

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 02 DE ALCOBENDAS

Procedimiento: Procedimiento Ordinario /2017

Materia: Contratos en general

NEGOCIADO E

Demandante: CAIXABANK, S.A.

Demandado: D

SENTENCIA Nº /2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:

Lugar: Alcobendas

Fecha: cuatro de diciembre de dos mil dieciocho

En Alcobendas (Madrid) a cuatro de diciembre de dos mil dieciocho

Vistos por el Sr. D. Antonio Castro Martínez, Magistrado Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Alcobendas (Madrid), los autos del juicio declarativo ordinario señalado con el nº /2017, seguidos a instancias del **Procurador**, en nombre y representación de **CAIXABANK, S.A.**, asistida por la Letrada Sra. Ceballos Díaz, contra **Dª.**, representados por el **Procurador D.**, y asistido por el Letrado Sr. Giordana, y

ANTECEDENTES DE HECHO

1º) Por el **Procurador Sr.** se presentó para su reparto la demanda origen de estos autos, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y que aquí se dan por íntegramente por reproducidos, terminaba interesando la íntegra estimación de la demanda.

2º) Por Decreto del Sr. Letrado de la Administración de Justicia titular de este Juzgado de fecha 15/12/2017 se acordó admitir a trámite la demanda, acordándose igualmente conferir traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el término legalmente establecido al efecto, lo que verificó oportunamente.

3º) En la audiencia previa, a la que comparecieron las dos partes, se propuso prueba documental, para que se tuviera por reproducida la aportada con sus respectivos escritos de demanda y contestación interesando se dictare a continuación, en el plazo establecido, Sentencia de conformidad con lo interesado, sin necesidad de señalamiento del juicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 429.8 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

4º) En la misma comparecencia fue admitida y practicada la prueba propuesta, con el resultado que obra en las actuaciones, recogido en el soporte audiovisual al efecto instalado en la Sala de audiencias, quedando a continuación los autos para su resolución por Sentencia en primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Pretensiones de la demandante CAIXABANK, S.A.

I. PRIMERO.- Acciones ejercitadas. Por la parte actora, CAIXABANK, S.A, se deduce demanda de juicio declarativo ordinario por la que, en relación a la Escritura de «crédito abierto con garantía hipotecaria» suscrito entre las partes con fecha 21/11/2005, y su novación modificativa otorgada por Escritura de 17/02/2011, [por la que se amplió el periodo de carencia en el pago del capital], con carácter principal se solicita (i) sea declarado su vencimiento anticipado; (ii) condene al demandado al pago *de la totalidad de las cantidades debidas (...) por principal así como por intereses ordinarios* devengados; y (iii) se declare que CAIXABANK tiene *derecho a la ejecución de la sentencia que se dicte en su día se realizará con cargo, entre otros, al derecho real de hipoteca que garantiza el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato impagado, conservando dicha hipoteca su preferencia y rango (...).* Y con carácter subsidiario se solicita la condena a la demandada al pago de la cantidad que, por cuotas de principal e intereses ordinarios al momento del cierre de la cuenta (19/10/2017) que asciende a la cantidad de 7.197'95 €, así como las cuotas que se vayan devengando (...); finalmente reproduce, -también con carácter subsidiario- lo que interesa con carácter principal en el apartado (iii) anterior.

Resumidamente expuestas en el encabezamiento de la demanda, se deduce que las acciones ejercitadas por la actora en su demandada son (a) la de *declaración de vencimiento anticipado del «contrato de crédito con garantía hipotecaria»*, por causa de *la insolvencia del deudor*, y por el *incumplimiento grave y esencial de la obligación de pago*, con la consiguiente pérdida del beneficio del plazo para los acreditados; (b) una acción de reclamación de cantidad, por la que se interesa la *condena al pago de la cantidad total adeudada*; y, finalmente, (c) una acción declarativa que reconozca el derecho de la demandante, (...) *a ejecutar la Sentencia que se dicte en su día, con cargo, entre otros, al derecho real de hipoteca (...).*

I. SEGUNDO.- Falta de legitimación activa de la demandante, demandada de reconvenición: la titulización del préstamo.

La *titulización* puede definirse como un proceso mediante el cual derechos de crédito, actuales o futuros, de una entidad son agregados y, tras la modificación de algunas de sus características, vendidos a los inversores en forma de valores negociables. La finalidad de la «*titulización*», es la transformación de activos financieros, en principios con escasa liquidez, en instrumentos aptos para su negociación, líquidos, y con finalidad de ser retribuidos de una forma determinada.

Con la promulgación en España de la meritada Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de

Titulización Hipotecaria, se inicia en nuestro país el proceso de titulización de créditos hipotecarios con el ánimo político de contribuir a un abaratamiento de los préstamos para adquisición de vivienda. El modelo se caracterizó por acudir a un esquema fiduciario en el que entidades especializadas, las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria (actualmente Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización), gestionaban este proceso de transformación financiera que implica la titulización hipotecaria y por el que préstamos o créditos hipotecarios de la cartera de una Entidad de Crédito (cedente) son cedidos en todo o en parte (porcentaje de participación) a un Fondo de Titulización mediante la emisión de participaciones por el plazo restante al vencimiento de los mismos suscritas por el Fondo -las participaciones hipotecarias- que, a su vez, efectuará, con cargo a este activo, una emisión de Bonos que pueden negociarse entre inversores (normalmente inversores institucionales). Desde el día mismo de la suscripción global y desembolso de las participaciones hipotecarias, se confiere al Fondo de Titulización el derecho a percibir en el porcentaje de participación (generalmente 100%) los diferentes flujos que tienen su origen, entre otros, en los préstamos hipotecarios participados. Con este proceso de *titulización*, el cedente o primer acreedor consigue "*movilizar*" su crédito antes de su vencimiento, haciéndolo líquido de manera anticipada y saliendo de su balance en el porcentaje participado, aunque, por mandato legal, ostenta la custodia y administración de los préstamos hipotecarios objeto de titulización, así como, en su caso, la titularidad parcial de los mismos.

La *titulación* de activos está regulada por la disposición adicional 5ª.2 de la Ley 3/1994, de 14 de abril, sobre *adaptación de la legislación española en materia de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y otras modificaciones relativas al sistema financiero*. En dicho párrafo segundo se dice que los valores emitidos por los Fondos de Titulización Hipotecaria, tendrán la consideración de Títulos Hipotecarios. La redacción actual obedece a las modificaciones producidas por la Ley 44/2002 de 22 de noviembre; Ley 41/2007 de 7 diciembre y RDL 6/2010 de 9 abril. Anteriormente, en 1998, con el Real Decreto 926/1998 de 14 de mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización, se amplió a otros activos distintos a los hipotecarios.

En definitiva, la *titulización* es el proceso mediante el cual una cartera de activos (homogéneos y que cumplen unos concretos requisitos) se transforman en "títulos" o valores negociables en un mercado; a estos títulos se les llama Bonos de Titulización; las tres características básicas que se predicen de estos Fondos son las siguientes: (i) son un *patrimonio separado e independiente* del patrimonio de las entidades cedentes; (ii) *carecen de personalidad jurídica*, de modo que actúan en el tráfico jurídico representados por su Sociedad Gestora, que los administra, gestiona y representa; y (iii) tienen carácter cerrado lo que significa que a partir del momento de su constitución, no se puede modificar su activo ni su pasivo y sin perjuicio de la posible sustitución de las participaciones hipotecarias en los supuestos previstos legalmente. En España, la *titulización* se materializa mediante la venta de activos a un vehículo de finalidad especial, denominados "Fondos de Titulización Hipotecaria" (FTH) y "Fondos de Titulización de Activos" (FTA) y, por aplicación de la Circular Contable 4/2004 del Banco de España, dichos activos no son dados de baja en los balances de las entidades financieras, pues, aunque se haya producido la venta de los activos titulizados a un fondo, en la gran mayoría de los casos [95% de las titulaciones originadas a partir de 2004] y a raíz de la aplicación de la Circular Contable 4/2004 del Banco de España (que es consistente con las Normas Internacionales de Información Financiera), estos activos

no han causado baja de balance de las entidades, por no haberse transferido una parte sustancial de los riesgos y beneficios en la titulización- El BOE núm. 101 de 28/04/2015, publica la **Ley 5/2015 de 27 abril, de fomento de la financiación empresarial**, norma que entró en vigor el día 29 abril 2015. A partir de la señalada reforma legal, dos son las posturas al respecto entre los tribunales de apelación: la mayoritaria que entiende que la entidad prestamista y cedente del crédito titulado está legitimada y la que sostiene que solamente lo está la cesionaria y actual titular del derecho de crédito que se ejercita. Esta respuesta favorable a la legitimación activa de la entidad prestamista y emisora encuentra apoyo directo en el citado artículo 30.1 del R.D. 716/2009, que dispone que la ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora. La legitimación procesal del Fondo de Titulización cesionario del crédito plantea algún problema, relacionado con su falta de personalidad y con la consecuente dificultad para la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues, hasta la referida modificación legal no era posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión del crédito con garantía hipotecaria a que da lugar la titulización, puesto que el art. 9 de la Ley Hipotecaria exigía en su apartado 4 que en la inscripción en el Registro se haga constar *“la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción”* y el art. 11 de su Reglamento dice que no son inscribibles *“los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica”*. Con arreglo a ello, no podría instar el procedimiento el Fondo titular del crédito en virtud de la cesión si no fuera posible practicar a su favor la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, tal como exige el art. 149 LH y como por otra parte es necesario con arreglo a lo que dispone el art. 130 LH (*“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”*). Pese a ser el Fondo el titular del básico derecho de crédito, tal como exige el art. 10 LEC (*“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”*), no podría interponer la demanda al carecer de personalidad jurídica y no poderse por ello inscribir a su favor en el Registro inmobiliario el derecho real de garantía. El mismo artículo 10 LEC contempla en su segundo párrafo la llamada legitimación extraordinaria a favor de quien no ostente dicha titularidad (*“Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”*). La defensa de la legitimación del banco cedente, pese a no ser ya el titular del derecho ejercitado, se apoya en el art. 30 del R.D. 716/2009 que faculta a la entidad emisora para el ejercicio de la acción ejecutiva. En las resoluciones dictadas sobre la cuestión por las Audiencias Provinciales es mayoritaria la postura favorable a que, pese a la titulización, la entidad financiera cedente ostenta la legitimación activa, con base en las normas a que se ha hecho referencia, singularmente el artículo 2 de la Ley 2/1981 y el art. 30 del Real Decreto 716/2009. Pueden citarse, en este sentido, los Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid de 1 de diciembre de 2016; Valencia, secc. 9, de 6 de febrero de 2017; Girona de 23 de febrero de 2017; Madrid de 29 de mayo de 2017, o Zaragoza de 30 de junio de 2017.

No obstante, en principio, y salvo disposición legal que diga otra cosa, la transmisión o cesión del crédito, incluso el garantizado con hipoteca (arts. 1526 y siguientes del Código civil, y 149 LH) conlleva que el cesionario, en cuanto nuevo titular del derecho de crédito y de los accesorios, como la hipoteca (art. 1528 CC), pasa a ser el legitimado para el ejercicio de los derechos que aquél conlleva (artículo 10 LEC). El reconocimiento de legitimación para el ejercicio de la acción a favor del cedente en los casos de titulización puede subsumirse en la previsión legal del segundo párrafo del

artículo 10 LEC (“*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”) y se reconoce en el citado artículo 30 del Real Decreto 716/2009. Puesto que para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria es esencial la inscripción registral a favor de la parte demandante (art. 130 LH), la legitimación de la entidad prestamista cedente podía encontrar apoyo en que no era posible la inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad del Fondo, por carecer de la personalidad jurídica necesaria para ello (artículos 9.4, LH y 11, RH). Sin embargo, la normativa legal que impedía el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria por el Fondo cesionario ha experimentado una modificación que incide de forma relevante en la cuestión. Por una parte, la Ley 13/2015, de 24 de junio dio nueva redacción al art. 9 de la Ley Hipotecaria. Al relacionar el contenido de la inscripción, a la mención en el apartado e) de que debe constar la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción añade “*o, cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquélla, cuando éste sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones*”. Quedó con ello abierta la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de garantía a favor del Fondo de Titulización, como patrimonio separado, aun sin personalidad jurídica. De otro lado, también ha venido a incidir en la normativa la Ley 5/2015, de 27 de abril. La Ley reforma el régimen legal de las titulaciones, que pasan a estar reguladas de forma completa e integrada en su Título III, en cuanto ahora interesa. Y, además de la genérica derogación de las normas de igual o inferior rango que se le opondan, deroga expresamente parte de la antes citada Ley 3/1994 y del R.D. 926/1998 por el que se regulaban los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación (Disp. Derogatoria). El art. 15.1 define los fondos de titulación como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica. Abundando en la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, ya expedita por la redacción dada al art 9 LH por la reforma operada por la Ley 13/2015, dispone su art. 16.3 que se “*podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulación. Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos de titulación en los registros que correspondan*”. El Capítulo II del Título III regula las sociedades gestoras de fondos de titulación que, con arreglo al art. 25.1 tienen por objeto la “*constitución, administración y representación legal de los fondos de titulación y de los fondos de activos bancarios*”; este objeto social tiene carácter exclusivo (art. 29.1.b). Es la sociedad gestora del fondo quien promueve su constitución, modificación y extinción (arts. 22, 23 y 24). Sobre la base del hecho indiscutible de que mediante la titulación se produce la cesión del crédito, de suerte que titular de los derechos inherentes al mismo pasa a ser el fondo de titulación, en principio legitimado por ello para actuar en el proceso (art. 10 LEC), las modificaciones legales a que acaba de hacerse referencia permiten concluir **la falta de legitimación de la entidad prestamista cedente, emisora de las titulaciones**, y ello, por una parte, ya que en virtud de la cesión dejó de ostentar los derechos de crédito, y por otra, al haber decaído razones que en su día pudieron justificar que una norma reglamentaria les reconociera dicha legitimación. Tanto el derecho principal de crédito, como el de garantía hipotecaria han pasado a ser ostentados por el Fondo de Titulización, representado legalmente por la Sociedad Gestora que lo constituyó y puede extinguirlo. Y ahora es posible la inscripción de la garantía real en el Registro de la Propiedad. No es óbice a ello el contenido del art. 30 del R. D. 716/2009, que reconoce la legitimación de la entidad emisora, esto es, de la prestamista. En primer lugar, porque se trata de una norma reglamentaria, de rango inferior a las leyes formales que fundan la legitimación

de la sociedad gestora, con arreglo a lo antes razonado. La legitimación extraordinaria, además de requerir expresa cobertura legal, es de interpretación estricta. En este sentido, es discutible que sea suficiente para ello una norma de carácter reglamentario. Los supuestos que se admiten como de legitimación extraordinaria encuentran su apoyo en una ley en sentido estricto, sea el Código Civil (arts. 1111,1552,1869 del Código Civil), sea la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 11 y 11 bis), sean leyes especiales (art. 5.g Ley de Colegios Profesionales, art. 20 Ley 26/1984, actualmente arts. 20 y 24 del Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios aprobada por el R D Legislativo 1/2007), entre otras. Esta cobertura ha de contenerse en una norma con rango de ley, sin que sea suficiente un reglamento, como es el R.D. núm. 716/2009, en que se pretendería fundar la legitimación extraordinaria de la entidad cedente, la cual, en este caso, conforme a lo manifestado en el apartado II de los razonamientos jurídicos de la demanda sobre *legitimación activa*, correspondería a la demandante, demandada reconvencional, (...) *en su condición de titular de la relación jurídica derivada del contrato de crédito*.

Determinada la falta de legitimación de la demandante para el ejercicio de la acción deducida, y considerando que legitimación *ad causam* es una cuestión preliminar de fondo que deberá resolver el juez en sentencia, y, si se apreciara la falta de legitimación, conllevaría a la desestimación de la demanda, la cual, además, es apreciable de oficio, de conformidad a la doctrina del Tribunal Supremo, en concreto la **Sentencia de 15 noviembre de 2011**. Respecto a la falta de legitimación *ad causam* del actor, la **SAP de Córdoba de 24-04-2006** establece que (...) *debe diferenciarse entre la denominada tradicionalmente «legitimatio ad processum», que en la vigente LEC se denomina como capacidad para ser parte y capacidad procesal, consistente en la capacidad para ser parte procesal, es decir, la capacidad que es necesario ostentar para ser sujeto de una relación procesal y poder realizar actos procesales válidos y con eficacia jurídica (artículos. 6 a 9 LEC), y la «legitimatio ad causam», que en la vigente LEC se denomina simplemente legitimación, que está relacionada con la pretensión que se ha formulado en el proceso, ya que es la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado (arts. 10 y 11 LEC). Se diferencia una de otra en que, en tanto la primera de las expresadas imposibilita al juzgador entrar en el análisis de la cuestión de fondo debatida y que caso de su apreciación determinaría el sobreseimiento del proceso (art. 418 LEC), la segunda, sin embargo, exige analizar la cuestión de fondo y, en su caso, su apreciación produciría el dictado de una sentencia desestimatoria de la pretensión demandante como consecuencia de la falta de acción, con los consiguientes efectos de cosa juzgada material. En la misma línea la SAP de Las Palmas de 22-6-2006 recuerda que (...) de ahí que en la Jurisprudencia más reciente se diga que la falta de legitimación ad causam es cuestión preliminar al fondo pero que puede exigir un examen del fondo (SSTS 2-09-96, 18-03-93), o que mientras la falta de legitimación ad processum equivale a la falta de capacidad procesal, la falta de legitimación ad causam equivale a la falta de acción (STS 4-06-97).*

I. TERCERO.- Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que se insta por la actora. La parte demandada, actora reconvencional, por medio de su demanda de reconvención, solicita se declare la nulidad del **PACTO SEXTO BIS. 1º** de la Escritura de «*crédito abierto con garantía hipotecaria*», reguladora del **vencimiento anticipado del préstamo**, acción principalmente ejercitada por la actora, demandada de reconvención. Dicha cláusula considera como causa de vencimiento anticipado del

préstamo la (...) *falta de pago de alguno de los vencimientos de capital, intereses y/o cuotas mixtas, u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato una parte cualquiera del capital del préstamo, sus intereses ordinarios y moratorios y cualquier otra obligación dineraria esencial, contraída por el prestatario con el Banco en virtud del presente contrato.* En el apartado 2º del mismo PACTO, se extiende la misma facultad al Banco en caso de impago de *contribuciones, impuestos, arbitrios y tasas que la graven, así como los gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal;* por afectación de cargas desconocidas a la fecha del otorgamiento de la Escritura, o disminuyera en una cuarta parte, o más, el valor de la garantía hipotecaria; y, finalmente, si la vivienda hipotecada fuera arrendada por un plazo superior al señalado para el vencimiento final del crédito

No existiendo dudas respecto a la condición de consumidores de los demandados, demandantes de reconversión (pues nada se ha probado en contrario), deviene de observancia la doctrina sentada entre otras por las **sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fechas 09/11/10, 26/10/06 y 27/06/00**, que determinan que corresponde analizar de oficio que la deuda reclamada no se sustenta en cláusulas abusivas, y ello por cuanto, a tenor de lo establecido en la Directiva 93/13/CE, la nulidad de cláusulas abusivas es controlable de oficio por los Tribunales. Consecuencia de la legislación de protección del consumidor y, más concretamente, de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cabe la posibilidad de examinar si en los contratos celebrados con consumidores y usuarios les ha sido impuesta, por parte de empresarios y/o profesionales, determinadas cláusulas que pudieran ser consideradas abusivas y contractualmente impuestas en perjuicios de tales consumidores y usuarios. Así resulta, entre otras, de la **Sentencia del TJUE, Pleno, de 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial**, resolviendo una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al declarar: *1) La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales".* Ahora bien, la posterior STJCE de 4 de junio de 2009, Sala 4ª, C-243/2008, caso PANNON, declaró que *El juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.* En la STJUE de 21 de febrero de 2013, C-472/2011, caso BANIF PLUS BANK, declara que *"el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia PANNON GSM, antes citada, apartados 33 y 35).* También la **STJUE, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2013, C-488/2011**, declara lo siguiente: *"48. Se ha de recordar que el artículo 6, apartado 1, primer fragmento de la frase, de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor; en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales; 49. El Tribunal de Justicia ha interpretado esa disposición en el sentido de que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho*

nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 63, y BANIF PLUS BANK, apartado 27).

Por otra parte, la **S. A.P de Valencia de tres de febrero de dos mil dieciséis** recuerda que, en relación a la abusividad de ciertas cláusulas contractuales, se deben tener en cuenta con carácter general las siguientes consideraciones. A) *Que la protección a los consumidores contra cláusulas abusivas incluidas en los contratos se ha de hacer a través del art. 10 bis y de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/84 de 19 de Julio de Defensa de los consumidores y usuarios, y de los arts. 8 B, 29.1 B y 80 a 89 del R.D. Legislativo 1/07 de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según reforma por Ley 3/14 de 27 Marzo, que en todo caso tratan de evitar que se produzca desequilibrio de las partes en perjuicio del consumidor o que se impongan indemnizaciones desproporcionadas. B) Que las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, reiteran el sistema de protección de la Directiva 93/13, que se basa en la protección al consumidor que se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, teniendo que adherirse a las condiciones redactadas unilateralmente por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas, como se infiere del art. 6 apartado 1 de la citada Directiva. C) Que esta disposición de carácter imperativo pretende superar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes, estableciéndose a tal efecto en las mencionadas sentencias del TJUE que el Juez Nacional debe apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la referida Directiva 93/13, para así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. D) Que a tales efectos el Juez nacional tiene la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. E) Que fruto de ello, la Ley 1/13 de 14 de Mayo modifica el procedimiento ejecutivo, a efectos de que, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de las cláusulas que se consideren abusivas. F) Que igual previsión se contiene en el art. 815.4 de la L.E.C., tras su reforma por Ley 42/15 de 5 de octubre, para el juicio monitorio. G) **Que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva lleva consigo su total inaplicación, sin que pueda moderarse o integrarse en el cumplimiento del contrato, siempre que tal nulidad no lleve consigo necesariamente la nulidad absoluta del propio contrato. Y H) Que tratándose de cláusulas abusivas, el principio de eficacia exige que el Tribunal interprete las disposiciones nacionales de modo que se garantice la tutela judicial efectiva de los justiciables, y de no ser ello posible, dicho Tribunal deberá dejar inaplicada la disposición nacional contraria, ya que si bien el principio de autonomía procesal atribuye a cada Estado la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas hagan imposible e inviable el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad), pero siempre observándose el principio de contradicción. En consecuencia, continúa diciendo la Sentencia que citamos, siendo imperativo por lo antes expuesto entrar a analizar en el caso concreto la posible existencia de cláusulas abusivas, se impone el examen de la cláusula relativa a la exigibilidad del saldo por vencimiento anticipado. Al respecto la condición general séptima del contrato de***

préstamo de que se trata establece: " 7. La falta de pago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos, o del último de ellos, a que se hace referencia en el epígrafe reconocimiento de deuda facultará al financiador para dar por vencido el préstamo, extinguiéndose el aplazamiento y exigiendo, como consecuencia, el abono de la totalidad de la deuda pendiente, que comprenderá la deuda no satisfecha a sus respectivos vencimientos, con sus intereses contractuales, la anticipadamente vencida y todo ello, con los intereses de demora pactados, comisiones de devolución y demás gastos exigibles con arreglo a lo establecido en el presente contrato". Y visto el tenor de dicha cláusula se ha de convenir, con el criterio mantenido por las Secciones de esta Audiencia Provincial (Sección 7ª: S. 16-6-14 y Sección Undécima S. 2-6-14, 11-11-15 y Aa. 22-4-14, 28-7-14, 24-9-14, 2-4-15, 16-9-15, entre otras) que la misma es **inaplicable por abusiva**, ya que es contraria a los criterios legales anteriormente aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, **pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello porque dicho efecto se hace depender exclusivamente del impago de dos de las cuotas sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación**, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma a su voluntad ante el impago de dos cuotas, cuando el contrato se había convenido con su aplazamiento (...). Posibilidad ésta que sólo se presenta como factible, en el procedimiento de ejecución hipotecaria si así se hubiere convenido, ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el art. 693.2 de la L.E.C. en su redacción por Ley 1/13, que si bien no es aplicable directamente al caso, sí sirve de pauta legal orientativa. Ahora bien, **siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos**, puesto que como ha manifestado el T.J.U.E. **cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta**, como actualmente establece el art. 83 del T.R. de la L.G.D.C. y U., según reforma por Ley 3/14 de 27 de Marzo; y cuando el Juez nacional haya constatado el carácter abusivo de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el órgano jurisdiccional pueda deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (A. T.J.U.E. 11-6-15). **Fundada, pues, la reclamación de la demandante (...) en un vencimiento anticipado que ha de tenerse por abusivo, se ha de rechazar la demanda planteada, sin perjuicio de que por el actor se inste en el proceso declarativo correspondiente la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable al prestatario (art. 1.124 C.C.) o por expiración del plazo del art. 1.129 C.C., acciones estas respecto de las cuales el Tribunal no se pronuncia so pena de incurrir en incongruencia por cambio en la causa de pedir (...).**

En el caso presente, y con relación a la cláusula 6ª Bis a) del condicionado general del préstamo, sobre **vencimiento anticipado** –por la que, según se acaba de ver, se permite declarar vencido anticipadamente el préstamo ante el impago de *dos cualesquiera de los plazos a que se hace referencia en el epígrafe ‘reconocimiento de deuda’* (...)– procede declarar la nulidad de la referida cláusula por abusiva, conforme a los criterios establecidos por la **STJUE de 14 de marzo de 2013, Sala 1ª**, dictada en el asunto C-

415/11, caso AZIZ, así como por la doctrina establecida en la **STS de 23 de diciembre de 2015, del Pleno**, declarando que *una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*, doctrina reiterada en la STS de 18 de febrero de 2016. Según consta en autos, el *contrato de préstamo de financiación para la adquisición de bienes muebles*, en que la demandante fundamenta la tutela judicial que pretende, la devolución del préstamo al consumo pactado con la demandada consumidora se realizaría en 480 cuotas (12 años). El *contrato de préstamo* se suscribió, según ya se ha hecho constar, en fecha /03/2015.

II. Pretensiones de la demanda de reconvención

II. PRIMERO.- De las demás cláusulas del contrato que se consideran abusivas por la demandante de reconvención.

A. **Cláusula genérica de atribución de gastos.** Por la parte demandada (sin que previamente solicitara la desestimación de la demanda inicial) se deduce demanda de reconvención contra la demandante, ejercitando acción de nulidad de diversas cláusulas incorporadas a la Escritura de «*crédito abierto con garantía hipotecaria*» suscrito entre las partes con fecha 21/11/2005, y su novación modificativa otorgada por Escritura de 17/02/2011. En concreto, se interesa por la demandante reconvencional (además de la ya referida al Pacto de vencimiento anticipado), la declaración de nulidad de *la cláusula [Pacto QUINTO] por la cual se repercuten [al prestatario] todos los impuestos, tributos, corretajes, honorarios, aranceles y gastos, de la naturaleza que sean, devengados o que se devenguen como consecuencia de la preparación, otorgamiento o cumplimiento de este contrato*. Se trata de una cláusula general de la contratación predispuesta que impone al consumidor indiscriminadamente la totalidad de gastos notariales, registrales e impuestos que no le son exigibles según la normativa reguladora de los mismos, en base a la doctrina sentada al efecto por la STS de 23 de noviembre de 2015. La **IIma. Audiencia Provincial de Pontevedra en su Sentencia de 6 de febrero de 2015** declaraba que (...) *de entrada llama la atención la redacción abierta y con vocación omnicomprendida de la estipulación que, precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto alguno de los conceptos, vulnera normas de carácter imperativo. El art. 89.3 TRLCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, (...) la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (número 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3. 3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3. 3º letra c). Asimismo, se considera siempre como abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º) (...). Con arreglo a lo que acaba de exponerse, **han de considerarse abusivos el cobro de la llamada comisión de apertura, y de los cargos por posiciones deudoras** (comisión de reclamación por recibo*

impagado), por cuanto estas cláusulas suponen, por un lado, la imposición de una indemnización *desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones* (artículo 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), y, por otro, un *incremento de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación* (artículo 89.5 LGDCU), ya que, conforme con la Orden Ministerial de 12/12/89, *las comisiones o gastos repercutidos debían responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos*, los que en este caso no consta generados o al menos acreditados, y debiéndose significar que fue el propio Banco de España el que en Circular 81/90 de 7 de septiembre rechaza la efectividad de las cuestionadas comisiones de devolución, por ausencia de causa que las justifique y por contravenir el artículo 10 de la LGDCU, (ahora 89.5) *al comportar, en detrimento de los intereses del consumidor, incrementos de precios por servicios, accesorios, recargos y penalizaciones que no se corresponden a prestaciones adicionales, y no responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*.

B. Cláusula de intereses moratorios. En la condición financiera OCTAVA de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se estipula un ***interés de demora anual del 20,50%***, tanto para el caso de impago de cualquiera de las cuotas del préstamo a su vencimiento (siendo en tal caso el referido interés moratorio *aplicable sobre cada cuota vencida e impagada*), como para el caso de resolución anticipada del préstamo, con pérdida del beneficio del plazo (que aquí sería *aplicable sobre la totalidad del capital pendiente*). La ya citada **Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013** en el **apartado 74** fija el marco de apreciación del carácter abusivo de los intereses de demora: (...) *en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos*. Dispone el artículo 114.3º de la LH que (...) *los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (...)*. Siendo el *interés legal del dinero*, a la fecha de la escritura (octubre de 2005), del 4 por 100, conforme a lo establecido en la Ley 30/2005, de 29/12/2005, siendo el *tipo legal del interés de demora*, según la Resolución de 28/06/2006, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, BOE nº 156 de 01/07/2006, del 9.83 por 100, se concluye que en este caso resulta abusivo el interés de demora fijado en el contrato. Procede, en consecuencia, la declaración de **nulidad de la cláusula referida al tipo del interés de demora** aplicable, (a lo que se aquieta la parte demandada de reconvenición), tanto en caso de impago de cualquiera de las cuotas del préstamo a su vencimiento, como para el caso de su resolución, lo que lleva consigo su total inaplicación, sin que pueda moderarse o integrarse en el cumplimiento del contrato.

II. SEGUNDO.- Con carácter general: condición de consumidores de los demandantes, cláusulas abusivas, y efectos de la declaración de abusividad. No existiendo dudas respecto a la condición de consumidores de los demandantes de reconvencción (pues nada se ha probado en contrario), deviene de observancia la doctrina sentada entre otras por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fechas 09/11/10, 26/10/06 y 27/06/00, que determina que corresponde analizar de oficio que la deuda reclamada no se sustenta en cláusulas abusivas, y ello por cuanto, a tenor de lo establecido en la Directiva 93/13/CE, la nulidad de cláusulas abusivas es controlable de oficio por los Tribunales. Consecuencia de la legislación de protección del consumidor y, más concretamente, de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cabe la posibilidad de examinar si en los contratos celebrados con consumidores y usuarios les ha sido impuesta, por parte de empresarios y/o profesionales, determinadas cláusulas que pudieran ser consideradas abusivas y contractualmente impuestas en perjuicios de tales consumidores y usuarios. Así resulta, entre otras, de la **Sentencia del TJUE, Pleno, de 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial**, resolviendo una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al declarar: *1) La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales*". Ahora bien, la posterior STJCE de 4 de junio de 2009, Sala 4ª, C-243/2008, caso Pannon, declaró que (...) *el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial. En la STJUE de 21 de febrero de 2013, C-472/2011, caso Banif Plus Bank, declara que "el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula (véase la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartados 33 y 35). También la STJUE, Sala 1ª, de 30 de mayo de 2013, C-488/2011, declara lo siguiente: "48. Se ha de recordar que el artículo 6, apartado 1, primer fragmento de la frase, de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor; en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales; 49. El Tribunal de Justicia ha interpretado esa disposición en el sentido de que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencias antes citadas Banco Español de Crédito, apartado 63, y Banif Plus Bank, apartado 27).*

En definitiva, y por cuanto hasta aquí se ha expuesto, procede, estimando la demanda reconvenccional, declarar **la nulidad de las cláusulas** del contrato de crédito con garantía hipotecaria, firmado entre los aquí litigantes, señaladas como Pacto **CUARTO**, referida a la **comisión de apertura**, y de gestión de **reclamación de impagos**; Pacto **QUINTO** sobre **gastos**, Pacto **SEXTO Bis**, sobre **vencimiento anticipado**; y Pacto

OCTAVO, referida a *intereses de demora*. Con las consecuencias ya manifestadas en relación al Pacto *DIECIOCHO*, referido a *cesiones*.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas procesales se impondrán a la parte que haya visto totalmente desestimadas sus pretensiones.

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

F A L L O

Que *estimando la falta de legitimación activa de la demandante*, debo desestimar desestimo la demanda deducida por el **Procurador D.** en nombre y representación de **CAIXABANK, S.A**, contra **D**, representados por la **Procuradora D.**, declaro no haber lugar a la misma *absolviendo* a la parte demandada de los pedimentos contra ella deducidos. Con imposición a la actora de las costas procesales de la instancia.

Que debo **estimar** y **ESTIMO** la demanda reconvenicional deducida por la **Procuradora D. José Manuel Álvarez Santos** en nombre y representación de **D^a**, contra **CAIXABANK, S.A**, representada por el **Procurador D.**, declaro haber lugar a la misma y en virtud, apreciando su *carácter abusivo*, debo declarar y **declaro la nulidad de las cláusulas** del contrato de «crédito abierto con garantía hipotecaria» suscrito entre las partes con fecha 21/11/2005, y su novación modificativa otorgada por Escritura de 17/02/2011 préstamo hipotecario, señaladas como **Pacto CUARTO**, referida a la *comisión de apertura*, y de gestión de *reclamación de impagos*; **Pacto QUINTO** sobre *gastos*, **Pacto SEXTO Bis**, sobre *vencimiento anticipado*; y **Pacto OCTAVO**, referida a *intereses de demora*. Con las consecuencias ya manifestadas en relación al **Pacto DIECIOCHO**, referido a *cesiones*. Con expresa imposición de las costas procesales de esta instancia a la demandada de reconvenición.

Así por esta mi Sentencia juzgando en primera instancia lo pronuncio y firmo

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes haciéndoles saber que **no es firme** y contra la que cabe **RECURSO DE APELACIÓN**, que se presentará en los plazos y forma legalmente establecidos ante este Juzgado (**artículo 458** de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (**artículo 455.2.2º** L.E.C.).

PUBLICACIÓN. – Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado que la suscribe, de lo que doy fe.

El Letrado de la Administración de Justicia

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.