

ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN DEMANDA DE NULIDAD DE CLÁUSULA SUELO¹

Alicia Agüero Ortiz

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 26 de febrero de 2014

El JMÉR nº 1 de Málaga estimó el pasado 28 de enero de 2014 (Auto115/14) la solicitud de medidas cautelares instada por la parte actora en la demanda de nulidad de la cláusula suelo de su hipoteca. La medida cautelar solicitada consistía en la suspensión de la aplicación de la cláusula suelo, con la finalidad de no tener que abonar la cuantía que de ella se devengara durante la tramitación del proceso judicial.

Para justificar su adopción, el juez analizó la concurrencia de los dos requisitos exigidos por el art. 728 LEC para la adopción de medidas cautelares, a saber:

- *Fumus boni iuris*: respecto a la apariencia de buen derecho considera que existe en el caso (i) suficiencia jurídica, habida cuenta de la cantidad de resoluciones que declaran la nulidad de la cláusula suelo a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013; y (ii) suficiencia fáctica, al ostentar el demandante la condición de consumidor y darse los parámetros fácticos típicos de este tipo de contratos.
- *Periculum in mora*: entiende el juzgador que es más problemática la justificación de la existencia de peligro por la mora procesal, puesto que no parece que exista riesgo de impago por parte de la entidad financiera en caso de un eventual fallo de condena a la devolución de las cantidades satisfechas en aplicación de la cláusula suelo. Ahora bien, dado que la STS de 9 de mayo de 2013 estableció que no debía devolverse las cantidades con carácter retroactivo, sino tan sólo las abonadas a partir de la publicación de la sentencia, considera que existe un peligro por la mora procesal consistente en la imposibilidad de recuperar las cantidades abonadas desde el inicio del proceso, que será mayor cuanto más se dilate el mismo.

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En suma, declara el juez la procedencia de la adopción de la medida cautelar en orden a evitar que el demandante soporte el daño de no recibir las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula suelo desde el inicio del litigio, daño éste que sólo puede evitarse mediante la suspensión de la aplicación de la cláusula suelo litigiosa. Además, establece que la caución que debe prestar la parte actora para responder por los posibles daños y perjuicios de la demandada sea una caución simbólica, fijada en 50 €, pues “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” a la entidad financiera.