

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE  
ALICANTE  
SECCION OCTAVA  
TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA**

**- Recepción -**

Lexnet

**22 - may - 2014**

Efectos día siguiente  
Art. 151 de la L.E.C.

**Notificado al Procurador**

**23 - may - 2014**

Yolanda Sánchez Orts

**Apelante/s:** EMILIO ; Y TERESA  
**Procurador/es:** YOLANDA SANCHEZ ORTS  
**Letrado/s:** FRANCISCO LUIS GARCIA CERRILLO

**Apelado/s:** BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.  
**Procurador/es :** PILAR FUENTES TOMAS  
**Letrado/s:** JORGE CAPELL NAVARRO

**ROLLO DE SALA N° 4**  
**PROCEDIMIENTO Pieza separada Medidas Cautelares /13**  
**JUZGADO Mercantil num. 3 Alicante -Elche-**

**AUTO N°35/14**

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García-Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, veintiuno de mayo del año dos mil catorce

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en Rollo de Apelación nº /2014, recurso de apelación sobre medidas cautelares seguidas en instancia ante el Juzgado de lo Mercantil número tres de los de Alicante con el número /13, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante solicitante de la tutela cautelar, D.Emilio y D<sup>a</sup>: Teresa , representados en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>: Yolanda Sánchez Orts y dirigidos por el Letrado D. Francisco Luis García Cerrillo; y como parte apelada la demandada, Banco Popular Español S.A., representado en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>: Pilar Fuentes Tomás y dirigido por el Letrado D. Jorge Capell Navarro, que ha presentado escrito de oposición.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Por el Juzgado de lo Mercantil número tres de Alicante, en los referidos autos tramitados con el núm. /13, se dictó con fecha 27 de enero de 2014, Auto cuya parte dispositiva es del tenor siguiente: *""Acuerdo desestimar la solicitud de medidas cautelares interesada por los demandantes contra Banco Popular Español. No se efectúa condena en costas"*.

**SEGUNDO.**- Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación por las partes arriba referenciadas; y tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a las partes que presentaron sus correspondientes escritos. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron en fecha 3 de abril de 2014 los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número /14 acordándose, por Auto de este Tribunal de fecha 14 de abril de 2014, la unión de los documentos aportados por el apelante y el apelado y tras el trámite de alegaciones, se acordó señalar para la deliberación, votación y fallo el día 21 de mayo de 2014, en el que tuvo lugar.

**TERCERO.**-En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El Auto de instancia desestima la adopción de las medidas cautelares solicitadas por los demandantes de nulidad por abusividad de cláusula suelo, y en particular de la destinada a reliquidar las cuotas desde la interposición de la demanda para el cálculo del interés resultante sin consideración a la cláusula suelo y su aplicación durante la tramitación del

procedimiento, desestimación que se hace en la consideración de que no concurre uno de los presupuestos propios de las medidas cautelares exigido por el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente el del riesgo de mora procesal porque, según se afirma en la resolución judicial...*no existe indicio de tal riesgo de imposibilidad de cumplimiento mientras esté vigente la cláusula...*

Es interesante señalar, antes de abordar el recurso de apelación, que el Auto impugnado aprecia la concurrencia de la apariencia de buen derecho por las razones que *in extenso* desgrana. Pero especial relevancia y acierto tiene el que el Auto resalte de la medida solicitada, en tanto coincidente con lo que puede constituir la ejecución de la decisión sustantiva del litigio, como propia de la *tutela sumaria*, afirmando que ello condiciona la propia valoración de los presupuestos propios de las medidas cautelares.

Y es que, como tendremos oportunidad de analizar, siendo cierto que son institutos distintos la tutela cautelar y la tutela sumaria, también lo es que tras la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha generalizado la subsunción de ésta en aquella surgiendo la necesidad de dar una nueva proyección, según los casos, a los presupuestos propios de la tutela cautelar y muy en particular al del *periculum in mora*. Sin embargo, apreciando como aprecia la resolución impugnada tal disquisición, no extrae consecuencia alguna respecto del caso concreto encontrándose en ello, precisamente, el motivo de la revocación como seguidamente tendremos oportunidad de razonar.

**SEGUNDO.-** Lo que plantean los recurrentes en su recurso es la necesidad de evitar el perjuicio que les supone abonar hasta la decisión del litigio el crédito hipotecario en las condiciones que dimanaban de la cláusula suelo que impugnan y que son económicamente gravosas para su situación financiera actual, al punto que ya se encuentran (desde diciembre de 2013) en situación de morosidad frente al banco acreedor. Y lo que opone la entidad bancaria es que no se da ninguno de los presupuestos de la tutela cautelar. Niega que haya apariencia de buen derecho, que haya riesgo de demora procesal, que las medidas solicitadas sean idóneas y que la caución sea ofrecida sea bastante.

Es por tanto necesario, antes de descender al examen de lo que constituye el núcleo del debate que nos interesa, analizar lo relativo al *fumus bonis iuris* que de manera detallada y extensa, en la resolución de que se trata, se aprecia como concurrente.

Como hemos dicho, la entidad lo niega. Primero, porque sustentando la nulidad en al abusividad de la cláusula resulta que no son consumidores dado que el préstamo se solicita en el ámbito de su actividad empresarial. En segundo lugar porque estas cláusulas son válidas, legales y admitidas, y formando parte del precio del contrato, no están sometidas al control de contenido si son transparentes. En tercer lugar porque no se trata, en todo caso, de una condición general. Y finalmente, porque en ningún caso podrían ser tenidas por abusivas.

Pues bien, al margen de cuestiones que han de resolverse en el litigio principal, como es la relativa a la aplicabilidad o no de la legislación de consumidores en función del destino del préstamo, la naturaleza de la cláusula o su tasa de transparencia, de lo que no hay duda es de que ya hay doctrina jurisprudencial asentada sobre las denominadas cláusulas suelo, iniciada por la STS de 9 de mayo de 2013 que tomando como punto de partida el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril 1993, permite afirmar que si bien no es viable un control de contenido del objeto principal del contrato ni de la adecuación entre precio y su contraprestación en el ámbito de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, autoriza la misma norma a que las condiciones generales o cláusulas predispuestas que afectan a los elementos esenciales del contrato puedan estar sometidas a un control de inclusión y de transparencia, lo que implica que su redacción ha de ser clara y comprensible. Este es el sentido de los arts. 5.5 y 7 Ley de Condiciones de Contratación y 80.1 Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios.

Por tanto no podemos sino confirmar el criterio de instancia en el juicio preliminar de que se trata a los efectos de tener por apreciada la apariencia de buen derecho en los términos del artículo 728 LEC pues no estamos en condiciones, para evitar prejuzgar el núcleo del litigio, de aseverar que la

aparición actual sea de transparencia cuando el Juez de Instancia en una primera aproximación la niega, analizando con cierto detalle el nivel de información precontractual prestada a los prestatarios y el nivel escaso de transparencia que resulta del propio contrato de préstamo.

Confirmado el presupuesto del *fumus*, analizaremos lo relativo a la demora procesal.

**TERCERO.-** El *periculum in mora* se funda en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva.

Doctrinal y jurisprudencialmente se han concretado los tipos de riesgos (*situaciones que impidieren o dificultaren*) a los que se refiere el artículo 728 LEC, señalándose como tales los que amenazan la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico por colocarse el demandado en situación de no poder cumplirla, los riesgos que atentan contra la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica, los riesgos que amenazan la ineffectividad de la ejecución en cuanto de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste podrá encontrarse con una situación irreversible, y los que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia.

Es por tanto presupuesto de las medidas, por constituir un riesgo derivado de la mora procesal a prevenir, también aquél que tiene por finalidad de proporcionar una satisfacción inmediata a ciertos derechos de crédito o de impedir que se prolonguen en el tiempo situaciones ilícitas.

Y aunque no corresponde aquí entrar a analizar las diferencias, en relación a estos casos, entre lo que se denomina la tutela sumaria y las medidas cautelares propiamente dichas, sí hemos de señalar, dada la transcendencia que la cuestión tiene desde la perspectiva de los presupuestos de la tutela cautelar y la referencia contenida en el Auto impugnado, aquellos aspectos que

condicionan la decisión que nos ocupa y que están vinculados al hecho de que la medida solicitada sea más propia de una tutela sumaria.

Comenzaremos concretando nuestra afirmación de que en la legislación procesal vigente, la tutela cautelar ha subsumido la sumaria.

Así resulta del hecho de que al lado de lo dispuesto en los arts. 721, Ap. 1; 726, Ap. 1, 1ª; 727, 11ª y 728, Ap. 1 Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se consideran medidas cautelares las actuaciones que puede ordenar el Juez sobre la esfera jurídica patrimonial de un demandado, en tanto orientadas a asegurar la efectividad de una futura y eventual sentencia estimatoria, hay preceptos que preconizan la posibilidad de acordar como medidas cautelares actuaciones que comportan una importante injerencia en el patrimonio de quien ha sido demandado y con las que prácticamente se adelanta al inicio del proceso la ejecución de la sentencia condenatoria que eventualmente pueda dictarse, medidas con las que se permite conseguir, sin haberse dictado sentencia, lo mismo de lo que se pretende obtener con la ejecución de una sentencia estimatoria de la acción ejercitada.

En efecto, si el art. 726-1-1ª LEC considera medidas cautelares aquellas que son actuaciones sobre los bienes y derechos de quien es -o va a ser de inmediato- demandado, que son exclusivamente conducentes a posibilitar la ejecución de una sentencia condenatoria y que no son susceptibles de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado, el apartado 2º de la citada norma admite también, explícitamente, medidas que adelantan al inicio del proceso -o incluso a un momento anterior a la presentación de la demanda- prácticamente o en su integridad los efectos de una sentencia estimatoria.

Así, el art. 726-2 permite acordar actuaciones "... de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso"; y el art. 727, 7ª a 10ª -y, por remisión a medidas contempladas en Leyes especiales, la 11ª-, prevén actuaciones de igual alcance y contenido que la ejecución forzosa, que exceden notoriamente del propósito enunciado en el art. 726, Ap. 1, 1ª o que, dicho de otro modo, no son

en rigor "*exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria...*", como ocurre por ejemplo con las medidas cautelares previstas en el TIT XIII de la Ley 11/86 de Patentes, art 134, donde en relación a la propiedad industrial -DA 1ª Ley de Marcas y Ley Diseño Industrial-, se admite expresamente como medida cautelar "*la cesación de los actos que violen el derecho del peticionario o su prohibición cuando existan indicios racionales para suponer la inminencia de dichos actos*".

Parece evidente por tanto que no puede rechazarse, como pretende el apelado, las medidas solicitadas por el hecho de que sean anticipatorias del fallo pues con tal carácter está prevista la tutela en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CUARTO.-** Aclarada la posibilidad legal de medidas anticipatorias, conviene ahora recordar que el art. 728-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el solicitante de la medida debe justificar que "*...en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse a una eventual sentencia estimatoria...*".

Pero aunque se enuncia en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el *periculum in mora* en su formulación tradicional, en cuanto se admiten medidas de protección actual de los derechos litigiosos -que hemos identificado próximas a la tutela sumaria- también cabe identificar el riesgo de la demora procesal con el mero estado de insatisfacción subjetiva que genera en el demandante la imposibilidad de obtener *hic et nunc* el reconocimiento del derecho.

Es por ello que con que pueda constatar un hecho inicial de infracción o una situación de ilicitud que pueda perdurar basta para, aún sin riesgo alguno que amenace realmente la efectividad futura del pronunciamiento definitivo, reconocer interinamente el derecho enjuiciado anticipando los efectos de la ejecución..

Y en el presente caso, en el que el *fumus bonis iuris* está afirmado, nos hallamos ante un supuesto en que el transcurso del tiempo no dificultará la ejecución de la sentencia que haya de dictarse (dada la naturaleza del demandado) pero, en cambio, se seguirá grave daño del retraso en su ejecución puesto que, de no adoptarse ahora medida alguna que impida la continuación de la aplicación de la cláusula suelo no autorizada, se permitiría que a medio de una actuación que *prima facie* aparece como antijurídica, se siga vulnerando el patrimonio de los demandantes hasta tanto recaiga sentencia firme, lesión de difícil -y quizá imposible- reparación por más que llegara a abonarse la contraprestación patrimonial correspondiente como lo demuestra el hecho de que ya se están produciendo morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones por los demandantes, al margen de las posibilidades jurídicas del acreedor y por tanto de las consecuencias inmediatas de índole jurídico, sin que tampoco quepa entenderse consentido el estado de hecho del que dimana la pretensión con cuya medida se pretende avanzar en tanto, precisamente, el fundamento de la misma es la falta de transparencia y el desconocimiento del contenido exacto del contrato por causa de infracción del deber de información precontractual que recae a quien pone condiciones generales de contratación.

Es por esta razón que procede estimar el recurso de apelación pues mantener durante el pleito una situación que presenta la apariencia de ilícita, con repercusión actual en el patrimonio de los demandantes, es un riesgo que amenaza la ineffectividad de la ejecución en cuanto de no adoptarse la medida cautelar solicitada, que no es otra que la actualizar el crédito hipotecario sin aplicación de las consecuencias derivadas de la cláusula suelo, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, éste podría encontrarse con una situación irreversible económicamente que podría evitarse si, como entendemos, se hubiere adoptado la medida. Prevención que además justifica la adopción de la otra de las medidas solicitadas relativa a la suspensión o prohibición de inclusión en registro de morosidad de los demandantes por la posible situación de mora que pudiera producirse hasta la adopción de las medidas y en cuanto a la situación de mora.

**QUINTO.-** Resta resolver lo relativo a la caución.

Aduce el apelado que la caución que se ofrece, 150 euros, no se justifica y que, en caso posterior de desestimación de la demanda principal, el daño causado por la medida en caso de adoptarse no quedaría cubierto, razón por la que procede la pretensión cautelar deducida al ser un requisito insubsanable.

Sin embargo no podemos aceptar el criterio formal de oposición porque, siendo requisito esencial para la cautela, la esencialidad recae en el cumplimiento del deber de ofrecimiento pero no en una cuantía mínima.

Y es que en la Ley de Enjuiciamiento Civil la caución reviste una triple caracterización. El ofrecimiento constituye requisito *sine qua non* de la regularidad de la solicitud, como evidencia el art. 732- 3 al señalar que "*en el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de que tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone*". De otro es también presupuesto de su concesión, como se desprende con evidencia del art. 728, Ap. 3: "*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*". Y finalmente es condición de la efectividad de las medidas acordadas, pues dispone el art. 737, párrafo primero, que "*La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada*".

Partiendo de lo anterior, la cuantificación de la caución corresponde al Tribunal, que ha de delimitarla, dice el art. 728, Ap. 3, párrafo segundo, "*...atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice... sobre el fundamento de la solicitud de la medida*".

En todo caso, consideramos que el principal criterio rector en la fijación de la garantía a seguir por el órgano jurisdiccional ha de ser el montante probable a que puedan ascender los perjuicios que las medidas puedan infligir al sujeto pasivo, fijándose una garantía que sea conveniente y proporcionada tal y como

exige el art. 737, párrafo segundo LEC: "*El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución*".

Y en el caso consideramos que en efecto el importe de 150 euros es insuficiente pues el daño de la medida no es, como dice el apelante, el coste de gestión en el recálculo de intereses sino en el importe probable de los intereses que se dejarán de percibir por el banco mientras la medida perdure.

Ciertamente no tenemos la cifra concreta del menor ingreso que para el banco tendrá la medida. Pero si tenemos en cuenta que el solicitante hace referencia a que en intereses, su cuota hipotecaria mensual lo es por cifra aproximada de 800 euros, suponiendo que la repercusión de la cláusula sobre tal importe fuera de la cuarta parte, la cifra mensual que el banco podría dejar de percibir por intereses sería la de 200 euros. Y considerando que el litigio puede tener una duración no superior a los diez meses, entendemos que la caución a prestar puede ser suficiente en el importe de 2.000 euros.

**SEXO.-** Habiéndose estimado el recurso de apelación, no cabe, de conformidad con los artículos 398 y 394 LEC, imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante. Dejando sin efecto el criterio de imposición de costas de la instancia -art 394 LEC-.

**SÉPTIMO.-**Habiéndose estimado el recurso de apelación, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir -Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

**LA SALA ACUERDA**

Estimar el recurso de apelación entablado por la parte demandante solicitante de la tutela cautelar, D.Emilio y D<sup>a</sup>: Teresa, representados en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>: Yolanda Sánchez Orts contra el Auto de fecha 27 de enero de 2014 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número tres de los de Alicante y en su virtud, revocándose dicha resolución se acuerda adoptar como medida cautelar, siempre que se preste por los solicitantes una caución, en cualquiera de las formas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2.000 euros, la reliquidación de cuotas desde la fecha de la presentación de la demanda haciéndolo conforme al contrato de préstamo hipotecario pero sin aplicar la cláusula suelo. Asimismo se acuerda dejar sin efecto la inclusión en registros de morosidad la situación en que pudieran haberse visto los demandantes hasta el momento de la adopción de las medidas; y sin expresa imposición de las costas procesales de esta instancia a la parte apelante.

Este Auto es firme en derecho y no cabe formular recurso alguno frente al mismo.

Se acuerda la devolución al apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba expresados, que integran la Sección Octava de la Audiencia Provincial, doy fe. "D. Enrique García-Chamón Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco José Soriano Guzmán.- Firmado y rubricado.-"

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra el precedente auto/sentencia no procede interponer recurso de ninguna clase.

LA SECRETARIA JUDICIAL