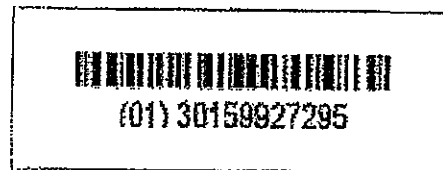


Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimonovena
C/ Ferraz, 41 - 28008
Tfno.: 914933816/86/87
37007750
N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0013666
Recurso de Apelación 183/2014



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid
Autos de Medidas Cautelares Previas 612/2013

APELANTE: CAIXABANK, S. A.
PROCURADOR: D. JULIO CABELLOS ALBERTOS
APELADO: D.
PROCURADOR: Dña. GLORIA RINCÓN MAYORAL

AUTO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. MIGUEL A. LOMBARDÍA DEL POZO
Dña. CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ
Dña. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ

En Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil catorce.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre Medidas Cautelares 612/2013 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado D.

, representado por la Procuradora Dña. GLORIA RINCÓN MAYORAL, y de otra, como demandada-apelante CAIXABANK, S. A., representada por el Procurador D. JULIO CABELLOS ALBERTOS.

Siendo Magistrado Ponente Dña. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid se dictó Auto de fecha 31/10/2013 cuya parte dispositiva es el tenor siguiente: *“Que estimando la solicitud de Medidas Cautelares presentada por D. frente a la CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA se acuerda la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido en el Juzgado de 1ª Instancia 100 de Madrid con el número de autos 89/2013 hasta que se dicte sentencia en el presente procedimiento, previa prestación de caución en la cuantía de 2.000 euros que podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo 2º del apartado 3 del art. 529 LEC en el plazo de 10 días. No se hace especial imposición de las costas causadas.”*

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 19 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el auto, de fecha 31 de octubre de 2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Madrid, en la pieza de Medidas Cautelares abierta en el procedimiento de Juicio Ordinario seguido en el mismo Juzgado, bajo el nº 612/13, a instancia de D. contra CAIXABANK, S. A. (antes CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA “LA CAIXA”), en el que se pretende, con carácter principal, la nulidad

parcial del préstamo "multimoneda" con garantía hipotecaria suscrito entre las partes, en fecha 20 de marzo de 2007, por tratarse no de un préstamo convencional sino de un "préstamo multimoneda" que lleva aparejados unos riesgos financieros de imposible conocimiento para el reclamante, con la consecuencia de obligar a la demandada a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros; con carácter subsidiario, se solicita la nulidad total del contrato de préstamo "multimoneda" y la condena de la demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros, aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, subsidiariamente, la resolución contractual en la parte referida al derivado financiero con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente también, la condonación de la deuda pendiente de pago, correspondiente a la modalidad de "multidivisa" en aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".

La medida cautelar pretendida inicialmente en el escrito rector era la de "*ordenar a LA CAIXA a abstenerse y no iniciar acciones judiciales tendentes a ejecutar la garantía hipotecaria citada y eso hasta la resolución del procedimiento de nulidad de préstamo hipotecario en su modalidad multimoneda*"; posteriormente, cuando el reclamante tuvo conocimiento de que el procedimiento de ejecución hipotecaria había sido iniciado por la entidad bancaria, antes de formular el el declarativo, modificó la medida cautelar interesada, solicitando se acordara la suspensión del citado procedimiento, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 100 de Madrid, con el nº 89/13.

Previa oposición de la demandada a la medida cautelar, en el acto de la vista celebrada a tal efecto, el Juzgado de instancia, en el auto combatido, estima la medida cautelar solicitada y acuerda la suspensión del procedimiento de Ejecución Hipotecaria seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 100 de Madrid, con el nº 89/2013, hasta que se dicte sentencia en el procedimiento declarativo, previa prestación de caución de 2.000 euros, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- El recurso de apelación que contra el citado auto se interpone en nombre y representación de la entidad CAIXABANK, S. A., se sustenta en las siguientes alegaciones o motivos:

- 1) Vulneración de lo dispuesto en el artículo 721 de la L.E.C. en lo que se refiere a la excepcionalidad de las medidas cautelares.
- 2) Vulneración de lo dispuesto en el artículo 728 de la L.E.C. en lo que se refiere a la existencia de peligro en la mora procesal.
- 3) El auto recurrido se equivoca al fundamentar la apariencia de buen derecho en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de marzo de 2013.
- 4) Infracción de lo dispuesto en el artículo 728 de la L.E.C. La falta de apariencia de buen derecho.

Los motivos serán examinados en su conjunto y, ya se anticipa, que habrán de ser estimados y con ello, el recurso que se interpone.

La medida cautelar que se solicita, *"la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria"* instado como consecuencia del impago del préstamo hipotecario por parte de los prestatarios y el vencimiento anticipado del mismo por parte de la prestamista, no puede acordarse en el procedimiento declarativo formulado por uno de los prestatarios en solicitud, entre otros extremos, y con carácter principal, de la nulidad parcial del referido préstamo hipotecario, en el que ha recaído la resolución impugnada y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece, en su párrafo primero, *"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, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo"*.

La parte demandante y solicitante de la medida cautelar era sabedora de ello, pues así lo expuso en el escrito rector, en el que como ha quedado dicho, la medida interesada era la de ordenar a la contraparte a que se abstuviera de instar las acciones judiciales tendentes a ejecutar la garantía hipotecaria; así, en la página 55 de la demanda inicial señala *"Es más, una vez iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria, tampoco procede acudir a un proceso aparte, solicitando medidas cautelares, ya que se trataría de pedir una suspensión"*.

fuera de los casos expresamente previstos en la Ley”.

Se alude en la resolución impugnada y la parte solicitante de la medida cautelar la invocó entre los fundamentos de su pretensión, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de fecha 14 de marzo de 2013, la cual concluye que: *“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.*

No cabe duda que esta sentencia reveló o puso de manifiesto las deficiencias del procedimiento español de ejecución hipotecaria, haciéndose evidente la necesidad de reformar el mismo, lo que acometió el legislador con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; pero debe tenerse en cuenta que el citado texto legal ni modificó ni derogó el artículo al que antes aludimos y que impide al Juez que conozca del procedimiento declarativo en el que se esté conociendo acerca de la validez/nulidad del título suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La pervivencia del artículo 698 de la Ley Procesal Civil es perfectamente acorde con lo declarado en la STJUE, pues en ésta no se tachaba de contrario a la normativa comunitaria el proceso hipotecario español en su integridad ni en su concepción sino que lo que se establecía es que la normativa española no se ajustaba al principio de efectividad, en la medida en que al mismo tiempo ni se preveía en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, ni permitía que el juez que conociera del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo

de esa cláusula, adoptara medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. La reforma introducida por la Ley 1/2013 ha optado por incluir nuevas causas de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en concreto, ahora se puede invocar *“el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”*, por lo que ya no se da, en modo alguno, la doble circunstancia que la sentencia comunitaria alegaba atentaba contra el principio de efectividad.

Entenderlo de otra forma, constituiría una injerencia por parte del Juez que conoce del juicio declarativo en la tramitación del procedimiento hipotecario, pues ha de tenerse en cuenta que el artículo 695 de la Ley Procesal Civil que ya, como decimos, faculta al deudor hipotecario a invocar el carácter abusivo de las cláusulas en los términos antes citados, prevé la suspensión de la ejecución durante la resolución del incidente.

TERCERO.- La medida cautelar instada, además, no se encuentra prevista en el elenco de medidas cautelares específicas previstas en el artículo 727 de la Ley Procesal Civil y si la parte que la formula pretende incluirla en el apartado 11º que establece como tales *“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 recayere en el juicio”*, entonces la medida que habrían de haber solicitado es la prevista en el apartado segundo del artículo 698 de la Ley Procesal Civil, que establece *“Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso de juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor”*.

Por todo ello y sin necesidad de detenerse acerca de si concurren, en el presente supuesto, los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, que a juicio de la Sala tampoco concurren, pues aquel lo hace descansar la parte en la existencia de otros procedimientos en los que ha recaído sentencia en la instancia declarando la nulidad de préstamos “multidivisa”, pero sin presentar un principio de prueba que funde una apariencia

de derecho a su favor, y sin que aparentemente exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso de declaración, la demandada pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución de lo que haya de acordarse en el procedimiento que nos ocupa, procede, como ya dijimos, la estimación del recurso, debiendo revocarse la resolución combatida, dejando sin efecto la medida cautelar acordada, con imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 736 de la Ley Procesal Civil.

CUARTO.- Estimado el recurso y de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada.

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

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1) ESTIMAR el recurso interpuesto en nombre y representación de CAIXABANK, S. A. contra el auto de fecha 31 de octubre de 2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de los de Madrid, en la pieza de Medidas Cautelares abierta en el procedimiento ordinario seguido con el nº 612/13 a instancia de D.

2) En consecuencia, se REVOCA la citada resolución, acordando dejar sin efecto la medida cautelar acordada en el mismo, con imposición al demandante de las costas causadas en la instancia.

3) No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, en su caso, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.