

Audiencia Provincial Civil de Madrid**Sección Undécima**

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0080718

Recurso de Apelación 764/2015

(01) 30728164948

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 99 de Madrid

Autos de Pieza de Medidas Cautelares 452/2015-01

APELANTE: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN
PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON**APELADO:** CAIXABANK S.A.
PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER**A U T O****TRIBUNAL QUE LO DICTA:****ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:**

D. CESÁREO DURO VENTURA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dña. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA.**

En Madrid, a siete de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre Pieza de Medidas Cautelares 452/2015-01 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 99 de Madrid, seguidos entre partes, de una como apelante **ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN**, representada por la Procuradora Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, y de otra, como apelado, **CAIXABANK S.A.** representada por el Procurador D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER.

I.- HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 99 de Madrid, en fecha 28 de julio de 2015, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“En atención a lo anteriormente expuesto, acuerdo denegar la petición de medidas cautelares formulada por la representación procesal de la Asociación de Afectados por Permutas y Derivados Financieros, entidad que actúa en representación de sus asociados doña _____ y don _____ frente a la entidad Barclays Bank, S.A.U., hoy Caixabank, S.A., condenándose a la parte demandante al pago de las costas procesales devengadas en la pieza de medidas cautelares incoada.”.

SEGUNDO.- Notificado el mencionado auto, contra el mismo se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que lo impugnó. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día, 2 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar lo acordado.

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

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, en representación de sus asociados DÑA. _____ y D. _____

se formuló demanda de procedimiento Ordinario contra BARCLAYS BANK, S.A., por la que se ejercitaba acción de nulidad parcial del contrato de préstamo multidivisa suscrito por dichos asociados con la indicada entidad bancaria (hoy CAIXABANK, S.A.), por vulnerar la normativa imperativa aplicable y por haber sido suscrito con dolo y/o vicio en el consentimiento; con las consecuencias de integración del contrato como realmente se concibió por los clientes, tan solo un préstamo para la adquisición de su vivienda habitual y no una inversión. Se solicitaba la adopción de medidas

cautelares a fin de evitar el riesgo de sufrir una ejecución hipotecaria por impago de las cuotas del préstamo en cuyo importe podría influir los efectos de la cláusula, consistentes en: 1ª) que se faculte a los clientes al abono de una cuota mensual de 786,84 euros para cumplir con la obligación de pago adquirida en virtud del préstamo hipotecario cuya nulidad parcial se insta; 2ª) se impida la posibilidad de ejecutar la garantía hipotecaria mediante el pago de dichas cuotas. Se ofrece caución consistente en el incremento en un 3% de la cuota señalada en su informe pericial.

La demandada se opuso y el Juzgado desestima la medida solicitada, en base al argumento de que con las medidas cautelares interesadas se pretende por la parte demandante suspender los efectos propios derivados del préstamo hipotecario suscrito con la entidad bancaria demandada, contrato válido y eficaz hasta la fecha y respecto del cual la parte demandante no ha discutido su validez y eficacia obligatoria hasta el momento de interponer la demanda, resultando de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del apartado primero del art. 728.1 LEC.

Contra dicha resolución recurre la parte demandante. Alega, en síntesis, que lo que pretende con su acción es la nulidad del derivado financiero por defectuosa y en algún punto inexistente información recibida cuando solicitó un dinero en préstamo para adquirir su vivienda habitual, y que con la medida cautelar interesada se quiere asegurar que durante el curso del procedimiento no se inicie por la entidad procedimiento ejecutivo que impida la efectividad de la sentencia en el sentido de que, lograda la nulidad del derivado financiero, se haya sin embargo resuelto el préstamo y perdido por los actores en el procedimiento ejecutivo hipotecario su vivienda habitual. Aduce también que la resolución que se combate solo menciona que no se cumple el requisito del párrafo 2º del art. 728.1 LEC, negando que exista una situación de hecho consentida, pues no fueron conscientes hasta más adelante y entonces formularon las primeras reclamaciones y quejas. Sostiene que se cumplen todos los requisitos para la adopción de la medida interesada, tanto la apariencia de buen derecho, como el peligro de mora procesal, pues la dificultad de pago de las cuotas provocada por el derivado intrínseco al préstamo está agravada por la situación de desempleo de los prestatarios. Y que no se pretende suspender el pago del préstamo, sino evitar su ejecución pagando las cuotas correspondientes a un préstamo en euros.

La parte demandada se opone al recurso, sosteniendo que no consta acreditada la apariencia de buen derecho ni el periculum in mora, así como que la caución ofrecida resulta injustificada e insuficiente y realmente no es una caución, y que la medida cautelar solicitada no se encuentra dentro del elenco de medidas cautelares previstas en el art. 728 LEC. Interesa la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO.- Para que resulte procedente una medida cautelar y pueda mantenerse durante la sustanciación del procedimiento en cuya razón se ha adoptado, es preciso que se den los siguientes requisitos: a) Una situación jurídica tutelable, b) La manifestación del derecho ejercitado como verosímil, esto es, que el examen de la documentación aportada se ofrezca como cierto y existente -fumus boni iuris-. c) El peligro de un daño inmediato o irreparable determinado por el retraso en recibir la prestación, por el permanente desconocimiento de la obligación de hacer o no hacer, o el riesgo de que la ejecución sea difícil o imposible cuando proceda -periculum in mora-. d) La temporalidad de la medida solicitada, como consecuencia de su carácter accesorio. e) La correlación y adecuación de la medida con las consecuencias que naturalmente han de derivarse de la resolución final. Y f) El ofrecimiento de prestar caución en el escrito de petición y la efectiva prestación de la fianza que el Juez señale, cuando la ley así lo exija, en la cuantía que, atendida la solvencia del solicitante, naturaleza de la medida cautelar adoptada, eventuales perjuicios que pudieran irrogarse al demandado y demás circunstancias concurrentes, repute procedente.

Las medidas cautelares constituyen, en definitiva, un mecanismo procesal que tiende a asegurar la efectividad de la tutela del derecho ejercitado o que en breve plazo va a serlo, a través del cual se trata de evitar que, con ciertos actos u omisiones del demandado durante la inevitable pendencia del litigio, resulte frustrada en el futuro la ejecución de la resolución que le ponga fin.

Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2010, de 19 de julio, la finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo (Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2008, de 12 de diciembre, E.J.2). Resoluciones que destacan su carácter provisional, instrumental y temporal.

TERCERO.- Sentadas tales premisas jurídicas, en este caso cabe apreciar la apariencia de buen derecho, siquiera sea desde el conocimiento somero y limitado propio de esta sede.

La apariencia de buen derecho no es la consecuencia de un juicio jurídico definitivo sobre la prosperabilidad de la acción deducida en el procedimiento, como consecuencia de una prueba contradictoria demostrativa de los hechos que le dan sustento, pues ello comporta la plena sustanciación del proceso, sino el fruto de una apreciación inicial, sumariamente obtenido sobre la legitimación causal o relación sustantiva del demandante-solicitante con el derecho o situación jurídica objeto de la tutela judicial impetrada, y sobre la existencia misma de esta con ponderado y suficiente grado de similitud, que se debe alcanzar, como se señala en el artículo 728-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los datos, argumentos y justificaciones documentales plasmados en la solicitud 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.

Aunque como expresa la SAP Madrid, Sección 19, de 19 de julio de 2012 “no basta con alegar la apariencia sino que es preciso algo más porque se necesita por un lado dar la tutela pedida pero también evitar abusos, y utilidades espúreas de este mecanismo legal”. Y puntualiza esta Sección 11ª en sentencia de 14 de enero de 2013, invocando el Auto de la AP Barcelona, Sección 11ª, de fecha 9 de mayo de 2007, “debiéndose tener en cuenta que al juzgar sobre la probabilidad que el actor tenga derecho a lo que pide para acordar o denegar una medida cautelar es quizá humanamente imposible sin "prejuzgar" la decisión sobre el fondo, si bien el único mecanismo correcto es la prudencia judicial, para decidir sobre la existencia o intensidad del "buen aspecto inicial" del derecho del actor.”

En este caso, la intensidad de la apariencia de buen derecho -*fumus bonis iuris*- es innegable para este tribunal, que en otros procedimientos ya ha dictado sentencia declarando la nulidad parcial de un préstamo con cláusula multidivisa, externamente semejantes a la litigiosa (recientemente en rollos 264/15 y 436/14), como también otras Secciones de esta misma Audiencia Provincial.

CUARTO.- La cuestión estriba así en la concurrencia del requisito del "periculum in mora", que ha de estimarse asimismo concurrente.

Para la adopción de toda medida cautelar es necesaria la existencia del denominado "periculum in mora" o riesgo de que durante la pendencia del proceso puedan darse situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que se pretende con una eventual sentencia estimatoria. Dicho requisito se configura de forma objetiva, como una posibilidad concreta de peligro, no bastando la sola creencia o temor subjetivo del solicitante. Y si bien no se exige una justificación o prueba plena de este peligro, sí que al menos es necesario que sea perceptible con una relevante probabilidad.

Cuando del cumplimiento de obligaciones dinerarias se trata, el periculum in mora suele venir referido al riesgo de insolvencia del deudor que, de ordinario, suele asumir la posición de parte demandada pasiva en el proceso. Sin embargo, en el caso de autos es el propio deudor quien alega, no el riesgo de insolvencia de la entidad financiera demandada, sino el propio para justificar que la sentencia a dictar en el proceso principal resultará ilusoria si no sea adopta la medida cautelar que interesa.

Algo que aunque singular consideramos ciertamente posible porque, como expresa la Sección 1 de la AP Barcelona, en auto de 26 de marzo de 2013: "el artículo 728 LECi habla de "situaciones" que puedan impedir o dificultar la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y parece evidente que si el deudor no puede atender el pago de las liquidaciones convenidas y la entidad financiera insta la ejecución del préstamo hipotecario, podría verse comprometida muy seriamente la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse con la eventual sentencia estimatoria a dictar en el proceso principal".

En el supuesto que allí se contemplaba, según se explica en dicho auto, la resolución de primera instancia no consideró que la cautelar solicitada (suspensión temporal de las liquidaciones pendientes mientras no se resolviera el proceso principal) guardase la debida correlación con las pretensiones deducidas en el proceso principal (nulidad parcial del préstamo para dejar sin efecto la cláusula multidivisa y recalcular el capital adeudado pasando a liquidarlo "en la moneda propia del país en el que se celebra el contrato"),

compartiendo la Sala dicho planteamiento, y considerando que la medida a solicitar no debió ser la suspensión del contrato, sino el pago provisional de la cuota que, a entender de la parte solicitante de la medida, le correspondería realizar de declararse nula la opción multivisa, petición que la parte demandante se encontraba en perfectas condiciones de poder realizar a la vista del informe pericial aportado. Medida que precisamente coincide con la que aquí se nos somete a consideración.

Señala la Sección 5 de la AP Cádiz, de 20 de junio de 2016, en un supuesto donde la medida solicitada era la suspensión cautelar de la cláusula relativa al límite mínimo o "cláusula suelo" del contrato de préstamo hipotecario, que no cabe identificar automáticamente dicho requisito con el precedente de la obligación de afrontar cuotas más altas de las correspondientes en derecho, imposibilidad de pago y riesgo de ejecución hipotecaria, que se reiteran por los prestatarios, sin posibilidad de ser valoradas en este trámite, apuntando también a la particularidad añadida de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Protección de los Deudores Hipotecarios, que amplía la oposición a la ejecución al "carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible" (causa 4ª del artículo 695 de la Ley Procesal Civil). Expresando a continuación:

“Por otra parte, como ya estableció asimismo este Tribunal, entre otras diversas resoluciones, por auto de de 22 de octubre de 2015 "... lo esencial es determinar si existe o no ese periculum in mora, necesario para la adopción de tal medida y rechazado en la instancia. En este orden de cosas, la Sala ha venido acudiendo tras la sentencia de 9-Mayo-2013, a la teoría del **peligro de mora impropio**, como fundamento de las medidas cautelares, y así, inmediatamente de dictada la conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, esta Sala tras asumir la no retroactividad en cuanto a la devolución de los intereses derivados de la clausula suelo declarada nula, ya inició una interpretación puramente procesal en el sentido de retrotraer los efectos a la fecha de establecimiento de la litis contestatio, o desde la presentación de la demanda, cuando ésta se hubiera realizado con posterioridad a la sentencia citada, adoptando medidas cautelares que evitaban que una clausula que tenía posibilidades de ser declarada nula, por no adoptarse medidas cautelares, se fuera abonando a todo lo largo del procedimiento sin posibilidad de restitución, con el consiguiente enriquecimiento injusto, interpretación ésta que ha sido posteriormente validada

por nuestro TS, quien incluso y a la vista de las razones existentes ha anunciado que los efectos deben retrotraerse a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013. No obstante, no desaparece con ello el que ha venido a llamarse un **peligro por mora procesal impropio**, que de no merecer la protección cautelar solicitada abocaría durante el procedimiento -con todas sus vicisitudes e instancias- al pago sistemático de las cantidades giradas conforme al pacto en disputa, con repercusiones onerosas más o menos intensas y duraderas en la economía del obligado, que aún despejadas a la luz de la nueva doctrina las dudas sobre la posible reparación y su alcance en caso de vencimiento en el pleito, no dejarían de representar una clara e injusta contención, expuesta a nuevos trámites y actuaciones, con evidente vulneración de los principios de protección a los consumidores, y evidente riesgo de que éstos puedan no tener solvencia suficiente para atender tales pagos (o como en el caso, en que no se solicita la restitución, se siguieran abonando unas cantidades cuando a todas luces la entidad es consciente de la más que posible nulidad de la cláusula). (...) Es por tanto ese peligro de mora impropio el que debe entenderse concurrente y justificador de la adopción de medidas cautelares.”

QUINTO.- Desde dicha perspectiva, de la medida cautelar solicitada (pago provisional de la cuota que, a su entender, les correspondería realizar de declararse nula la opción multidivisa), es instrumental y guarda la debida correlación y proporcionalidad con las pretensiones deducidas en el proceso principal (nulidad parcial del préstamo para dejar sin efecto la cláusula multidivisa y recalcular el capital adeudado referenciado a euros), petición que la parte demandante se encuentra en condiciones de poder realizar en base al informe pericial que aporta; ello claro está, sin perjuicio del posterior ajuste de cantidades que pudiera realizarse conforme a la eventual sentencia estimatoria que se dictase en el proceso principal. Sin que quepa apreciar la existencia de una situación continuada en el tiempo, que conforme al art 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impediría la adopción de medidas ("No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces"), pues es precisamente el conocimiento posterior de los prestatarios del estado de su préstamo multidivisa el detonante de esta situación, habiendo presentado primero sus quejas y reclamaciones ante la propia entidad bancaria y después, al no haber sido atendidas, acudiendo al auxilio judicial.

Es procedente por tanto acordar la medida interesada, de modo que con suspensión cautelar de la cláusula multidivisa del préstamo hipotecario suscrito por DÑA.

y D. con
BAR5CLAYS BANK, S.A., en fecha 18 de junio de 2007, los citados prestatarios, en cuya representación como asociados actúa la ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, están facultados para abonar, durante todo el tiempo que penda el procedimiento principal, cuotas mensuales de 786,84 euros para cumplir con la obligación de pago adquirida en virtud del préstamo hipotecario cuya nulidad parcial se insta en el procedimiento ordinario de referencia; y la entidad financiera demandante no podrá ejecutar la garantía hipotecaria de producirse el pago de tales cuotas.

SEXTO.- Por último, el ofrecimiento de caución es presupuesto procesal necesario para la adopción de las medidas. El artículo 728.3 de la LEC establece como preceptiva la prestación de caución para responder de modo rápido y efectivo de los daños y perjuicios que la medida pudiera conllevar para la parte contraria, lo que no tiene por qué corresponderse en proporción alguna con la cuantía de lo que hubiese podido ser objeto de reclamación en el proceso principal. Son las consecuencias dañosas que podría sufrir el que pueda verse sometido a las medidas y precisamente como consecuencia de tener que soportar éstas, si es que luego se revelasen, al fallar el asunto principal, como indebidamente sufridas, lo que debe constituir la referencia para la cuantificación de la caución.

Así, el artículo 732.3 de la LEC configura el ofrecimiento de la caución no como un mero requisito de ejecutabilidad sino como un presupuesto para la concesión de la medida, incumbiendo a la parte solicitante la satisfacción de tal carga procesal, de manera que resulta imprescindible ofertarla en la propia solicitud cautelar, debiendo entonces concretar su tipo (que podía ser bien metálico, bien aval o bien otro medio de garantía cuya suficiencia debiera ser valorada por la contraparte y por el juzgador) y justificar su importe (lo que excluye la posibilidad de efectuar una oferta genérica, como ocurre, por ejemplo, con el empleo de fórmulas tales como la que señale el tribunal o la que resulte del incidente, etc).

En este caso, la parte peticionaria de la medida cumple con la obligación de ofrecer caución, que concreta en el 3% incorporado al importe que a su vez solicitan que se les

permita abonar por cada cuota, en cálculo alcanzado conforme al informe pericial que se aporta. Fórmula que este tribunal entiende que es inadecuada; ciertamente, la caución no debe establecerse en base a tal referencia prolongada en el tiempo.

Considera este tribunal, atendiendo a la intensidad del "fumus boni iuris" antes analizado y valorando la potencial lesividad de la medida cautelar adoptada, no habiendo puesto de manifiesto la demandada ninguna otra circunstancia concreta digna de consideración al respecto, que el importe de 500 euros, a abonar de una sola vez, resulta una prudente estimación de los perjuicios que pudiera sufrir la parte demandada si la medida se reputase más adelante como indebida.

SEPTIMO.- Conforme a lo expuesto, procede la parcial estimación del recurso, acordando las medidas cautelares interesadas, teniendo en cuenta que la caución que deberán prestar los solicitantes de la medida ha de ser la antes expresada. Sin especial pronunciamiento respecto de las costas de la primera instancia ni de la alzada, conforme a los art. 735 y 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, en representación de sus asociados DÑA.

y D. _____, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 99 de Madrid, de fecha 28 de julio de 2015 y, en consecuencia, **REVOCAR** la expresada resolución y, con estimación parcial de la solicitud de medidas cautelares, **ACORDAMOS**:

1) Que, con suspensión cautelar de la cláusula multidivisa del préstamo hipotecario suscrito por DÑA. _____ y D.

_____ con BAR5CLAYS BANK, S.A., en fecha 18 de junio de 2007, los citados prestatarios, en cuya representación como asociados actúa la ASOCIACION DE

USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, están facultados para abonar, durante todo el tiempo que penda el procedimiento principal, cuotas mensuales de 786,84 euros para cumplir con la obligación de pago adquirida en virtud del préstamo hipotecario cuya nulidad parcial se insta en el procedimiento ordinario de referencia y la entidad demandada no podrá ejecutar la garantía hipotecaria de producirse el pago de tales cuotas.

2) Con carácter previo, la ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN, solicitante de la medida en representación de sus asociados DÑA.

y D.

deberá

prestar caución en la cantidad de QUINIENTOS EUROS (500 euros) en cualquiera de las formas admitidas en Derecho para garantizar los daños y perjuicios que pudieran derivarse para el demandado por la adopción de la medida cautelar adoptada.

3) No se hace especial imposición de las costas de la primera instancia ni de la alzada.

Se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido, de acuerdo con el apartado octavo de la Disposición Decimoquinta de 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, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así, por este auto, contra el que no cabe recurso alguno, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados arriba reseñados.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe