



Roj: **AAP SS 115/2018 - ECLI:ES:APSS:2018:115A**

Id Cendoj: **20069370022018200036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **08/03/2018**

Nº de Recurso: **2034/2018**

Nº de Resolución: **36/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FELIPE PEÑALBA OTADUY**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA**

**GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/005320

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0005320

**Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 2034/2018 - R**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 2 zk.ko Epaitegia

Autos de Medidas cautelares coetáneas 1/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea:SANTIAGO TAMES ALONSO

Abogado/a / Abokatua: CARLOS FRANCISCO LOSADA PEREDA

Recurrido/a / Errekurritua: Inocencia

Procurador/a / Prokuradorea: INES PEREZ-ARREGUI DE CODES

Abogado/a/ Abokatua: FRANCISCO ROYO

**A U T O N° 36/2018**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA**

**ILMA SRA PRESIDENTA** : Dª YOLANDA DOMEÑO NIET

**MAGISTRADA** : Dª ANE MAITE LOYOLA IRIOND

**MAGISTRADO** : D. FELIPE PEÑALBA OTADU

**LUGAR** : DONOSTIA / SAN SEBASTIA

**FECHA** : ocho de marzo de dos mil diecioch

**ANTECEDENTES DE HECH**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Donostia-San Sebastián se dictó auto de fecha 11 de septiembre de 2017 , cuya parte dispositiva dice así:



"1.- **SE ACCEDE** a la solicitud de adopción de medidas cautelares interesada por la procuradora de los Tribunales Sra. Pérez - Arregui de Codes en nombre y representación de doña Inocencia a, **previa la prestación por la parte solicitante de una caución de 10.000 euros**, en el plazo de **10 días**, en dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, o cualquier otro medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate, consistentes en:

- **La suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria que se sigue al nº 16/00067 ante el Tribunal de Gran Instancia de Bayona, hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento Juicio Ordinario nº 362/2016 que se tramita ante este Juzgado**, debiendo en su caso, la parte solicitante instar el reconocimiento y ejecución de esta resolución para su efectividad ante el Tribunal francés, conforme a lo establecido en el Capítulo III del Reglamento (UE) nº **1215/2012** (arts. 36 y ss.).

Si no se presta la caución no se ejecutará la medida cautelar acordada.

**SEGUNDO.-** El 23 de octubre de 2017 el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Donostia-San Sebastián dictó auto de aclaración de la resolución anteriormente mencionada, cuya parte dispositiva dice así

1.- SE ACUERDA rectificar y completar el Auto dictado en el presente procedimiento con fecha 11/09/2017 en el sentido que se indica: en la Parte Dispositiva, se agrega el punto nº 2, que dice: "Se imponen las costas a la parte demandada al ser estimada la pretensión de la parte demandante.

**TERCERO.-** Por la representación procesal de KUTXABANK S.A. se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 11 de septiembre de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Donostia-San Sebastián. Admitido dicho recurso se elevaron los autos a este Tribunal, señalándose día para Votación y Fallo el 5 de marzo de 2018

**CUARTO.-** Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. FELIPE PEÑALBA OTADUY, quien expresa el parecer de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECH

**PRIMERO.-** Frente a la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Sebastián en autos nº 1/17 que acuerda la medida cautelar interesada por la representación de D<sup>a</sup> Inocencia a consistente en la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria que se sigue al nº 16/00067 ante el Tribunal de Gran Instancia de Bayona, hasta que recaiga resolución firme en el procedimiento Juicio Ordinario nº 362/2016 que se tramita en dicho Juzgado, se alza el recurso de apelación interpuesto por la representación de KUTXABANK, S.A. en solicitud de que se revoque la misma y se acuerde denegar la medida cautelar interesada, con expresa imposición de costas a la solicitante

La parte apelante fundamenta su recurso con base en las alegaciones que, en síntesis, son las siguientes

1.- Infracción del art.728 LEC. Inexistencia de apariencia de buen derecho. No existe ninguna prueba indiciaria de estar fundado el derecho pretendido en la demanda principal. La Sra Inocencia a no actuó como consumidora al garantizar el préstamo del que dimana el procedimiento de ejecución. Es la propietaria, o lo era cuando se concedió el crédito objeto de procedimiento, de la mayoría del capital social de INVERSIONES DOYA, S.L., en concreto, del 88,18 % de las participaciones sociales. Y es la esposa de D Victor Manuel I, administrador único de INVERSIONES DOYA, S.L. cuando se obtuvo el préstamo, habiendo prestado consentimiento expreso o tácito al ejercicio del comercio por parte de su esposo

2.- Infracción de los arts.697 y 698 LEC. El procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede suspenderse por prejudicialidad penal o por medio de la oposición a la ejecución. En el art.727 LEC no se contempla expresamente como medida cautelar la suspensión de un proceso judicial. No hay ninguna prueba de que en el ordenamiento jurídico francés no exista la posibilidad de oponer la abusividad de alguna cláusula contractual dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria. La primacía de la normativa comunitaria debe llevar a presumir que en el ordenamiento francés exista esa posibilidad

3.- Infracción del art.735 LEC. Imprudencia de la imposición de costas al demandado en el incidente de medidas cautelares. En una interpretación sistemática de la norma, en la que no puede entenderse como un olvido del legislador, ni como una laguna legal que deba llenarse por vía de analogía, debe concluirse que el auto de adopción de las medidas cautelares no ha de contener un especial pronunciamiento sobre las costas

4.- Infracción del art.394.2 LEC. Imprudencia de la condena en costas. No se ha estimado íntegramente la pretensión de la solicitante de la medida cautelar al exigirse una caución 25 veces mayor que la ofrecida



La representación de D<sup>a</sup> Inocencia a se opone al recurso de apelación interpuesto e interesa su desestimación con imposición de costas a la apelante

**SEGUNDO.-** La demandante Sra Inocencia a ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de contratación con fundamento en la normativa de protección de consumidores ( arts.3 , 82 y 87 de la LGDCU ) y la Ley de Condiciones Generales de Contratación interesando en el suplico de su demanda que se declare la nulidad de las estipulaciones primera y cuarta de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de fechas 5 de junio de 2009 y 10 de septiembre de 2010 suscritos por la misma, en condición de fiadora solidaria de la prestataria INVERSIONES DOYA, S.L., con la demandada KUTXABANK, S.A

A su vez, interesa como medida cautelar que se acuerde suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria que se sigue con nº 16/00067 ante el Tribunal de Gran Instancia de Bayona hasta que recaiga resolución firme en los autos de juicio ordinario nº 362/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Sebastián a resultas de la demanda interpuesta

La resolución impugnada basa su facultad para acordar como medida cautelar la suspensión de un procedimiento iniciado en Francia en el art.35 del Reglamento (UE) nº **1215/2012**, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 (RB I bis) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El citado artículo dispone: "Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto", precisando el considerando (33) del citado Reglamento RB I bis que, cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo del asunto (el art.24.1 dispone que son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, en materia de derechos reales inmobiliarios, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros donde el inmueble se halle sito), debe garantizarse la libre circulación de las mismas en virtud del presente Reglamento, pero cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro

Por tanto, respecto a las concretas medidas a adoptar, el RB I bis se remite a las previstas por la ley del Estado miembro de los órganos jurisdiccionales a los que se acude en solicitud de las medidas cautelares

El art.727 LEC no contempla como medida cautelar la suspensión de un procedimiento judicial y tampoco cabe incardinarla en el número 11 del referido artículo que contempla "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 recayese en el juicio"

Como señala el reciente auto de la AP de Madrid de 16 de noviembre de 2017 , "Las causas de suspensión en el proceso de ejecución hipotecaria están tasadas. Los casos de posible suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria están sujetos a tasa legal. De los preceptos contenidos en el Capítulo V del Título III, y Capítulo V del Título IV, ambos del Libro III de la LEC, se deduce que la posibilidad de suspender el desarrollo de la ejecución se presenta como una opción tasada y excepcional debiendo sustanciarse dentro del procedimiento ejecutivo cualquier tipo de prejudicialidad civil homogénea. Esto se infiere claramente de los artículos 565 , 561 , 564 , 697 y 698 de la LEC . El artículo 565.1 de la LEC configura la suspensión de la ejecución como una eventualidad procesal de carácter excepcional de tal modo que, una vez despachada la ejecución, ésta debe seguir su curso mientras no surja alguno de los supuestos a los cuales la Ley atribuye expresamente el efecto de suspender la actividad ejecutiva. La finalidad de estas normas es conseguir que las actuaciones ejecutivas se desarrollen con celeridad reduciendo al mínimo posible las paralizaciones y dilaciones en su tramitación ajustándose a las exigencias derivadas de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva dado que se encamina a proporcionar al ejecutante una rápida satisfacción de su derecho reconocido por la Ley. Declara el 565 LEC que "sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución". Y si bien los artículos 569 y 697 LEC recogen el supuesto de suspensión por prejudicialidad penal, no existe ningún precepto dentro del Capítulo V, de los Títulos III y IV del Libro III de la LEC, relativos a la suspensión de la ejecución, que expresamente ordene la suspensión de la ejecución en los supuestos de prejudicialidad civil. Incluso el art 698 de la LEC impide que 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, produzcan «el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo». Sentado lo anterior, en la ejecución hipotecaria al margen de los casos a que se refieren los artículos 695 y 696 LEC (tercería de dominio fundada en título



anterior inscrito en el Registro de la Propiedad con fecha anterior a la de inscripción de la garantía hipotecaria) o sustanciación de oposición, los procedimientos hipotecarios sólo se suspenderán por prejudicialidad penal ( art. 697 LEC ), cuando se acredite, conforme a lo dispuesto en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de ejecución; no existe otra posibilidad legal de suspensión"

Por otra parte, no cabe invocar la doctrina establecida por la STJUE de fecha 14 de marzo de 2013, en respuesta a la cuestión prejudicial número C-415/11 , para justificar la adopción de la medida cautelar pretendida. La doctrina contenida en dicha sentencia responde a una situación inexistente en el momento de interposición de la demanda que ha dado origen a la solicitud de la presente medida cautelar. La citada resolución concluía que la Ley de enjuiciamiento civil española no permitía cumplir con el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 cuando, por una parte, limitaba las causas de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria impidiendo el análisis de la posibilidad de las cláusulas incorporadas en un préstamo hipotecario y, por otro, tampoco permitía que en el proceso declarativo en la que se planteara aquella pretensión pudiera adoptarse como medida cautelar la paralización del procedimiento de ejecución para impedir que se consumase la ejecución sobre el inmueble basado en un contrato contrario a la normativa protectora de consumidores y usuarios. Sin embargo, dicha situación fue solventada mediante la reforma legal operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que dio nueva redacción al artículo 695 LEC para establecer como causa de oposición en sede de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de una cláusula contractual ( art.695.1.4ª LEC ) y que su alegación conllevara la suspensión de la ejecución en tanto se resolvía sobre ello ( art.695.2 LEC ). Por tanto, como indica el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de diciembre de 2017 , el legislador español, que podía haber permitido la suspensión del procedimiento de ejecución por la vía de la medida cautelar adoptada en el juicio declarativo sobre nulidad de las cláusulas contenidas en el título que dio lugar al despacho de ejecución, o bien haber permitido en el mismo proceso de ejecución una oposición con base en la nulidad por abusividad, o haber optado por ambas posibilidades, optó solamente por la segunda. Y en consecuencia, "como en la actualidad es posible oponer la abusividad de una cláusula en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, ya no resulta admisible apelar a la tutela de los consumidores para pretender la suspensión de una ejecución que la ley no prevé, al haber elegido el legislador arbitrar la tutela mediante otros mecanismos"

Por último, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se integra en el sistema jurídico de los estados miembros y, conforme al principio de primacía, las normas de la Unión Europea tienen prevalencia sobre las normas de Derecho interno que se encuentren en contradicción con las primeras. Por otra parte, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea deben aplicar el Derecho de la Unión Europea y tener presente la jurisprudencia establecida por el TJUE sobre interpretación del Derecho de la Unión Europea, puesto que su doctrina es vinculante. Por tanto, no deja de sorprender que si, precisamente, fue la quiebra del principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la que determinó la citada sentencia del TJUE de fecha 14 de marzo de 2013 y dio lugar a la posterior reforma legal del ordenamiento español, se alegue que la suspensión ordenada por un tribunal español del procedimiento de ejecución seguido por un tribunal francés respecto de un inmueble localizado en dicho país sea "la única medida existente y factible para prevenir los posibles efectos que se pretenden evitar" con la demanda de nulidad de cláusulas abusivas interpuesta. Tanto Francia como España son integrantes de la Unión Europea y sometidos igualmente al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del TJUE

En consecuencia, y por todo lo anteriormente expuesto, sin necesidad de efectuar otras consideraciones, procede, con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocar la resolución impugnada y dejar sin efecto la medida cautelar dispuesta

**TERCERO.-** Por aplicación de lo preceptuado en el art.398.2 de la LEC , la estimación del recurso de apelación interpuesto determina que se no impongan a ninguno de los litigantes las costas derivadas del mismo

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en art.394.1 LEC , al que remite el art.736.1 LEC para el supuesto de denegación de solicitud de medidas cautelares, las costas de primera instancia deben imponerse a la parte solicitante de la medida cautelar denegada

**CUARTO.-** La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) , regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso, que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito

## PARTE DISPOSITIV



**ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación de KUTXABANK, S.A. contra el auto dictado el 11 de septiembre de 2017 por la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Sebastián en autos número 1/2017, **REVOCANDO** el mismo y, en su lugar, se dicta nueva resolución por la que no se accede a la solicitud de adopción de medidas cautelares interesada por la representación de D<sup>a</sup> Inocencia a, dejando sin efecto la medida cautelar acordada en el indicado auto de fecha 11 de septiembre de 2017, con imposición a la Sra Inocencia a de las costas generadas por la solicitud formulada

No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada derivadas del recurso de apelación interpuesto

Devuélvase a KUTXABANK, S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución

Notifíquese esta resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma NO CABE RECURSO ALGUNO

Así por éste nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ