

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**  
**Sección Octava**C/ Ferraz, 41 - 28008  
37007750**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0002180**Recurso de Apelación 120/2014****O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid  
Autos de Pieza de Medidas Cautelares 1201/2013**APELANTE:** BARCLAYS BANK S.A.U

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

**APELADO:** D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

**AUTO N° 147/2014****ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:****D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ****Dª. MILAGROS APARICIO AVENDAÑO****Dª. CRISTINA DOMÉNECH GARRET**

En Madrid, a dos de Junio de dos mil catorce. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación la pieza separada de **Medidas Cautelares** abierta en el curso de la tramitación del J. Ordinario número 1201/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, seguidos como demandantes-apelados **Dª.**

**y D.** representados por la Procuradora Dª Sharon Rodríguez De Castro Rincón, y de otra como demandando-apelante **BARCLAYS BANK S.A.U** representado por la Procuradora Dª. Adela Cano Lantero.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la **Ilma. Sra. Dª. MILAGROS APARICIO AVENDAÑO.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, en fecha 3 de Diciembre de 2013, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“1.- Se estima la solicitud de medidas cautelares planteada por D.

y D<sup>a</sup>

contra BARCLAYS BANK S.A. y, en

consecuencia, se acuerda, sin prejuzgar el fondo de la cuestión, ordenar a la parte demandada que se abstenga de promover la ejecución hipotecaria derivada de la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada ante el Notario de Madrid D. Carlos de Alcocer Torra el 31 de julio de 2008, con número de protocolo cuatro mil trece, durante la tramitación del presente procedimiento y hasta que se dicte sentencia en él.

2.- La adopción y mantenimiento de la medida cautelar está condicionada al cumplimiento por parte de los demandantes de la obligación de pago de las cuotas de amortización en la cuantía pactada provisionalmente por las partes durante la negociación previa a la presentación de la demanda, 700.- euros mensuales, que deberán imputarse por la entidad bancaria demandada con respeto a las exigencias de la buena fe con los mismos criterios que se venían aplicando antes de la presentación de la demanda.

3.- La parte actora deberá prestar caución por importe de 700.- euros para responder de los daños y perjuicios que la medida cautelar pueda ocasionar a la demandada, en el plazo de diez días.

4.- La caución podrá otorgarse en dinero efectivo ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado o mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca de primer orden y con duración de sus efectos hasta que el Juzgado ordene formalmente su cancelación o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la suma fijada.

5.- Se imponen las costas procesales a la parte demandada.

6.- La tramitación de esta pieza y del procedimiento principal tendrá, por razón de la medida cautelar adoptada, carácter preferente.”.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la

parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación votación y fallo, lo que se ha cumplido el veintinueve de mayo de dos mil catorce.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Antecedentes del recurso.

D. \_\_\_\_\_ y D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ interponen demanda de juicio ordinario frente a Barclays Bank SA en el que interesan sea declarado parcialmente nulo el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad demandada el 31 de julio de 2008 en la modalidad de préstamo "multimoneda", según exponen en su demanda.

Con la demanda, cuya fecha de presentación, conforme figura en el sello del Decanato de la copia testimoniada que se remite es el **30 de septiembre de 2013**, se solicitaba la adopción de las siguientes medidas cautelares:

"a) Se declare la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 260.755 euros, la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a BARCLAYS a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

b) Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la nulidad parcial de las referidas cláusulas, por considerar que no podría subsistir un préstamo convencional, interesa al derecho de esta parte que se declare la nulidad total del contrato de préstamo "multimoneda" con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública en fecha 31 de julio de 2008 y se condene a la entidad a otorgar un préstamo hipotecario tradicional

en euros aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, que se fijan al LIBOR + 0,82, para evitar que el fallo sea inejecutable, dado que las condiciones del mercado pueden imposibilitar que mis mandantes accedan a financiación externa para devolver la suma de principal que mi mandante se vería obligado a restituir por razón de la declaración de nulidad total.

c) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multimonedado con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo hasta la fecha de sentencia siguiendo los criterios establecidos en la pericial aportada por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato.

A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, de acuerdo con la pericial aportada, restando de esta cantidad las cantidades en euros pagadas en concepto de principal e intereses desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad yen/euro. Las cantidades condonadas constituirán los daños y perjuicios sufridos por mis mandantes, condenando a BARCLAYS a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

d) Subsidiariamente se condone parte de la deuda pendiente de pago, correspondiente a la modalidad en "multimonedado" en aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" o según las pautas indicadas anteriormente o mejor criterio del Juzgador, y eso en caso de que se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto.

e) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.”

Rechazada por auto de fecha 29 de octubre de 2013 la tramitación y adopción, en su caso, de las medidas solicitadas sin audiencia de la entidad demandada, se señaló la vista prevenida, resolviéndose por auto de fecha **3 de diciembre de 2013** en el sentido literalmente transcrito en el antecedente primero de la presente resolución.

Frente al auto dictado se interpone por la entidad demandada recurso de apelación que fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

-Vulneración de las normas que regulan el procedimiento de ejecución hipotecaria, en concreto, del Art. 698 de la LEC. Inaplicación y adaptación de la reforma operada por Ley 1/2013 que recoge una de las vías o soluciones propuestas en la STJUE de 14 de marzo de 2013.

- Falta de concurrencia de los requisitos para que puedan adoptarse las medidas cautelares: inexistencia de fundada apariencia de buen derecho, inexistencia de riesgo de ineffectividad del fallo e intempestividad y situación de hecho consentida.

**SEGUNDO.**- Análisis de los motivos que conforman el recurso.

Los motivos serán examinados en su conjunto y, ya se anticipa, que habrán de ser estimados y con ello, el recurso que se interpone.

La medida cautelar que se solicita, *“se ordene la no iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria”* que pudiera instarse como consecuencia del impago del préstamo hipotecario por parte de los prestatarios y el vencimiento anticipado del mismo por parte de la prestamista, no puede acordarse en el procedimiento declarativo formulado por los prestatarios en solicitud de la nulidad parcial del referido préstamo hipotecario, articulada con carácter principal y en cuya pieza separada abierta para la tramitación de la solicitud de medidas, se ha dictado la resolución impugnada y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece, en su párrafo primero, *“Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo”*.

Se alude en la resolución impugnada, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de fecha 14 de marzo de 2013, la cual concluye 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”.*

No cabe duda que esta sentencia reveló o puso de manifiesto las deficiencias del procedimiento español de ejecución hipotecaria, haciéndose evidente la necesidad de reformar el mismo, lo que acometió el legislador con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; pero debe tenerse en cuenta que el citado texto legal ni modificó ni derogó el artículo al que antes aludimos y que impide al Juez que conozca del procedimiento declarativo en el que se esté conociendo acerca de la validez/nulidad del título suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La pervivencia del artículo 698 de la Ley Procesal Civil es perfectamente acorde con lo declarado en la STJUE, pues en ésta no se tachaba de contrario a la normativa comunitaria el proceso hipotecario español en su integridad ni en su concepción, sino que lo que se establecía es que la normativa española no se ajustaba al principio de efectividad, en la medida en que al mismo tiempo ni se preveía 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, ni permitía que el juez que conociera del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adoptara 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. La reforma introducida por la Ley 1/2013 ha optado por incluir nuevas causas de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en concreto, ahora se puede invocar *“el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”*, por lo que ya no se da, en modo alguno, la doble circunstancia que la sentencia comunitaria alegaba y que atentaba contra el principio de efectividad.

Entenderlo de otra forma, constituiría una injerencia y una limitación del derecho a impetrar la tutela judicial por parte del acreedor pues, como decimos, la nueva regulación del procedimiento de ejecución, permite al deudor hipotecario invocar el carácter abusivo de las cláusulas en los términos antes citados y prevé la suspensión de la ejecución durante la resolución del incidente.

En idénticos términos se ha pronunciado ya la Sección 19 de esta Audiencia en el auto de fecha 21 de mayo de 2014 para un supuesto también sustancialmente idéntico.

**TERCERO**.- La medida cautelar instada, además, no se encuentra prevista en el elenco de medidas cautelares específicas previstas en el artículo 727 de la Ley Procesal Civil y si la parte que la formula pretende incluirla en el apartado 11ª que establece como tales *“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 pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”*, entonces la medida que habrían de haber solicitado es la prevista en el apartado segundo del artículo 698 de la Ley Procesal Civil, que establece *“Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor”*.

Por todo ello y sin necesidad de detenerse acerca de si concurren, en el presente supuesto, los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, que a juicio de la Sala tampoco concurren, pues aquel lo hace descansar la parte en la existencia de otros procedimientos en los que ha recaído sentencia en la instancia declarando la nulidad de préstamos “multidivisa”, pero sin presentar un principio de prueba que funde una apariencia de derecho a su favor, y sin que aparentemente exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, la demandada pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución de lo que haya de acordarse en el procedimiento que nos ocupa, procede, como ya dijimos, la estimación del recurso, debiendo revocarse la resolución combatida, dejando sin efecto la medida cautelar acordada, con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 736 de la Ley Procesal Civil.

**CUARTO**.- Estimado el recurso y de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada.

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

### III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1) ESTIMAR el recurso interpuesto en nombre y representación de **BARCLAYS BANK SA.** contra el auto de fecha 3 de diciembre de 2013, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 84 de los de Madrid, en la pieza de Medidas Cautelares abierta en el procedimiento ordinario seguido con el nº 1201/2013 a instancia de **D.** **y D<sup>a</sup>**

2) En consecuencia, se **REVOCA** la citada resolución, acordando dejar sin efecto la medida cautelar acordada en el mismo, con imposición al demandante de las costas causadas en la instancia.

3) No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



