

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CÁDIZ

Audiencia Provincial, C/ Cuestas de las Calesas s/n
Tif.: 956-011688-89/956,011700. Fax: 956,011701
NIG: 1101242M20140000179

Procedimiento: Pieza de Medidas Cautelares 212.01/2014. Negociado: M

Sobre

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr./a.: FERNANDO A. LEPIANI VELAZQUEZ

Letrado/a Sr./a.: JOSE LUIS ORTIZ MIRANDA

Contra D/ña.: CAJA RURAL DEL SUR

Procurador/a Sr./a.:

Letrado/a Sr./a.:

José Luis Ortiz Miranda
ABOGADO · Coleg. n.º 1289

31237972-Z
Telfs: (956) 25 00 61-25 04 08 Fax: 956 25 43 53
Avda. del Puerto 1.4º F (Edificio Trocadero)

FERNANDO LEPIANI VELAZQUEZ
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
NOTIFICADO

27 FEB. 2014

C/. Antonio López 14 -11004 Cádiz
Móvil: 607 61 92 06
Teléfono/Fax: 956 21 38 58

AUTO

En la ciudad de Cádiz, a veinticuatro de febrero de 2014.

HECHOS

ÚNICO.- El Procurador de los Tribunales Don Fernando Lepiani Velázquez, en representación de DOÑA [REDACTED], interpuso demanda de nulidad de condición general, por abusiva, y reclamación de cantidad, contra "CAJA RURAL DEL SUR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO", en la que solicitaba la adopción de medida cautelar, consistente en la suspensión de la aplicación de la cláusula suelo, en tanto se resolviera definitivamente sobre su validez.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 721.1 LEC autoriza a quien interponga cualquier demanda a solicitar del tribunal la adopción de las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pretenda obtener. La adopción de cualquier medida cautelar requiere, en primer lugar, la concurrencia de dos requisitos: *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, y *periculum in mora*, o peligro por la mora procesal. El artículo 728 LEC hace referencia a estos dos requisitos, definiendo el primero como aquellos datos, argumentos y justificaciones documentales (en defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios), que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, y el segundo como riesgo de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual

sentencia estimatoria. Por lo demás, una nota fundamental de toda medida cautelar es su carácter instrumental (es decir, no constituye un fin en sí misma, sino un medio para garantizar la efectividad del pronunciamiento judicial que se pretenda obtener en el procedimiento principal, y así lo entiende el artículo 726.1.1ª LEC, cuando dispone que la medida cautelar ha de ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente), y, como consecuencia de ello, temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento (artículo 726.2 LEC).

SEGUNDO.- Examinaremos, en primer lugar, la concurrencia de *fumus boni iuris*. La acción ejercitada pretende la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de limitación, a la baja, del tipo de interés variable pactado (cláusula "suelo"), respecto del préstamo hipotecario, concedido a la actora por la demandada, documentado en escritura pública de ampliación de préstamo hipotecario otorgada en San Fernando el once de diciembre de 2006, ante el Notario Don Javier ---
Dicha acción encuentra su fundamento en el artículo 8.2 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que remite al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre (que incorpora la antigua LGDCU, 26/84, de 19 de julio), concretamente a sus artículos 82 y ss. De ello se desprende que son presupuestos necesarios del control de abusividad y transparencia, en primer lugar, la posibilidad de considerar que la cláusula cuestionada es condición general, es decir que ha sido impuesta, en el sentido de no negociada individualmente, predispuesta y destinada a ser incorporada a una pluralidad de contratos, y, en segundo lugar, que el contrato se haya celebrado con un consumidor o usuario. En cuanto a la primera condición, salvo que la entidad bancaria acredite lo contrario, cosa que, hasta el momento, no ha hecho (carga que le corresponde, conforme al artículo 82.2 RD 1/07), ha de presumirse que la cláusula no fue negociada individualmente. Hemos de tener en cuenta, por otra parte, que el Tribunal Supremo, en las sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, entre otras, ha venido reconociendo, en principio, el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras, sin perjuicio, claro está, de que la entidad bancaria pueda probar que, en el caso concreto, fueron negociadas individualmente. En realidad, jamás llegó a existir acuerdo con el prestatario ni con sus avalistas para modificar, a la baja, el límite

inferior al tipo de interés variable. En cuanto a la segunda, la condición de consumidores o usuarios de los prestatarios, en el presente caso, no resulta difícil de determinar. En efecto, la parte demandante ha alegado que el préstamo había de destinarse a la adquisición de la vivienda, finca registral 31659, finca urbana vivienda sita en planta segunda del edificio en esta Ciudad, con entrada por la calle Jardinillo o portal dos señalada con la letra J, de la cual es dueña en pleno dominio la hoy actora, y así se desprende de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad conyugal otorgada en San Fernando el once de diciembre de dos mil diez bajo protocolo nº tres mil trescientos treinta y cuatro ante el Notario Don

, en virtud de la cual, se adjudica a la actora el único bien inventariado y descrito en el apartado A, quedando por tanto subrogada en el préstamo hipotecario referido en apartado b anteriormente referido. La escritura así lo hace constar " la parte adquirente hipotecante va a destinar la finca adquirida y que hipoteca en esta escritura a vivienda habitual", que menciona que la finalidad del préstamo es la adquisición de dicho inmueble. Por lo demás, en la escritura que se aporta junto con la demanda, en la que indican que el préstamo se destinó a la adquisición de la vivienda habitual, que según se desprende de la escritura constituye el domicilio habitual del hoy actor. Conforme a su artículo 3, son consumidores o usuarios "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". En el presente caso, de la prueba documental presentada (única practicada hasta el momento) se desprende que el capital obtenido iba a destinarse a financiar la deuda contraída para la adquisición de la vivienda habitual (la parte prestamista, en virtud de la novación modificativa del préstamo hipotecario, entrega a la prestataria en calidad de préstamo la suma de 110.000,00 euros, estableciéndose un plazo de amortización de 420 meses). Hemos de concluir, pues, que el demandante, actuó como consumidor, y por ello es posible (y obligada) la aplicación de los artículos 8.2 LCGC y 82 y ss del RD 1/07. Por lo demás, y sin ánimo de prejuzgar el objeto del pleito principal, consideramos que existe desequilibrio entre la posición de ambas partes contratantes, generado por la cláusula impugnada (lo que determinaría su abusividad), que establece, de un lado, un suelo, del 3,75% , literalmente la cláusula cuarta en el apartado bajo la rúbrica "modificación del tipo de interés" dispone dicho articulado " se pacta expresamente que en ningún caso los intereses serán inferiores al 3,75%, por ciento nominal anual, quedan sin efecto las limitaciones del tipo al alza" , cuya aplicación resulta factible (de hecho se ha aplicado, cosa que ninguna de las

partes niega), y, de otro, no fija un porcentaje de tipo de interés máximo a aplicar (cláusula techo), de modo que éste no ofrece una protección real al consumidor ante la variación de los tipos de interés. No se ha probado, por el momento, que, a cambio de la desventaja que implica la cláusula suelo, se ofreciera al consumidor otra ventaja equivalente. Concorre, por todo ello, apariencia de buen derecho. Invoca así mismo la parte solicitante de la presente cautelar para justificar su pretensión, la falta de claridad y transparencia en los términos de la cláusula aludida, dado que en ninguno de los casos le fue facilitada por la entidad bancaria oferta vinculante ni documentación análoga referente a la transparencia del préstamo hipotecario en cuestión, conforme determina la Ley 41/2007 de 7 de diciembre por la cual se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario.

TERCERO.- Por otra parte, en cuanto al segundo requisito - *periculum in mora* -, se alega, por el demandante, que la aplicación de la cláusula suelo supone, actualmente, la aplicación de unas cuotas de amortización más altas de las que correspondería pagar si no existiera, y que su situación económica no le permite continuar atendiéndolas dado la situación de desempleo en la que se encuentra inmerso. Señala que continuar así les ocasionaría un daño irreparable, pues la falta de pago puede conducir a que la demandada ejecute la hipoteca, y con ello a que la sentencia, aunque fuese estimatoria, no le sirviera ya para nada. Como ya hemos visto, la sentencia, si fuera estimatoria de las pretensiones del demandante, habría de declarar la nulidad de la cláusula suelo, y en consecuencia la restitución de una serie de cantidades cobradas de más, que la parte actora cuantifica. De la documental aportada por las partes se desprende que, efectivamente, el demandante hasta día de hoy no ha dejado de abonar algunas cuotas, ya que lo contrario esto es, la falta de pago, procedería a dar por vencida la totalidad del préstamo y a su reclamación judicial, posibilidad que, efectivamente, prevé el contrato, según se desprende de la escritura. Ello puede conducir a la pérdida de la vivienda hipotecada, lo que, desde luego, sería un daño difícil de reparar, y que perfectamente podría producirse en tanto recaiga sentencia firme sobre la nulidad solicitada, si el impago continúa (y no parece probable que sea voluntario, pues creemos que nadie se arriesgaría de ese modo a perder su vivienda). Si ello ocurriera, la sentencia estimatoria podría declarar la nulidad de la cláusula suelo y condenar a la entidad bancaria a la devolución de determinadas cantidades cobradas indebidamente, pero nunca podría devolver al

demandante su vivienda, perdida, tal vez, por no poder pagar una cantidad que, en realidad, si se estima la sentencia, debería ser mucho menor. Concorre, pues, entendemos, peligro por la mora procesal. La suspensión de la aplicación de la cláusula suelo no determinaría, desde luego, la de una eventual ejecución hipotecaria, a la que el hoy demandante sólo podría oponerse por las causas previstas en el artículo 695 LEC (entre las cuales figura la pluspetición, si bien ésta, aun en caso de ser estimada, no determina el fin de la ejecución, sino tan sólo que continuará por menor cantidad), y que en ningún caso podría verse suspendida por la pendencia de este proceso, conforme al artículo 698 LEC, pero sí es cierto que podría facilitar que el demandante pudiera hacer frente a las cuotas, con lo que, probablemente, se evitaría tal ejecución. Creemos, por ello, que la medida propuesta es idónea para conseguir el fin que se propone, evitar al demandante un perjuicio que podría ser irreparable, y resulta, por lo demás, proporcionada, vista la apariencia de buen derecho de la pretensión, la entidad del perjuicio que podrían sufrir el demandante, y el inferior perjuicio que supondría para la entidad bancaria dejar de percibir las cantidades derivadas de la aplicación de la cláusula suelo. Por último, hemos de señalar que la suspensión de la eficacia de la cláusula suelo (se solicita, textualmente, la "supresión" de la misma, pero entendemos que se refiere a la suspensión, es decir, a la ineficacia temporal de la cláusula impugnada, en tanto se resuelve el pleito principal, pues la provisionalidad inherente a toda pretensión cautelar no permite entender que ésta se refiere a un mero anticipo de la tutela principal solicitada, para que ésta se otorgue con carácter definitivo) no figura recogida en el catálogo del artículo 727 LEC, si bien tales supuestos no son "numerus clausus", pues su apartado 11º también recoge la posibilidad de adoptar "aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio". Por todo lo anterior, procede acordar la mencionada medida cautelar.

CUARTO. - En cuanto a la fijación de la caución, prevista en el artículo 735.2 LEC, que la parte demandante debe ofrecer, conforme al artículo 732.3 LEC, dicha parte ha ofrecido la cantidad de 30 euros. Aunque tal cuantía parece algo escasa en relación con el montante a que podrían ascender las cantidades que deberá abonar la actora en caso de ser desestimada la demanda (véase el importe reclamado en la demanda, correspondiente a las cantidades cobradas de más desde el

inicio del contrato, y ténganse en cuenta los bajos valores que está alcanzando últimamente el EURIBOR, como es notorio, y la probable duración del proceso), lo cierto es que, vistas las dificultades de pago alegadas (y que parecen verosímiles, como hemos visto), cuyas consecuencias, precisamente, se trata de evitar, estimamos que fijar un importe superior a 2000 euros sería privar de virtualidad a la medida cautelar. Por tal motivo se fija la caución que ha de prestar la actora en 1.500 euros, a ingresar en efectivo en la cuenta de consignaciones de este Juzgado. Conforme dispone el artículo 737 LEC, la prestación de dicha caución será requisito necesario para la efectividad de la medida cautelar.

QUINTO.- Por lo que se refiere a las costas ocasionadas en el presente proceso cautelar, según el artículo 736 LEC se impondrán con arreglo a los criterios del artículo 394 LEC, y por tanto a la parte demandada, dado que se ha estimado íntegramente la demanda cautelar.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda la suspensión cautelar de la eficacia de la cláusula relativa al límite mínimo al tipo de interés ("cláusula suelo"), incluida en el contrato de préstamo hipotecario, concedido a la actora por la demandada, documentado en escritura pública otorgada el once de diciembre de 2006, protocolo nº 3335, ante el Notario Don ..., previa prestación de caución, por importe de 1.500 euros, en efectivo, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación (artículos 735.2 y 736.1 LEC), ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente resolución, previa consignación del depósito de 50 euros previsto por LO 1/09, de 3 de noviembre, en la cuenta de este Juzgado, requisito sin el cual no se admitirá a trámite.

Lo manda y firma la Sra. D^a. Elizabeth López Bermejo, Magistrada-Juez en régimen de sustitución del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz Doy fe.-