

# JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE MALAGA / 1 BIS

Ciudad de la Justicia C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tlf.: 951939040. Fax: 951939140

NIG: 2906742M20130001678

**Procedimiento: Pieza de Medidas Cautelares 970.01/2013. Negociado: VA**

Sobre

De:

Procurador/a Sr./a.: ALEJANDRO RODRIGUEZ DE LEIVA

Letrado/a Sr./a.: CARLOS COMITE COUTO

Contra D/ña.:

## AUTO 115/14

En Málaga a 28 de Enero de 2014, .

### HECHOS

PRIMERO.- Por Otrosí Digo en la demanda presentada por las parte que ut supra figuran se solicitó medida cautelar consistente en.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó formar la presente pieza y citar a las partes a comparecencia, la cual se celebró con el resultado que obra en autos.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se pretende la suspensión de aplicación de cláusula suelo convenida en contrato de préstamo entre las partes litigantes, todo ello como medida gregaria a la demanda de nulidad de la citada cláusula y devolución de cantidades interpuesta

El artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los requisitos que deben concurrir para que puedan adoptarse las medidas cautelares solicitadas, fundamentalmente, la apariencia de buen derecho en el solicitante o *fumus bonis iuris* y el peligro de que la tutela judicial efectiva solicitada en la demadna, pueda quedar sin efecto por el tiempo que transcurra hasta que se dicte resolución definitiva.

Igualmente y de un manera genérica se vienen predicando la concurrencia de habilitación legal de la medida

SEGUNDO.- En cuanto a la concurrencias de los citados requisitos en el presente caso, tenemos lo siguiente:

### **Apariencia de buen derecho**

Nos encontramos ante una típica demanda nulidad de cláusula suelo que han proliferado fundamentalmente desde el pasada sentencia del TS de 9/5/2013. En cuanto al requisito de la apariencia de buen derecho, y sin poder entrara en el fondo del asunto, debemos admitir que n este caso concurre un suficiencia jurídica, y fáctica, esta última en un análisis muy superficial, al objeto de entender este requisito cumplimentado. Suficiencia jurídica a la vista de la multitud de resoluciones que estiman la nulidad de este tipo de cláusulas si no cumplen los requisito de incorporación que fija el TS en su citada sentencia, requisitos, sobre los que en este escenario cautelar no se debe entrara a conocer. Por otro lado existe igualmente una suficiencia fáctica por cuanto, la parte actora es una persona física con lo cual el requisito de consumidor en principio se cumple, siendo que igualmente la firma de la cláusula cuya nulidad se pretende se sitúa dentro de los parámetros fácticos típicos de este tipo de contratos en los que la misma puede sin duda, aunque ello se resolverá en el pleito, declararse nula por abusiva

### **Peligro por la mora procesal**

Más problema presenta la identificación de este requisito. Y es que no debemos olvidar que quien demanda es el cliente de la entidad financiera, y demanda por un lado la nulidad y eliminación de la cláusula y la devolución de cantidades. Pues bien, sobre la nulidad y exclusión, ninguna cautela es posible tomar, se verificará si así se decide sin peligro de que ello no pueda ocurrir, por tanto, si no existe peligro de que el eventual fallo a favor de la eliminación y nulidad no pueda verificarse, no hay nada que asegurar, y es esta la finalidad de la medida cautelar, asegurar el resultado del pleito, no adelantar el fallo.

El segundo de los elemento que se podría asegurar es la eventual devolución de cantidades, y en principio, tratándose la demandada de una entidad financiera, el peligro de que se condene a esta a devolver, y no disponga de efectivo para ello, es inexistente, aunque los tiempos revueltos en los que nos encontramos no dejan tranquilo a nadie ciertamente, en cualquier caso, parece que en última instancia el Estado, los ciudadanos, ya estamos para ayudar a la banca si es necesario, y esto no es una crítica sino una constatación de una realidad que es de sobra conocida. En definitiva, no parece que exista el riesgo de “impago” de una eventual condena a devolver las cantidades cobrada de más por aplicación de la cláusula cuya nulidad se pretende, si se anula la misma.

Ocurre no obstante que en este escenario nos encontramos con un elemento novedoso, extraño en derecho, y que no hace sino introducir en el ámbito de este tipo de medidas lo que podríamos denominar como un peligro por mora procesal impropio, me explicaré. Todo parte de la citada sentencia del TS de 9/5/2013. Esta archiconocida sentencia en relación a esta cuestión declaró que en contra de la norma, las cantidades cobrada de más por aplicación de las cláusulas declaradas abusivas, no se debían devolver a los clientes de forma retroactiva, sino tan sólo las abonadas desde la fecha de publicación de la sentencia en adelante. Lo explicaba así el TS; “**DECIMOSÉPTIMO: EFICACIA NO RETROACTIVA DE LA SENTENCIA**

#### **1. Planteamiento de la cuestión**

277. *El Ministerio Fiscal en su recurso interesa que se precise el elemento temporal de la*

sentencia, ya que "Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas", a lo que añade que "no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso".

## **2. Valoración de la Sala**

### **2.1. La condena a cesar en el uso de las cláusulas**

278. La Directiva 93/13 dispone que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, lo que incluye disposiciones que permitan a organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen, a tenor del artículo 7.2 de "[s]i ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas".

279. En el Derecho interno, tratándose de condiciones generales, el artículo 12.2 LCGC se proyecta hacia el futuro y dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo [...].

280. Cuando la acción de cesación se refiere a cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios, el artículo 53 TRLCU dispone que "[l]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

281. Esta proyección de la sentencia al futuro ha sido confirmada desde la perspectiva del derecho a la privacidad de los consumidores y su tutela frente a las asociaciones de usuarios en la STC 96/2012, de 7 de mayo, al rechazar una pretensión de AUSBANC de que le fuesen cedidos datos personales de consumidores contratantes con una entidad de crédito, al afirmar que "[...] para ejercitar la acción de cesación que se postula como motivo principal para la admisión de solicitud de las diligencias preliminares, no son necesarios los datos personales que se solicitan en la demanda (tal y como recoge el art. 15.4 LECiv), pues la Ley de enjuiciamiento civil no considera necesaria ninguna publicidad, ni llamamiento, ni intervención de los consumidores en ese tipo de procesos, dado que con la acción de cesación lo que se persigue es una condena para que el demandado cese en una determinada conducta, o una condena que prohíba su reiteración futura (ex art. 53 del texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios)".

### **2.2. Los efectos retroactivos de la nulidad.**

282. Como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando estas se han utilizado en el pasado.

283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo

que se dispone en los artículos siguientes".

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 , " [...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

285. Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".

286. También esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, ya que, como afirma la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 , apartado 58 "[...] según reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE , hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (véanse, en particular, las sentencias de 2 de febrero de 1988, Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006, Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10 , apartado 32)".

### 2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada **la seguridad jurídica** ( artículo 9.3 CE )-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

289. También el Tribunal Constitucional, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio , 281/1995 de 23 octubre , 185/1995, de 14 diciembre , 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo .

290. En la misma línea se manifestó la justificación de la enmienda 2 al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, y por la presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés para la adición de una Disposición

transitoria nueva con el objetivo de aplicar límites a la variación a la baja del tipo de interés pactado en contratos de préstamo o crédito de garantía hipotecaria, en los que el bien hipotecado sea la vivienda familiar que tengan saldo pendiente de amortización a la entrada en vigor de la Ley, al proponer la ineficacia retroactiva y que "[l]a eliminación, en su caso, de la cláusula abusiva surtirá efectos económicos en la cuota del mes siguiente al de la entrada en vigor de la presente Ley".

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que "[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" ( STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009 ).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo DE 2013 , RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen

una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 , Rçdlihs, C-263/11 , Rec. p. I-0000, apartado 59).

#### 2.4. La irretroactividad de la sentencia

293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

- a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) **Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico**, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas

2.4. Conclusiones.

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.”

Pues bien, ante esta interpretación de la norma del TS, nos podemos encontrar con el mismo escenario en la instancia ya sea primera o ulteriores, que tan sólo se devuelvan las cantidades desde la publicación de la sentencia y ello a pesar de anular la cláusula como hizo el TS. Así pues, el peligro por la mora procesal es más que obvio, pues el TS protege contra una devolución de cantidades ya cobradas a pesar de declarar la nulidad de la cláusula, repito, a pesar de darle la razón a la parte actora, con lo que en este caso, podría suceder lo mismo, que se le de la razón a la parte actora, y por la tardanza del pleito, la parte actora se vea privada de unas cantidades que le corresponden, siendo que la única forma de evitar esto es precisamente suspender el abono de estas cantidades para que no se cobren, y no habiendo sido cobradas, si se declara la nulidad, no se producirá el daño de la no devolución de cantidades cobradas indebidamente, porque ello no se discute por el TS, en base a los argumentos que se esgrimen con independencia de que sean o no compatibles.

### **Habilitación Legal**

No es posible adoptar medidas cautelares fuera de la legalidad, lo cual no debe identificarse con que únicamente se pueden adoptar las que se contienen en el art. 727 de la L.E.C, ya que la enumeración del catálogo que se contiene en dicho precepto es de numerus apertus, “entre otras” indica literalmente el precepto al fijar las medidas cautelares que deben adoptarse.

La medida aquí solicitada, no sólo es legal, sino que se incluye en el catálogo indicado, en concreto en el art. 727.7º de la LEC

TERCERO.- Respecto a la caución que debe prestar la parte actora para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera

causar al patrimonio de la demandada, se debe tener en cuenta que la demandada es una entidad financiera, a la que el no abono durante un tiempo de las cantidades que corresponderían de aplicar la cláusula suelo de un determinado contrato no le puede provocar gran daño. Junto a ello debe igualmente valorarse la solidez jurídica, como se ha expuesto a la vista de los numerosos antecedentes jurídicos de la petición, y por último debe evitarse que la caución sea precisamente un elemento que casi provoque en este peculiar caso el mismo efecto en términos de esfuerzo económico para el actor que seguir atendiendo el abono de la citada cláusula. A esto se debe unir que la entidad gravada con la medida, ya tiene una garantía hipotecaria sobre el bien que garantiza el préstamo que incluye, obviamente, en caso de desestimarse la demanda, el pago de lo no abonado por aplicación de la cláusula durante la tramitación del pleito, es decir tiene garantías ya constituidas de suma importancia, con lo que en este caso la caución debe ser meramente simbólica, y se fija en 50 euros.

CUARTO.- Se imponen las costas a la parte oponente

En atención a lo expuesto

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Estimar la solicitud de medidas cautelares, ordenando suspender el abono de las cantidades que se deban abonar por los actores al demandado en aplicación de la cláusula limitativa de interes mínimo aplicable del préstamo concertado, debiendo la entidad financiera girar los correspondientes recibos obviando la aplicación de dicha cláusula y sin que la parte actora deba abonar el coste de la misma en caso de procederse a su cobro o reclamación.

Se imponen las costas a la parte oponente

Dicha medida se hará efectiva previa la prestación de una caución por la parte solicitante de 50 euros, que podrá realizar en cualquiera de las formas admitidas en derecho, en el plazo de DIEZ DÍAS desde la notificación de la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas con expresión de los recursos que contra ella caben.

Llévese testimonio de la misma a los autos principales.

Así lo acuerda, manda y firma D. Antonio Fuentes Bujalance, Magistrado Titular del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga.