



Roj: **AJM B 68/2014 - ECLI: ES:JMB:2014:68A**

Id Cendoj: **08019470042014200002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **14/07/2014**

Nº de Recurso: **468/2014**

Nº de Resolución: **244/2014**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Juzgado Mercantil 4 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111

Barcelona Barcelona

Medidas **cautelares** previas 468/2014 Sección X

Parte demandante Adela y Flor

Procurador M^a PAZ LÓPEZ LOIS

Parte demandada BANCO POPULAR

Procurador CARLOS MONTERO REITER

AUTO 244/2014

En Barcelona, a catorce de julio de dos mil catorce,

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Procurador D. M Paz López, en representación de D. Adela y Flor , formuló demanda de juicio ordinario en el que pretende que se declare la nulidad de la cláusula que limita la bajada de los tipo de interés, cláusula que forma parte del préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad financiera demandada Banco Popular Español SA, al considerar que dicha cláusula es abusiva, así como la devolución de la sumas abonadas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula.

2. Emplazado el banco demandado, compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones del actor, entre otros motivos de fondo alegando la existencia de cuestión prejudicial civil con el juicio ordinario nº 471/10 que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, solicitando la suspensión del procedimiento hasta la conclusión de dicho procedimiento, ya que la sentencia que se dicte sobre la nulidad de la cláusula impugnada producirá efectos de cosa juzgada positiva en este procedimiento.

3. La audiencia previa tuvo lugar el día 5/6/2014 en el que el demandante se opuso a dicha excepción

4. Encontrándose los autos para resolver la excepción, el actor solicitó cómo medida **cautelar** la suspensión provisional de la aplicación de la cláusula suelo.

5. Admitida a trámite la mocionada solicitud de medidas **cautelares**, se convocó a las partes a una vista que tuvo lugar el día 30/6/2014, donde el demandante se ratificó en su petición y el demandado se opuso a la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



1. Una medida **cautelar** es una decisión judicial, adoptada a instancia de parte generalmente al inicio de un procedimiento, y, por lo tanto, sin conocer todos los argumentos de las partes ni sus pruebas, con la finalidad de asegurar provisionalmente la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la eventual sentencia estimatoria que se dicte al final del pleito (art. 721 LEC).
2. El texto del art. **726** LEC , que define las características de estas medidas, permite deducir que las medidas **cautelares** en general pueden tener cualquiera de los dos objetivos siguientes:
 - a) o bien, evitar que durante la tramitación del procedimiento judicial se produzca situaciones que puedan impedir o dificultar la ejecución de una eventual sentencia estimatoria (art. **726.1.1** LEC);
 - b) o bien, evitar provisionalmente la infracción del derecho cuya efectividad definitiva se pretende obtener en la sentencia, anticipando cautelarmente medidas similares a las que pueden ser acordadas en su fallo (art. **726.2** LEC).
3. Así pues, la Ley prevé que, aun cuando durante el juicio no sea previsible que se vayan a crear situaciones que impidan o dificulten la ejecución de una posible sentencia estimatoria, como ocurre en este caso, se puedan adoptar medidas que supongan anticipar el fallo. En ese caso, estas solo pueden venir justificadas para evitar la inminente o reiterada vulneración del derecho cuya tutela se pretende, que es el segundo de los objetivos previstos en el art. **726.2** LEC
4. El actor pretende que se declare la nulidad de una cláusula contractual, la cláusula que limita la reducción de los tipos de interés pactados en su préstamo, así como que se le devuelva el dinero pagado como consecuencia de su aplicación. Durante la tramitación del pleito no es previsible que se vayan a producir situaciones que impidan ni tan siquiera que dificulten la ejecución. Si la sentencia se estimara íntegramente aquella ejecución consistiría en dejar de aplicar la limitación, calcular los tipos de interés sin dicha limitación y en devolver el dinero pagado como consecuencia de su aplicación. Como quiera que no es previsible que el Banco devenga insolvente, no habría, por esta causa, motivos para adoptar las medidas **cautelares**. Por lo tanto, estas solo vendrían justificadas en cumplimiento de ese segundo objetivo
5. El demandante, cuya condición de consumidor no es controvertida, tiene el derecho a que se declare la nulidad de las cláusulas que resulten abusivas" y se dejen de aplicar por la entidad bancaria, tal y como le reconoce el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1988 LCGC), por lo tanto, si la cláusula controvertida resulta abusiva y se sigue aplicando durante la tramitación del procedimiento, su derecho se verá reiteradamente infringido cada vez que se le cobre la cuota aplicando dicha limitación a la reducción de los tipos de interés. Para evitar esa situación pueden adoptarse medidas **cautelares** anticipatorias, en determinadas circunstancias.
6. En general la admisión de medidas **cautelares** depende de que el demandante justifique dos requisitos a los que se refiere el art. 728 LEC el "periculum in mora" o peligro por la mora procesal y la apariencia de buen derecho. Al primero de ellos, el peligro por la mora, se refiere con carácter general el art. 728.1 LEC cuando dice que "sólo podrán acordarse medidas **cautelares** si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria". Tal y como este precepto define este requisito, parece que lo está ligándolo exclusivamente con el primero de los objetivos generales de las medidas **cautelares** a los que hacía referencia, (evitar que durante la tramitación judicial del procedimiento se produzcan situaciones que puedan llegar a impedir o dificultar la ejecución de una eventual sentencia estimatoria).
7. Lo que este precepto (art. 728.1 LEC) no contempla al definir el periculum in mora, o al menos no lo hace expresamente, son aquellos supuestos en los que la medida tiene por objeto impedir una situación que suponga la vulneración del presunto derecho del actor, finalidad contemplada como segundo objetivo en el art. **726.2** LEC al permitir las medidas **cautelares** anticipatorias del fallo, como he razonado.
8. A mi juicio no se trata de que en estos casos la medida no deba cumplir este requisito (periculum in mora), sino que su contenido debe definirse de otro modo que como lo hace el art. 728.1 LEC . Por ello, en aquellos casos en los que la medida **cautelar** persigue anticipar de forma provisional el fallo de la sentencia, como ocurre en este caso en el que se pretende obtener un mandamiento judicial para que la demanda cese en la aplicación de la cláusula, el peligro debe consistir en que durante el procedimiento se pueda vulnerar o se pueda continuar vulnerando el derecho del actor. Por lo tanto, lo que el demandante debe justificar es el riesgo inminente de vulneración o esa actual y continuada vulneración durante la tramitación del juicio.
9. En este caso, el Banco pretende legítimamente seguir aplicando la cláusula impugnada durante la tramitación del pleito, por lo tanto, es a mi juicio indiscutible que puede existir peligro en la mora procesal, interpretado en el sentido señalado.



10. En un supuesto ordinario, el tiempo de tramitación de un procedimiento judicial no justificaría la adopción de las medidas, pero en este caso particular lo que pretende el Banco con la excepción opuesta es suspender el procedimiento por una cuestión prejudicial con otro proceso judicial, que, por los motivos que sean, está indebida y excepcionalmente retrasado, y continuar durante ese tiempo aplicando la cláusula suelo. Si por demás aplicase, como pretende el demandado, la doctrina de la irretroactividad de la declaración de nulidad respecto de las cantidades, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013), tendremos que esa espera generaría un enorme desequilibrio en la respuesta judicial, desequilibrio que actuaría únicamente en perjuicio del consumidor y que justificaría la existencia de peligro en la mora procesal, motivo por lo que tampoco no se puede decir que se trate de una situación consentida.

11. El segundo de los requisitos que debe de cumplirse es el de la apariencia de buen derecho, que consiste en que el tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, pueda emitir un juicio provisional e indicarlo favorable al fundamento de su pretensión.

12. En la demanda se pretende que se declare la nulidad de la cláusula por la que se establece un tipo de interés mínimo del préstamo hipotecario que suscribió con la entidad de crédito demandada (cláusula suelo), al entender que la cláusula es abusiva.

13. El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación (LCGC) establece que "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

14. En el presente caso, no hay dato alguno que permita inferir que la cláusula fue negociada individualmente, tal y como sostiene el demandado, una cosa es que los prestatarios fuera informados de dicha cláusula, cosa que luego examinaremos, y otra que fuese objeto especial de negociación lo que supone que el prestatario tendría alguna posibilidad real de excluir dicha cláusula, por lo tanto, la cláusula impugnada es una cláusula general a los efectos de lo establecido en el art. 1 citado.

15. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su art. 4.2 establece que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

16. Así pues, conforme la interpretación del Tribunal Supremo (FJ 207, sentencia 241/2013), "la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible". Resumiendo, si la cláusula es clara y comprensible, las condiciones generales que se retinan a un elemento principal del contrato no puede ser objeto de control aun cuando pudieran ser abusivas, según la doctrina del Tribunal Supremo, mientras que si no cumple aquellos requisitos el juez ha de valorar si son o no abusivas en el sentido antes expuesto.

17. Por lo tanto, continúa afirmado el Tribunal (FJ 210), que "el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

8. Si con la información proporcionada el consumidor no es capaz de percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (FJ 211), en tal caso, la cláusula puede ser valorada y en su caso anulada por abusiva.

19. En ese línea, el Tribunal Supremo afirma que son varios los motivos por los que las cláusulas no son transparentes (FJ 225) en el caso enjuiciado por el Alto Tribunal:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.



- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas,
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.
20. De estos requisitos creo que resulta de forma aparentemente clara de que "se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato", ya que la cláusula se incluye dentro de la estipulación (tercera bis), dedicada al tipo de interés variable, lleva por rúbrica "límites de variaciones del tipo de interés", y su redacción es clara: "Las partes acuerdas que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4'30% nominal anual"
21. Sin embargo, no consta la existencia de información precontractual sobre dicha cláusula; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; no hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; y, por último, se ubican entre una "abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor", ya que se coloca después de la explicación de la bonificaciones del tipo ordinario, de la determinación del tipo sustitutivo de varias páginas.
22. De entre dichos datos informativos, a mi juicio, tiene una especial transcendencia, "la ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar", que realmente hubiera permitido al prestatario ser perfectamente conciente de que la bajada de tipo de interés activaría la cláusula suelo, convirtiendo el tipo variable en un tipo fijo los que como dice el Tribunal Supremo "del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia" (FJ 217), ni de información precontractual clara. En consecuencia, no puede afirmar que supere el elevado estándar de claridad que requiere el Tribunal Supremo para evitar su control, por lo que puede ser analizado su carácter abusivo
23. Así pues, dado que la cláusula no supera el elevado estándar de transparencia establecido por el Tribunal Supremo, he de analizar si el pacto resulta o no abusivo.
24. Estas estipulaciones contractuales, conforme el art. 8.2 LCGC, son nulas cuando sean abusivas, sí el contrato se ha celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En este caso, no se discute que los prestatarios, como he dicho, son consumidores.
25. Actualmente el art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que sustituye a art. 10 bis y DA. 1 a la que hace referencia la norma citada, establece que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".
26. Para el Tribunal Supremo "constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes (sentencia 241/2013, fundamento 233):
- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor.
27. Más concretamente, para el Alto Tribunal las cláusulas suelo son abusivas ya que "dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza" (FJ 264), por lo tanto, si



la cláusula no es transparente, una cláusula suelo es siempre abusiva y por lo tanto nula. Por lo que procede estimarla existencia de apariencia de buen derecho del demandante.

28. Por último el mismo art. 728.3 establece que "salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida **cautelar** deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida **cautelar** pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida".

29. En este caso no es necesario la prestación de caución ya que el actor tiene garantizado con una hipoteca la devolución del principal y los intereses remuneratorios.

30. Las costas serán de cuenta de la parte que haya de pagar las costas del pleito principal de las que estas medidas dependen.

PARTE DISPOSITIVA.-

Se acuerda ordenar al demandado que cese provisionalmente en la aplicación de la limitación de la variación de tipo de interés, debiendo pagar las costas de este incidente quien deba de pagarlas en el pleito principal.

Firmado, Luis Rodríguez Vega, magistrado-Juez, y el secretario judicial.

Impugnación.- Contra esta resolución cabe formular recurso de apelación en el plazo de veinte días antes este Juzgado.