



Roj: **AAP M 694/2015 - ECLI:ES:APM:2015:694A**

Id Cendoj: **28079370282015200057**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **18/05/2015**

Nº de Recurso: **530/2014**

Nº de Resolución: **106/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0159323

ROLLO DE APELACIÓN: 530/14.

Procedimiento de origen: MEDIDAS CAUTELARES 212/2012.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid.

Parte recurrente: "MACCORP EXACT CHANGE, S.A."

Procurador: Doña Fuencisla Gozalo Sanmillán.

Letrado: Don Antonio Selas Colorado.

Parte recurrida: "AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA, S.A.U." Y "AMERICAN EXPRESS PAYMENT SERVICES LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA"

Procurador: Don Julián Plaza García.

Letrado: Don Ignacio Cuadrado Ruescas.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

#### **AUTO Nº 106/15**

En Madrid, a dieciocho de mayo de dos mil quince.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 530/14 el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 30 de abril de 2014 dictado en la pieza de medidas cautelares núm. 212/12 seguida ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante la mercantil, "MACCORP EXACT CHANGE, S.A."; y como apeladas, las mercantiles "AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA, S.A.U." Y "AMERICAN EXPRESS PAYMENT SERVICES LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA", todas ellas representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid se dictó con fecha 30 de abril de 2014 auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:



"Debo denegar y deniego la adopción de medidas cautelares instadas por MACCORP EXACT CHANGE SA, de orden forzosa dirigida AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA SAU y AMERICAN PAYMENT SERVICES LIMITED de restablecer la aceptación del servicio contratado por aquella actora.

Debo declarar y declaro que no procede condena en costas para ninguna de las partes procesales del presente incidente cautelar."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a la solicitante, por medio de su representación procesal interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 14 de mayo de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La entidad "MACCORP EXACT CHANGE, S.A." formuló solicitud de medidas cautelares, previas a la demanda e inaudita parte, contra las mercantiles "AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA S.A.U. y "AMERICAN PAYMENT SERVICES LIMITED", en la que interesaba que se requiriera a las futuras demandadas "... al objeto de que restablezca(n) la aceptación del servicio contratado por MACCORP EXACT CHANGE, S.A."

En esencia, la actora -que es una entidad de pago debidamente registrada ante el Banco de España- alegaba que las futuras demandadas habían resuelto unilateralmente los contratos suscritos entre éstas y la solicitante para la aceptación en sus establecimientos de la tarjeta American Express, pretendiendo justificar la resolución en que en los contratos se hacía figurar una actividad empresarial falsa o, al menos, inexacta, concretamente, se incluía el código correspondiente a las agencias de publicidad-lo que, en todo caso, era imputable al agente de las demandadas, la entidad LA CAIXA- y en la necesidad de cumplir con la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales.

Como consecuencia de lo anterior, se interesaban las medidas cautelares ya reseñadas para asegurar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse como consecuencia de la demanda que, con posterioridad, la peticionaria tenía intención de presentar en la que se pretendían ejercitar acciones de **competencia desleal** invocando al efecto los ilícitos concurrenciales de los artículos 4 (cláusula general) y 15.2 (violación de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial) de la Ley de **Competencia Desleal**.

Mediante auto de fecha 4 de junio de 2012, dictado inaudita parte, el Juzgado, tras apreciar el peligro por la mora procesal, rechazó la solicitud al negar la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho, en esencia, porque estimó que la alegada infracción, de existir, no desbordaría el marco puramente contractual sin apreciar, indiciariamente, los ilícitos concurrenciales invocados en la solicitud.

Frente a la citada resolución el peticionario interpuso recurso de apelación resuelto por este mismo tribunal mediante auto de fecha 20 de septiembre de 2013 que estimó parcialmente el recurso de apelación para que se sustanciara el procedimiento con audiencia del demandado al no apreciar razones de urgencia que permitieran prescindir de la misma ni que dicha audiencia pudiera comprometer el buen fin de la medida cautelar. De no hacerse así, además, podría el tribunal de apelación llegar a adoptar la medida cautelar sin que hubiera sido oído el demandado con manifiesta infracción del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Devueltos los autos al juzgado y tras convocar a las partes a la celebración de vista con audiencia del demandado, el órgano judicial dictó auto con fecha 30 de abril de 2014 en el que, de nuevo, tras apreciar la concurrencia del requisito del peligro por la mora procesal, rechaza la solicitud por falta de la necesaria apariencia de buen derecho, en esencia, por las mismas razones expuestas en su anterior resolución.

Disconforme con la reseñada resolución, el solicitante ha interpuesto recurso de apelación interesando su revocación y la adopción de la medida cautelar en su día solicitada alegando, en esencia, que las partes son competidoras directas en el mercado de cambio de moneda y que sí concurre el requisito de la apariencia de buen derecho pudiendo tipificarse la conducta de las demandadas como de acto contrario a la buena fe, insistiendo en la resolución injustificada de los contratos que no puede estar amparada por la Ley para la Prevención del Blanqueo de Capitales.

En el escrito de interposición del recurso de apelación se omite toda referencia al otro ilícito concurrencial invocado en el escrito de solicitud, esto es, la infracción de normas que tienen por objeto regular la actividad concurrencial ( artículo 15.2 de la Ley de **Competencia Desleal** ), lo que determina que ahora quede al margen de esta alzada.



La parte apelada se opone al recurso de apelación e interesa la confirmación de la resolución apelada al negar la concurrencia del peligro por la mora procesal como la apariencia de buen derecho y, además, impugna el pronunciamiento por el que no se impusieron las costas procesales a la parte solicitante a pesar de desestimarse la solicitud cautelar por apreciar el juzgador serias dudas de hecho y de derecho.

SEGUNDO.- La adopción de cualquier medida cautelar exige la concurrencia de los tradicionales requisitos del periculum in mora o peligro por la mora procesal y del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, además del necesario ofrecimiento de caución, enunciados en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También resulta necesario el cumplimiento de los presupuestos contemplados en el artículo 726 del mismo texto legal, esto es, el carácter instrumental de la medida y que no pueda ser sustituida por otra, también eficaz pero menos gravosa o perjudicial.

La resolución apelada aprecia la concurrencia del primero de los requisitos enunciados, lo que es cuestionado por el apelado en trámite de oposición al recurso de apelación que, sin embargo, en realidad alude a circunstancias que, en su caso, afectarían a la apariencia de buen derecho.

Para acoger la solicitud de medidas cautelares es imprescindible, a tenor de lo establecido en el apartado 1 del artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el solicitante justifique que la no adopción de las mismas durante la pendencia del proceso podría desembocar en una situación que impidiese o dificultase la efectividad de la tutela derivada de una eventual sentencia estimatoria de sus pretensiones, concepto éste mucho más amplio que el de la mera ejecución de la sentencia.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la tutela solicitada por el demandante es anticipatoria de la ejecución y no propiamente conservativas, es decir, se trata con ellas, de provocar la satisfacción anticipada de la pretensión, sin tener que esperar a la sentencia definitiva, habilitando la pronta ejecución de lo que se resuelve previamente.

En estos casos el peligro de demora no es tanto el riesgo de que sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil, como sería predicable de las medidas puramente conservativas, sino de poner fin a un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño aumente y tal circunstancia debe apreciarse y valorarse con relación al tiempo en que se efectuó la solicitud.

El tribunal participa de la acertada valoración efectuada por el juzgador sobre la concurrencia de este requisito a la vista de la tutela cautelar solicitada, interesando el solicitante la reposición del servicio contratado con las demandadas.

Por lo demás, la invocada ausencia de relación de competencia entre las partes o la inexistencia de riesgo de **competencia desleal** por las circunstancias alegadas por el apelado, que, en su caso, afectarían a la apariencia de buen derecho, ninguna incidencia tienen en la apreciación del periculum in mora.

TERCERO.- El tribunal también comparte sustancialmente las razones que en el auto apelado sustentan el rechazo de la tutela cautelar impetrada por el ahora apelante por la falta de concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho.

Como se razona en el resolución impugnada, la cuestión no parece que desborde el marco contractual, sin que, indiciariamente, pueda reprocharse a las demandadas la comisión de los ilícitos concurrenciales invocados en la solicitud y más concretamente de artículo 4 de la Ley de **Competencia Desleal** (infracción de la cláusula general), al haberse abandonado en segunda instancia el reproche de la conducta desde el punto de vista su artículo 15.2 (infracción de normas que tienen por objeto regular la actividad concurrencial).

Dada la delimitación efectuada en segunda instancia a la cláusula general como ilícito imputado a las demandadas, debe recordarse que ésta supone un ilícito objetivo, de peligro o de riesgo y de naturaleza extracontractual que, en principio, no pretende reprimir la infracción de relaciones contractuales que vinculen al sujeto activo y pasivo de la conducta y solo muy excepcionalmente, fuera de los ilícitos que toman en consideración incumplimientos contractuales ( artículos 13, 14 y 16 de la Ley de **Competencia Desleal** ), éstos podría dar lugar a un acto de **competencia desleal** con apoyo en la cláusula general, señalando la doctrina que para ello sería preciso que concurren los dos siguientes requisitos, que indiciariamente no se aprecian en el supuesto de autos: a) que se trate de la infracción de contratos que regulen la actividad concurrencial mediante normas de alcance general o que aseguren una posición de exclusiva frente a terceros; y b) que dispongan un contenido obligacional conforme con las normas de defensa de la competencia.

En todo caso, en la solicitud cautelar se perfiló muy vagamente la conducta que se reprocha a las demandadas como infracción de la cláusula general indicando que se trataba de un acto de **obstaculización**, lo que se reitera en el escrito de interposición del recurso de apelación.



Los actos de **obstaculización** exigen para que puedan ser tachados de desleales que carezcan de justificación objetiva y en el supuesto de autos la resolución de los contratos suscritos por las partes, en principio, obedece a una razón objetiva: la errónea identificación de la actividad de la solicitante, que, siendo una entidad de pago, figura en los contratos como una agencia de publicidad.

El error no es intrascendente en tanto que siendo la actora, precisamente, una entidad de pago (documento nº 12 de la solicitud), está sujeta a la Ley 10/2010, de 28 de abril, para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, como también lo están las propias demandadas, siendo todas ellas sujetos obligados conforme al artículo 2 de la citada ley, cuyo apartado h) incluye a las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico.

Es precisamente esta circunstancia la que determina que en la comunicación de las demandadas acompañada como documento nº 29 de la solicitud se exija la suscripción de nuevos contratos en el marco de las obligaciones que se deben cumplir en materia de prevención de blanqueo de capitales.

No es que se reproche a la solicitante actividad ilícita alguna en la prestación de servicio, sino que la reseñada normativa obliga o permite exigir, según los casos, determinada información previa a la suscripción de los contratos.

Así, los artículos 3 y 4 de la Ley 10/2010 impone a los sujetos obligados, entre las medidas normales de diligencia debida, la identificación formal y real de las personas con las que establezcan relaciones de negocio en los términos que se especifican en los mencionados preceptos, considerando como titular real, cuya identidad han de comprobar: "la persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por ciento o más de los bienes de un instrumento o persona jurídica que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos.

Es cierto que el artículo 9 de la Ley 10/2010 autoriza a los sujetos obligados a no aplicar -salvo que existan indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo- las medidas de diligencia debida previstas en los artículos 3 y 4, respecto de, entre otros clientes, las entidades financieras domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las medidas de diligencia debida, pero ello no impide que los sujetos obligados apliquen voluntariamente en estos supuestos las medidas normales de diligencia debida.

Es más, determinadas medidas normales de diligencia debida, concretamente las contempladas en los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 10/2010 y, entre otras las relativas a la identificación del titular real de la actividad, deben aplicarse en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación y es la propia Ley 10/2010 la que, en su artículo 11 con ocasión de las medidas reforzadas de vigilancia, considera las operaciones de cambio de moneda extranjera entre las operaciones de riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, lo que justifica que las demandadas apliquen voluntariamente las medidas normales de diligencia.

Por lo demás, es intrascendente si el error obedece a una falsa declaración de la solicitante o a un error de la entidad financiera que actuó como intermediaria en la firma de los contratos, siendo cierto que la solicitante no imputa acto desleal alguno a la entidad intermediaria ni, en consecuencia, pretende trasladar el efecto del mismo a las demandadas, pero tal cuestión no es relevante para esta resolución por las razones expuestas con anterioridad.

Por último, el tribunal también comparte con el apelante que no es preciso que exista una relación de competencia entre las partes para apreciar un acto de **competencia desleal** ( artículo 3.2 de la Ley de **Competencia Desleal** ), sin embargo, en la resolución apelada la afirmada inexistencia de relación de competencia y la falta de voluntad de expulsar del mercado a la solicitante no se configuran como elementos integrantes de los ilícitos concurrenciales invocados sino que se alude, entre otros factores, a la ausencia de relación de competencia para justificar las diferencias existentes entre el supuesto analizado y otros antecedentes judiciales que se invocaban en la solicitud en los que las medidas aplicadas tachadas de desleales, habían sido adoptadas de manera absolutamente injustificada.

El tribunal sí aprecia que al tiempo de la solicitud de las medidas cautelares, una sociedad del grupo de las demandadas, la mercantil "AMERICAN EXPRESS FOREIGN EXCHANGE, S.A.U.", operaba en el mercado de cambio de moneda, concurriendo a los concursos de AENA para prestar el servicio, hasta el punto de que tenía abiertos varios establecimientos en el aeropuerto de Barajas, siendo irrelevante que lo fueran en una terminal distinta a aquella en la que solicitante tenía los suyos. Sin embargo, la existencia de relación de competencia entre la solicitante y una empresa del grupo de las demandadas no convierte la resolución de los contratos en un acto de **competencia desleal** al tener la actuación denunciada, en principio, una justificación objetiva como



ya hemos explicado, sin perjuicio que se pueda valorar desde el punto de vista contractual si dicha actuación era o no realmente causa de resolución de los contratos con las consecuencias que procedan desde el punto de vista contractual.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación.

CUARTO.- La parte apelada impugna el pronunciamiento de la resolución por el que no se impusieron las costas procesales a la parte solicitante a pesar de desestimarse la solicitud cautelar, por apreciar el juzgador especiales dudas de hecho y de derecho en aplicación del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se remite al artículo 394 del mismo texto legal .

La impugnación no puede prosperar en tanto que el impugnante no cuestiona la existencia de serias dudas de hecho y de derecho para la resolución de la petición cautelar sino que reprocha mala fe a la solicitante, en esencia, por haber presentado la demanda, tras la denegación en primera instancia de la petición cautelar solicitada con carácter previo y mientras estaban negociando las partes los nuevos contratos, demanda que fue turnada a otro Juzgado que tuvo que anular las actuaciones cuando tuvo conocimiento, en trámite de audiencia previa por las alegaciones de la parte demandada, de la presentación de las medidas cautelares previas en otro Juzgado que era el competente para conocer de la demanda posterior.

La buena o mala fe con la que la solicitante promovió la demanda que contenía una nueva petición de medidas cautelares es completamente irrelevante para decidir sobre el pronunciamiento en costas relativo a las medidas cautelares previas a la demandad aquí enjuiciadas.

No cuestionándose la existencia de serias dudas de hecho y de derecho para resolver sobre la petición cautelar, procede desestimar la impugnación de la resolución formulada por el apelado.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante, en lo que se refiere al recurso de apelación, y al impugnante, en lo que afecta a la impugnación, al resultar desestimadas todas las pretensiones de sus respectivos escritos de recurso e impugnación, tal como se prevé en el apartado 1º del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Fuencisla Gozalo Sanmillán en nombre y representación de la entidad "MACCORP EXACT CHANGE, S.A." contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de esta capital de fecha 30 de abril de 2014 , recaído en la pieza separada de Medidas Cautelares Previas nº 212/12 del que este rollo dimana.

2.- Desestimar la impugnación formulada por el procurador don Julián Plaza García en nombre y representación de las entidades "AMERICAN EXPRESS DE ESPAÑA, S.A.U." Y "AMERICAN EXPRESS PAYMENT SERVICES LIMITED, SUCURSAL EN ESPAÑA" contra la resolución reseñada en el apartado anterior.

2.- Confirmar la resolución apelada.

3.- Imponer al apelante las costas derivadas de su recurso y al impugnante las causadas con su impugnación.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.