

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 13
MADRID

C/ CAPITAN HAYA, 66 PLANTA 3: MADRID (28020)

55700

Número de Identificación Único: 28079 1 0201959 /2012

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1640 /2012 **SECCION I**

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña.

Procurador/a Sr/a. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Contra D.ña. BARCLAYS BANK S.A.

Procurador/a Sr/a. ADELA CANO LANTERO

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
27 MAR 2013	25 MAR 2013
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

A U T O N° 215

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ D./Dña. Mª SOLEDAD ESCOLANO ENGUIITA

En MADRID , a quince de marzo de dos mil trece

HECHOS

PRIMERO.- El Procurador DÑA. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, actuando en nombre y representación de D. y DÑA. formuló demanda de juicio ordinario frente a BARCLAYS BANK, S.A. en la que solicitaba la nulidad parcial de las cláusulas multidivisa contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito. Posteriormente y con fecha 2 de Enero de 2013 presentó escrito solicitando la adopción de medidas cautelares consistente en la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria 849/12 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante hasta la resolución del declarativo seguido en este Juzgado.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 7 de Febrero pasado se acordó la formación de pieza separada, dictándose auto denegando la adopción de la medida inaudita parte y acordando la celebración de la vista establecida en el artículo 734 de la LEC que se verificó el pasado día 11 de marzo de 2013.

TERCERO.- La vista se celebró en la fecha señalada, habiéndose utilizado para su documentación soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen de conformidad con lo establecido en el artículo 187 y 146 de la LEC, compareciendo D. y DÑA. con la representación citada y asistido del Letrado DÑA. PATRICIA GABEIRAS VAZQUEZ, y así mismo lo verificó BARCLAYS BANK, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales DÑA. ADELA CANO LANTERO y asistida del Letrado D. BORJA FERNANDEZ DE TROCONIZ y FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ BERMUDEZ. Ratificada la parte actora en su solicitud de medidas, la parte demandada se opuso a la misma alegando la falta de los requisitos exigidos para acordar las medidas solicitadas; y solicitado el recibimiento a prueba, se propuso la documental aportada y que se aporta, quedando los autos vistos para resolver.



Madrid

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 728 de la LEC regula los requisitos necesarios para que puedan ser adoptada una medida cautelar, que se concretan en: 1) La existencia de un peligro en la mora procesal, debiendo justificarse que podían producirse situaciones durante la pendencia del proceso que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia condenatoria; 2) La apariencia de buen derecho, presentando los datos, argumentos y justificaciones documentales para fundar un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de sus pretensiones; 3) Prestación de caución; habiéndose recogido de este modo por el legislador los requisitos que venían siendo exigidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para determinar la adopción de una medida cautelar, que se contraían a la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo ("periculum in mora") y la apariencia que el demandante ostenta del derecho invocado con la consiguiente, probable o verosímil ilegalidad de la actuación del demandado ("fumus bonis iuris").

De donde se deduce que cualquier medida cautelar debe ser objeto de una interpretación restrictiva al ser necesario para la adopción de las mismas la existencia de una necesidad real que no debe confundirse con la mera conveniencia del actor, por lo que necesidad y excepcionalidad de la medida a adoptar han de enlazarse con la mínima agresión posible, y en respuesta a una verdadera necesidad, debiendo adoptarse todas las precauciones para no causar un desequilibrio entre las partes que no sea necesario y urgente, requerido por las circunstancias del caso y en las mejores condiciones de reparabilidad del daño o perjuicio que pudiera irrogarse.

SEGUNDO.- A tenor de la anterior doctrina y ejercitándose una acción tendente a la declaración de nulidad de las cláusulas multidivisa contenidas en un contrato de préstamo hipotecario que sido declarado vencido anticipadamente por la demandada habiéndose instado su ejecución en un procedimiento de ejecución hipotecaria seguido en el Juzgado de primera Instancia 4 de Alicante con el número 849/12; ha de partirse de que si bien es cierto que hasta el pasado día 14 de Marzo el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determinaba que ninguna reclamación distinta de las contenidas en el artículo 695 del mismo texto produciría el efecto de suspender el procedimiento, siendo por tanto la única medida permitida cuando se interponía demanda de nulidad del título, como en este caso aunque sea parcial, la retención del todo o parte de las cantidades que por el procedimiento de ejecución hipotecaria deban entregarse al acreedor, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha venido a determinar que "La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición



basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final." Y ello por cuanto entiende el citado Tribunal que "un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva....".

Así las cosas y entrando a conocer del fondo de la pretensión cautelar de la demandante, es evidente la existencia de un peligro en la mora procesal, por cuanto el carácter del procedimiento de ejecución hipotecaria y su rapidez, podrían conllevar que en caso de que se dictase sentencia en este procedimiento estimatoria de la nulidad de la cláusula litigiosa, los bienes hipotecados se encontrasen ya en manos de tercero, dificultando la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse, pues como dice el Tribunal Europeo, "garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.", y continúa "Así ocurre con mayor razón cuando ... el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda."

En cuanto a la apariencia de buen derecho, y encontrándonos ante consumidores que contratan con una entidad bancaria un préstamo "multidivisa", cuyos riesgos financieros van más allá de los propios de un préstamo hipotecario, debe apreciarse inicialmente la apariencia de buen derecho, pues no es posible en este momento y con la documentación aportada entrara determinar si la información ofrecida para la contratación fue la adecuada, de modo que los demandantes, en su condición de consumidores, tuvieran un conocimiento adecuado de la trascendencia de lo estipulado.

TERCERO.- Con respecto a la caución se considera ajustada la cantidad de 400 euros, y ello por cuanto si bien la demandada considera insuficiente la misma, tampoco da parámetro alguno para determinar otra de importe superior.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 736 en relación con el artículo 394 de la LEC, se imponen las costas a la parte demandada.



Madrid

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

PARTE DISPOSITIVA

Sin prejuzgar la resolución a dictar en virtud de las acciones ejercitadas en el correspondiente procedimiento de fondo:

- 1) Se acuerda la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante con el número 849/12 hasta que se dicte sentencia en el presente procedimiento ordinario.
- 2) Todo ello previa prestación de fianza por la parte actora de CUATROCIENTOS EUROS (400 €), que podrá verificarse en forma de aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito que deberá verificarse en el plazo máximo de UN MES.
- 3) Se imponen las costas de este incidente a la parte demandada.

Contra esta resolución cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial, debiendo presentarse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados a partir del siguiente a la notificación de esta resolución, que no tendrá efectos suspensivos.

Así por este auto, yo, Doña María Soledad Escolano Encuita, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, lo acuerdo, mando y firmo. Doy fe.



Madrid