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar pretendida.

Pues bien, con carácter general se exige para la adopción de las medidas cautelares, y así se determina en el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la concurrencia de dos requisitos, primero, la existencia de una situación jurídica tutelar y la verosimilitud del derecho que se ejercite (*fumus boni iuris*), y segundo, a expectativa de un daño inmediato o de difícil reparación, o la existencia de un riesgo de que la ejecución se vea comprometida (*periculum in mora*), encontrando el peligro de mora procesal su fundamento en la necesaria respuesta inmediata que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, en aquellos supuestos en los que la mera interposición de la demanda puede llevar al demandado a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena.

De otra parte (y en este sentido A.P. Baleares 08.05.2006), no se acordarán las medidas cautelares, cuando el solicitante hubiese consentido situaciones de hecho durante largo tiempo, y no justifiquen las razones por las que no se han solicitado con anterioridad medidas cautelares, y ello conforme al contenido del art. 728.1 párrafo segundo.

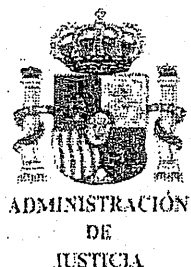
Como se afirma en Auto de la A.P. de Madrid de 08-06-2006, las medidas cautelares, entendidas como expediente mediante el cual se persigue la efectividad de la resolución que en su día pueda recaer en el litigio, constituyen cada vez con mas frecuencia, mecanismos, en muchos casos necesarios para el fin indicado, que gozan de un amplio respaldo tanto legal, como constitucional, siendo varias las resoluciones en las que el Alto Tribunal, obviamente dentro del marco procesal anterior, ha puesto de manifiesto la trascendencia constitucional de las medidas cautelares al estar relacionadas con los derechos

953236387

fundamentales y libertades publicas consagrados en la Constitución, y en concreto y muy directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en su art. 24.1, afirmando la S.T.C. 14/92, en su fundamento jurídico 7º, que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso"; afirmación que es corroborada por la STC 238/92, fundamento jurídico 3º, que justifica la existencia de tales medidas cautelares en "la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE) desprovisto de eficacia", entendiendo imposible la supresión absoluta de la posibilidad de adoptar estas medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la Sentencia estimatoria, "pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que... se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva". Buena muestra de la trascendencia de las medidas cautelares es su regulación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que, además de regularse pormenorizadamente, se potencian las mismas.

Ahora bien, la justificación de la evidente necesidad de las medidas en cuestión, tanto las específicas contenidas en el art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como de aquellas otras a que pudiera haber lugar, no puede ocultar la exigencia de una serie de requisitos y cautelas que han de concurrir a la hora de su adopción, y que vienen reseñadas en el art. 728 de la citada Ley que en todo caso ha de ser razonada y ponderada, fijándose uno de sus límites, según indica la STC de 13 de febrero de 1.995, en su homogeneidad con las medidas ejecutivas, pues al anticipar las medidas cautelares, en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la

953236387



resolución final. Junto con esta lógica correlación, han de concurrir los requisitos, pacíficamente exigidos, que pueden sintetizarse, en la existencia de una situación jurídica tutelable, la verosimilitud del derecho que se ejercita -fomus boni iuris-; la expectativa de un daño inmediato o de difícil reparación, o la existencia del riesgo de que la ejecución se vea comprometida -periculum in mora-; la temporalidad y proporcionalidad de la medida y, por ultimo, la exigencia de fianza, en su caso.

En el caso de autos no cabe duda de la concurrencia de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar interesada; sobre la apariencia de buen derecho sería suficiente traer a colación la sentencia dictada por esta misma Sala con fecha de 27 de Marzo de 2009 (seguida posteriormente por otras Audiencias Provinciales como la de Álava de fecha 7 de Abril de 2009 o Pontevedra de fecha 7 de Abril de 2010) en la que se decretaba la nulidad por vicio del consentimiento de este tipo de contratos de permuta financiera (swaps o clips) en donde las entidades financieras, aprovechándose de la confianza que en ellas depositaban sus propios clientes que tuviesen una determinada solvencia patrimonial, y bajo la falsa apariencia de comercializarles un producto para amortiguar las alteraciones o fluctuaciones de los tipos de interés existentes en un préstamo hipotecario, les "colocaban" un producto cuyas consecuencias lesivas para el patrimonio de los clientes (conocidas por otra parte por las propias entidades financieras) no dejaban lugar a dudas, tal y como se refleja en las liquidaciones obrantes en el caso de autos.

Mantener la vigencia de este tipo de productos durante la tramitación de la litis conllevaría sin duda perjuicios irreparables para la parte actora al ver estrangulada sus fuentes de financiación, poniendo en riesgo la supervivencia de su actividad profesional. Quizás sea este el motivo de la contumaz oposición de la entidad demandada a la adopción de la

5

Audiencia Provincial de Jaén. Sección 3ª. Rollo de Apelación Civil Nº 27/11



953236387

medida cautelar solicitada por la parte actora, pues conoedora sin duda de la debilidad de su posición jurídica en la litis, intente forzar una situación de "asfixia financiera" para la parte actora, que le permita alcanzar alguna solución extrajudicial más beneficiosa para sus intereses.

En definitiva, concurriendo todos y cada uno de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar acordada en la instancia, procede desestimar el recurso de apelación articulado.

SEGUNDO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la parte Apelante las costas causadas en esta alzada.

TERCERO.- Desestimado el recurso de apelación, ello determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la *Disposición Adicional 15ª*, apartado 9, de la *Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la *Ley Orgánica 1/2009*, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén,

ACUERDA: QUE DESESTIMÁNDOSE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de VILLACARRILLO con fecha 9 DE JULIO DE

953236387



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

2010 en Autos de MEDIDAS CAUTELARES seguidos en dicho Juzgado con el número 454/2010, debemos de confirmar y confirmamos la referida Resolución, con imposición a la parte Apelante de las costas de este Recurso, y perdida del deposito constituido.

Comuníquese esta Resolución por medio de certificación al Juzgado de procedencia, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Notifíquese la presente Resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este Auto, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, doy fe.-

