

# JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CADIZ

Audiencia Provincial, C/ Cuestas de las Calesas s/n  
Tlf.: 956-011688-89/956,011700. Fax: 956,011701  
NIG: 1101242M20140000180

**Procedimiento: Pieza de Medidas Cautelares** [REDACTED] **Negociado: V**

Sobre

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr./a.: [REDACTED]

Letrado/a Sr./a.: [REDACTED]

Contra D/ña.: CAIXABANK

Procurador/a Sr./a.:

Letrado/a Sr./a.:

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES  
NOTIFICADO

04 MAR. 2014

**AUTO**

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

## HECHOS

**ÚNICO.**- El Procurador de los Tribunales Don [REDACTED], en representación de [REDACTED], interpuso demanda de nulidad de condición general, por abusiva, y reclamación de cantidad, contra la mercantil "CAIXABANK", en la que solicitaba la adopción de medidas cautelares, consistentes en suspensión de la aplicación de la cláusula suelo, en tanto se resuelva 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 pendency 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 otorgada el 22 de septiembre de 2005, ante el Notario Don José Ramón Castro Reina, bajo protocolo nº tres mil doscientos cuarenta y nueve, y la restitución de las cantidades cobradas de más por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de la mencionada cláusula. 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 art. 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 cuanto a la segunda, la condición de consumidores o usuarios de los prestatarios, en el presente caso, no resulta algo difícil de determinar. En efecto, de la documental se desprende que el préstamo había de destinarse a adquirir un bien inmueble en su condición de vivienda habitual. La escritura Se remite a su "Anexo I", que únicamente menciona que la finalidad del préstamo es la adquisición de otro inmueble, en la que se indica que el préstamo se destinó a la adquisición de la vivienda habitual. 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 adquirir la finca objeto del préstamo hipotecario que hoy nos ocupa. Hemos de concluir, pues, que el demandante, actuó como consumidor, y por ello es posible (y obligada) la aplicación de los arts 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 3,950%, cuya aplicación resulta factible (de hecho se ha aplicado, cosa que ninguna de las partes niega), y, de otro, un techo, con un límite máximo estipulado en un 15%, cuya aplicación no resulta previsible, pues, como, creemos, es notorio, hasta el momento el EURIBOR no ha alcanzado niveles superiores al 5,5%, aproximadamente, muy lejanos, pues, al límite máximo fijado, de modo que éste no ofrece una protección real al consumidor ante la variación de los tipos de interés, que sí ofrece, en cambio, a la entidad bancaria la cláusula suelo. 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. Así mismo no consta existencia alguna de oferta vinculante a disposición de la hoy actora.

**TERCERO.** - Por otra parte, en cuanto al segundo requisito - *periculum in mora* -, se alega, por la 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. Señala que continuar así le 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 les 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, si efectivamente, a día de hoy el demandante no ha dejado de abonar ninguna cuota hipotecaria, es evidente que, ante la falta de pago, procederían 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, 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 a la 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 la 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 art. 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 deberán abonar el actor 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 procede fijar un importe superior ya que lo contrario sería privar de virtualidad a la medida cautelar dado que de la documental unida a la presente no se desprende situación de precariedad económica padecida por el hoy actor. Por tal motivo se fija la caución que han de prestar el actor 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 a la parte demandada con arreglo a los criterios del artículo 394 LEC, dado que se ha estimado 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 al actor por la demandada, documentado en escritura pública otorgada el 22 de septiembre de 2005 en (CADIZ), protocolo número tres mil doscientos cuarenta y nueve,

ante el Notario Don José Ramón Castro Reina, 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 demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación (arts. 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<sup>a</sup>. Elizabeth López Bermejo, Magistrada-Juez en régimen de sustitución del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz Doy fe.-