

Roj: **SJPI 163/2019 - ECLI: ES:JPI:2019:163**

Id Cendoj: **03009420042019100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Alcoy/Alcoi**

Sección: **4**

Fecha: **01/10/2019**

Nº de Recurso: **17/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Juicio ordinario**

Ponente: **LAURA CRISTINA MORELL ALDANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4

Alcoy (Alicante)

Plaza MARE DE DEU,2

TELÉFONO : 965.533.931

N.I.G.: 03009-41-1-2018-0000109

JUICIO ORDINARIO 000017/2018-

S E N T E N C I A Nº

MAGISTRADA QUE LA DICTA : D^a LAURA CRISTINA MORELL ALDANA

Lugar : Alcoy (Alicante)

Fecha : uno de Octubre de dos mil diecinueve

PARTE DEMANDANTE : CAIXABANK SA

Abogado : SAEZ CASTRO, DANIEL

Procurador : SEMPERE SIRERA, VICENTE JAIME

PARTE DEMANDADA Eladio , Estrella y Eloy

Abogado : MONLLOR DOMENECH, ROQUE y MONLLOR CARBONELL, ANDRES

Procurador : PENADES MARTINEZ, ANTONIO y PENADES MARTINEZ, ANTONIO

OBJETO DEL JUICIO : Resto de Ordinarios

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 19/01/2018 tuvo entrada en este Juzgado demanda de juicio ordinario, presentada por la Procuradora de los Tribunales SR. RUIZ MARTINEZ, en nombre y representación de la entidad CAIXABANK SA contra Eladio , Estrella y Eloy , en ejercicio de acción declarativa de vencimiento anticipado, acción de condena al pago de la cantidad total adeudada por razón del contrato hipotecario y acción declarativa del reconocimiento del derecho de CAIXABANK SA a ejecutar la sentencia que en su día se dicte con cargo, entre otros, al derecho de hipoteca.

En su demanda tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que a sus intereses convinieron, solicitaba el dictado de Sentencia por la que:

I. Con carácter principal:

1) Declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de Crédito Hipotecario indicado en el **HECHO PRIMERO** de la demanda.

2) Condene de forma solidaria, al prestatario y a los fiadores al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal así como por intereses ordinarios y moratorios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de **CIENTO DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (117.288'95)**; así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, al tipo de demora legal más dos puntos, y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.

3) Declare que CAIXA BANK SA tiene derecho a la ejecución de la Sentencia que se dice 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 ranto tal y como fue pactada en la escritura referida.

4) Condene de forma solidaria, a los Prestatarios y al fiador al pago de las costas procesales.

II. Con carácter subsidiario, para el caso de que desestime la pretensión de declaración del vencimiento anticipado:

1) Condene al prestatario, al pago de la cantidad que, por cuotas de principal e intereses ordinarios al momento del cierre de la cuenta (15/12/2017) y que asciende a la cantidad de **VEINTICUATRO MIL CIENTO SESENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (24.163'63 euros)** así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios y moratorios que vayan devengándose desde la interpelación judicial, hasta el dictado de la sentencia y en su caso, hasta el íntegro pago del Préstamo.

2) Declare que la ejecución de la ejecución de la Sentencia que se dice 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 ranto tal y como fue pactada en la escritura referida.

3) Condene de forma solidaria, a los prestatarios y al fiador al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- Por medio de Decreto de 06/02/2018 se admitió a trámite la demanda, dando traslado de la misma a los demandados, haciéndole entrega de copia de la misma y de los documentos que la acompañaban, emplazándola para la contestación a la demanda. Con fecha de 26/04/2018 tuvo entrada en este juzgado escrito presentado por el Procurador SR. PENADES en nombre y representación de D. Eladio y D^a Estrella , contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, planteando cuestión prejudicial. Por medio de Otro sí digo formularon demanda reconvenional, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses convinieron, solicitaba el dictado de Sentencia por la que se condenase a la demandada al pago de 3.334'60 euros, con expresa condena en costas. Igualmente, con fecha de 10/09/2018 tuvo entrada en este Juzgado escrito presentado por el Procurador SR. PENADÉS MARTÍNEZ, en nombre y representación de D. Eloy , contestando a la demanda y oponiéndose a la misma.

De la precitada cuestión prejudicial se dio traslado a las partes por medio de Providencia de 17/09/2018, siendo resuelta tal cuestión por medio de Auto de 11/10/2018, recurrida en reposición y que fue confirmada por medio de Auto de 20/11/2018, aclarado por Auto de 17/12/2018.

Con fecha de 05/03/2019 tuvo entrada en este Juzgado escrito presentado por el procurador SR. JAIME SEMPERE, en nombre y representación de CAIXABANK, contestando a la demanda reconvenional, solicitando su íntegra desestimación, con costas.

TERCERO.- Convocada la audiencia previa y celebrada el 09/05/2019 comparecieron los actores y la demandada, comprobándose que subsistía el litigio entre ellos, procediéndose a fijar los hechos controvertidos y no controvertidos. Con posterioridad se procedió a la apertura del periodo de prueba, en base al art. 429 LEC y una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se convocó a las partes a juicio. Destacar en éste punto que la totalidad de las excepciones procesales invocadas fueron resueltas en dicha audiencia previa.

CUARTO.- El 19/09/2019 tuvo lugar la celebración de la vista del presente juicio ordinario, practicándose la prueba que resultó propuesta y admitida, consistente en testifical de D^a Macarena . Tras la práctica de la prueba, y formuladas las conclusiones por las partes, quedó el juicio concluso por el dictado de la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente litis la actora, la entidad bancaria CAIXABANK SA ejercita la acción declarativa de vencimiento anticipado, acción de condena al pago de la cantidad total adeudada por razón del contrato hipotecario y acción declarativa del reconocimiento del derecho de CAIXABANK SA a ejecutar la sentencia que en su día se dicte con cargo, entre otros, al derecho de hipoteca. Solicitaba el dictado de Sentencia por la que:

I. Con carácter principal:



- 1) Declare el vencimiento anticipado de la total obligación de pago del contrato de Crédito Hipotecario indicado en el **HECHO PRIMERO** de la demanda.
- 2) Condene de forma solidaria, al prestatario y a los fiadores al pago de la totalidad de las cantidades debidas a mi mandante por principal así como por intereses ordinarios y moratorios devengados hasta la fecha de interposición de la demanda, que ascienden a la cantidad de **CIENTO DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (117.288'95)**; así como de los intereses moratorios que se devenguen desde la interpelación judicial, al tipo de demora legal más dos puntos, y hasta el completo pago de las cantidades adeudadas a mi mandante.
- 3) Declare que CAIXA BANK SA tiene derecho a la ejecución de la Sentencia que se dice 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 ranto tal y como fue pactada en la escritura referida.
- 4) Condene de forma solidaria, a los Prestatarios y al fiador al pago de las costas procesales.

II. Con carácter subsidiario, para el caso de que desestime la pretensión de declaración del vencimiento anticipado:

- 1) Condene al prestatario, al pago de la cantidad que, por cuotas de principal e intereses ordinarios al momento del cierre de la cuenta (15/12/2017) y que asciende a la cantidad de VEINTICUATRO MIL CINTO SESENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (24.163'63 euros), así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios y moratorios que vayan devengándose desde la interpelación judicial, hasta el dictado de la sentencia y en su caso, hasta el íntegro pago del Préstamo.
- 2) Declare que la ejecución de la ejecución de la Sentencia que se dice 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 ranto tal y como fue pactada en la escritura referida.
- 3) Condene de forma solidaria, a los prestatarios y al fiador al pago de las costas procesales.

De acuerdo con su relato fáctico, el 28/04/2010 concedió al demandado una escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria documentado por medio de escritura pública ante el notario de Valencia, que gravó la Finca registral nº NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Cocentaina, al tomo NUM001 , Libro NUM002 , Folio NUM003 , hasta un importe de 458.000 euros, con fecha de vencimiento 01/05/2035, quedando sujeta la operación a las condiciones estipuladas en dicha escritura, interviniendo en la misma como fiador solidario Eloy y como prestatarios Eladio y Estrella .

En la escritura del crédito hipotecario se estipularon la cuantía, el plazo, la devolución del crédito dispuesto mediante el pago de cuotas mixtas de periodicidad mensual, el devengo de intereses, el interés de demora (pactado como equivalente al interés nominal anual) y finalmente la valoración y domicilio a efectos de notificaciones.

Igualmente, con fecha de 31/07/2014 se otorgó ante el referido Notario de Valencia D. PEDRO DOMENECH GARCÍA, bajo nº 856 de su procolo, escritura pública de novación modificativa, modificándose el pacto segundo, relativo a la amortización de capital, estableciéndose un nuevo plazo de carencia, con mantenimiento del plazo máximo de vencimiento, modificación de la cuota hipotecaria y del tipo de interés aplicable al préstamo, tipo de interés variable, escritura pública en la que también compareció el fiador solidario junto con los prestatarios.

La parte deudora habría incumplido de modo reiterado su obligación principal, consistente en la devolución periódica en plazo de las cuotas líquidas, vencidas y exigibles en cada uno de sus periodos, por lo que el 15/05/2017 a actora procedió al cierre anticipado de la cuenta, girándose la correspondiente certificación de saldo de deudor, de la que se apuntaba expresamente, que en cuanto a los intereses moratorios, habían sido liquidados conforme a lo señalado por las SSTs de 22/04/2015 y 23/12/20158. El incumplimiento de la deudora sería por tanto esencial, grave y reiterado en el tiempo, habiéndosele notificado el saldo deduro de la liquidación. Por ello procedían de conformidad con lo prevenido en el art. 1124 CC a ejercitar la acción declarativa de vencimiento anticipado del contrato, por no poder quedar sujeto el cumplimiento quien tiene a la contraparte como incumplidor esencial, acción que se dirigía tanto respecto de los prestatarios principales Eladio y Estrella como respecto del fiador solidario Eloy .

Por su parte los codemandados Eladio y Estrella se oponen íntegramente a la demanda, solicitando su desestimación, con costas. Tras solicitar la suspensión del procedimiento para interposición de cuestión prejudicial civil, circunstancia que fue resuelta por medio de Auto, pasaba a contestar a la demanda, alegando la existencia de **cláusulas abusivas**, concretamente la **cláusula sexta bis** relativa al vencimiento



ancitipado, cláusula sexta relativa al devengo de intereses moratorios, cláusula relativa a los intereses remuneratorios y cláusula quinta relativa a los gastos de escritura pública. Preliminarmente, negaba haber incurrido en incumplimiento grave y esencial de lo pactado el prestatario en este caso avalado por los ahora codemandados, argumentando que en el momento en que se efectúa el primer requerimiento extrajudicial, tan solo se había dejado de abonar 10 cuotas hipotecarias y que podía observarse en el acta de fijación de saldo que, teniendo en cuenta el valor otorgado a la vivienda, el crédito concedido y las cuotas que habrían impagado, ste sería poco proporcional es decir poco sustancial o relevante.

Igualmente alegaba la nulidad por abusividad de las cláusulas relativas a los gastos (cláusula quinta) intereses de demora (cláusula sexta) y vencimiento anticipado (cláusula sexta bis), intereses remuneratorios (cláusula tercera), añadiendo en el acto de las conclusiones la nulidad por abusividad de la cláusula décima, relativa a la acción judicial y a la cláusula undécima, relativa a la venta extrajudicial del bien hipotecado. Aseveraba que todas las precitadas cláusulas serían nulas, por abusivas, conforme a la Directa 93/13/CEE del Consejo de 5 de Abril, STJUE 14/03/2013 y en cuanto a los intereses moratorios, que se habrían minorado para ser equivalentes a los remuneratorios, que dicha cuestión estaría vedada por la STS 22/04/2015, debiendo tenerse por no puesta. Por todo ello, solicitaba el dictdo de sentencia por la que se desestimase la demanda, declarando:

- 1.- Que no procede el vencimiento anticipado, declarando la nulidad del contrato de préstamo hipotecario y en concreto el pacto sexto bis de la escritura de préstamo hipotecario acompañado a la demanda con el nº 1 de los documentos.
- 2.- Que no procede el devengo de intereses de demora, declarando la nulidad del pacto sexto de la escritura de préstamo hipotecario, acompañado a la demanda con el nº 1 de los documentos.
- 3.- Que no procede el devengo de intereses remuneratorios, declarando la nulidad de las cláusulas segunda, tercera, cuarta y quinta de la escritura de renovación de préstamo hipotecario, acompañado a la demanda con el nº 2 de documentos.
- 4.- Que no procede el pago de la cantidad reclamada.
- 5.- Que no procede el derecho a la ejecución de la Sentencia con cargo al derecho real de hipoteca.
- 6.- Que tampoco procede la petición formulada en el suplico de la demanda con carácter subsidiario.
- 7.- Que procede la condena en costas a la entidad.

Por su parte, dichos codemandados interponían asimismo demanda reconvenicional, solicitando la condena de la demandada CAIXANBANK al pago de 3.334'60 euros, más costas. Señalaba que la demandada reconvenicional formalizó un préstamo hipotecario con los actores, indicando en el pacto quinto que todos los gastos y tributos serían de cargo de la parte deudora. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado nula por abusiva, la cláusula que establece que los gastos de los préstamos hipotecarios serán satisfechos por los demandados, en la STS de 28 de Febrero de 2018, por lo que tras efectuar el oportuno desglose de los gastos soportados por los ahora actores (tasación, notaría y registro) solicitaba la condena al pago de los mismos.

Por su parte el codemandado D. Eloy contesta a la demanda, solicitando su íntegra desestimación, con costas. Tras hacer suyos los motivos de oposición esgrimidos por los codemandados, alegaba la existencia de cláusulas abusivas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de 28/04/2010, concretamente el pacto décimo sexto, relativo a la cláusula de solidaridad y renuncia a los beneficios de excusión u orden, división y cuantos otros pudieran corresponderle, afirmando que la cláusula sería nula, por abusiva, por imponer al consumidor una renuncia impuesta por la entidad bancaria, sin que haya existido información previa. Igualmente añadía que la deuda no podía reclamarse por aplicación del art. 579 LEC y 682.5 LEC, no siendo reclamable alguna deuda antes de la realización de los bienes hipotecados.

Finalmente la demanda reconvenicional CAIXABANK contesta a la demanda reconvenicional interpuesta por Eladio y Estrella, solicitando su desestimación, con costas, alegando para ello que los actores reconvenicionales no habrían aportado los documentos en los que sustentarían su pretensión.

SEGUNDO.- Señala la SAP de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 983/2016 de 13 de Diciembre, en un caso idéntico al que nos ocupa que " *El ejercicio de esta modalidad de acción de resolución contractual en sede de préstamo ha sido admitida por la Sentencia de 27 de julio de 2015 de la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial: " Cierto es que la doctrina ha venido entendiendo tradicionalmente, aunque no unánimemente que el contrato de préstamo es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa, y unilateral porque genera obligaciones solo para el prestatario, pero la realidad social del momento, en que la protección al consumidor se aplica a ultranza en su exigencia, no puede llevar consigo que un contrato de préstamo pactado para muchos años, sin cláusula expresa de resolución, pueda ser incumplido reiteradamente por el prestatario sin que se de oportunidad al prestamista de resolverlo por vía delart. 1.124 CC, al venir referido este precepto solo a las*



obligaciones recíprocas, pues ello nos llevaría, de un lado, a que el prestatario pudiera cumplir el contrato a su arbitrio con infracción del art. 1258 del C.C., y, de otro, a que el prestamista sufriera tal desequilibrio contractual que solo podría obviarse bien cayendo en el olvido el contrato de préstamo, con las nefastas consecuencias socio-económicas que ello comportaría, bien mediante cláusulas aberrantes de vencimiento anticipado, que lo permitan por el mero impago de cualquier cuota de amortización de capital o de intereses, o por el simple incumplimiento de cualquier nimia obligación pactada que en la actualidad se están declarando ineficaces por resultar abusivas en las relaciones entre un profesional y un consumidor al producirse igualmente un desequilibrio entre los contratantes, lo cual tampoco debe ser amparado en derecho.

Así pues la Sala entiende que la realidad social del momento a que se refiere el art. 3.1 C.Cy a la que últimamente ha acudido el Tribunal Supremo con frecuencia para adecuar la doctrina tradicional a las nuevas exigencias que impone la realidad social contemporánea, nos lleva a interpretar el contrato de préstamo, integrándolo en la normativa del C.C, de una parte, como un contrato que si bien jurisprudencialmente se ha configurado como real, no deja de ser por ello consensual, como así alguna que otra sentencia del Tribunal Supremo lo ha admitido; y, de otra parte, como un contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas y al que es plenamente aplicable el art. 1124 CC, Y esto por las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque no hay precepto genérico en el CC que diga que los contratos se perfeccionan con la entrega de la cosa objeto del negocio jurídico, pero si lo hay que sienta que los contratos se perfeccionan con el consentimiento (art. 1258 CC), con lo que, en principio, todo contrato es consensual; en segundo término, porque es difícil imaginar que una persona haga un préstamo de una cosa no fungible (comodato) o de dinero u otra cosa fungible (préstamo o mutuo), sin que previamente haya consentido el prestamista dicha entrega, de ahí que el art. 1258 del CC disponga que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley" y el art. 1254 del CC establezca que " el contrato existe desde que uno o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"; en tercer lugar, porque en el campo específico del contrato de préstamo tampoco hay precepto que expresamente establezca que dicho contrato se perfecciona con la mera entrega de la cosa; en cuarto lugar, porque a entender de esta Sección el contrato de préstamo se perfecciona con el consentimiento, se consuma con la entrega de la cosa prestada (momentos que pueden o no coincidir en el tiempo) y se extingue cuando se cumple con la devolución de lo que fue objeto de préstamo, con o sin intereses; y finalmente, porque si el contrato unilateral es el que origina obligaciones para una de las partes sin que la otra asuma obligación alguna, y el contrato bilateral, sinalagmático o recíproco es el que genera obligaciones para ambas partes contratantes, la Sección se inclina por considerar que el préstamo es bilateral porque genera obligaciones recíprocas, cual si de un " do ut des " se tratara: la del prestamista, entregar la cosa o dinero objeto del préstamo; y la del prestatario devolver lo prestado con o sin intereses. Así, ambas obligaciones recíprocas están previstas en el art. 1740 Pfo 1º del CC cuando dice que " por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato o dinero, u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo". Ciertamente es que el art. 1753, relativo al simple préstamo o mutuo dice que " el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere en propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad", y que de dicho tenor se ha inferido su carácter real y unilateral, pero la Sala entiende que dicho precepto, refiriéndose en su literalidad a la consumación del préstamo y no a su perfección, no implica la existencia de una obligación unilateral, sino que, precisamente, presupone la bilateralidad, pues frente a la obligación de devolver lo prestado, se halla la previa entrega de la propiedad de lo entregado por parte del prestamista. De ahí que pueda hablarse de obligaciones recíprocas en el préstamo (entregar y devolver) y que sea aplicable al mismo lo dispuesto en el art. 1124 del C.C.

Si a lo dicho se une que por vía del art. 1255 del CCy del consentimiento contractual cualquier persona puede obligarse a prestar a otra algo y ésta tener por ello la facultad de exigirlo o, en caso de incumplimiento, de reclamarle daños y perjuicios si los hubiera sufrido, claro es que el contrato de préstamo no puede configurarse exclusiva y auténticamente como un contrato de naturaleza real y unilateral, sino más bien como un negocio consensual y bilateral. Por eso el consentimiento para prestar dinero o cosa mueble fungible es necesario e indispensable en el contrato de que se trata, pues de no serlo se podría estar ante una donación verbal de cosa mueble que se perfeccionaría con la entrega de la cosa donada (art. 632 CC). Así, de la misma forma que para entender que ha habido donación se requiere la entrega de la cosa, el " animus donandi " y la aceptación, para considerar que ha habido un préstamo se requiere también no solo la entrega de algo, sino también el " animus commodi ", deviniendo en ambos contratos indispensables el elemento consensual. De ahí que la determinación de la calificación jurídica del contrato celebrado en cada caso no dependa exclusivamente de la entrega de la cosa, sino del elemento consensual que lo defina, ya que en caso de duda habrá de estarse a este último, que es el que determinaría verdaderamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado, sea donación, préstamo, depósito ... "

Por otro lado, con semejantes razones, el Tribunal Supremo también ha admitido la interposición de juicios declarativos en reclamación del impago de los préstamos hipotecarios (SSTS de 23 de diciembre de 2015 , 18 de febrero de 2016) (FJº2º) .

TERCERO.- La acción declarativa de vencimiento anticipado -que no es más que una modalidad de resolución contractual- por incumplimiento de la parte demandada. La naturaleza, características y requisitos de la acción de resolución prevista en el art. 1124 CC está minuciosamente descrita en la SAP de Valencia, de Valencia, Sección 9ª, Sentencia 983/2016 de 13 de Diciembre , cuyo FJº3º reseña que " Entendiéndose, por tanto, de aplicación el art. 1124 del CC al contrato de préstamo de que se trata, para resolver sobre la acción resolutoria ejercitada, la Sala ha de partir, como premisa jurídica, del examen de los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción resolutoria que contempla el art. 1.124 del C.C. Y estos son, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección los siguientes: 1./ que entre partes median obligaciones recíprocas, como esencia de un negocio jurídico bilateral; 2./ que dichas obligaciones recíprocas sean exigibles; 3./ que el que reclame la resolución haya cumplido lo que a él le incumbía, como requisito legitimador para plantear la resolución contractual, ya que no está legitimado para instar dicha acción el contratante que incumple sus obligaciones (S.s. T.S. 20-2-50, 16-11-56, 16-5-59, 5-2-63, 2-11-65, 5-5-70, 27-12-71, 26-4-76, 28-2-80, 9-7-81, 10-11-81, 27-3-82, 9-7-87, 24-3-88, 17-5-88, 15-6-88, 17-6-88, 31-1-92, 8-7-93, 29-4-94, 9-5-94, 29-3-95, 22-11-95 ...); y 4./ que la parte a la que se demande de resolución haya incumplido la prestación a la que contractualmente se hubiera comprometido. Pero este incumplimiento ha de reunir una serie de características para que pueda desembocar en la resolución contractual; a saber: a) que el incumplimiento sea propio del contratante a quien se le imputa; b) que el incumplimiento sea culpable, de modo que a quien se le achaque no ejecute la prestación debida por causas que le sean imputables como dependientes de su voluntad; y c) que el incumplimiento sea verdadero, es decir, no es suficiente que el supuesto incumplidor no ejecute voluntariamente la prestación a la que se obligó, sino que, además, se precisa que se trate de una infracción relevante, esencial, grave y de tal importancia en la economía y esencia del contrato que justifique la resolución, como así se desprende de reiterada jurisprudencia (S.s. T.S. 25-11-83, 19-4-89, 10-11-90, 21-2-91, 30-4-94, 26-9-94, 23-2-95, 2-10-95, 7-3-95, 17-11-95, 26-1-96, 10-12-96, 10-5-00, 20-7-00, 11-3-02, 11-4-03, 13-5-04, 5-4-06, 31-1-08, 14-3-08, 12-6-08, entre otras muchas), de modo que ya no se precisa, como antes se exigía, un incumplimiento deliberadamente rebelde o una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento (S.s. 28-2-80, 23-9-86, 21-3-94, 18-11-94...), sino que basta una conducta voluntaria, injustificada y obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (S.s. T.S. 19-1-84, 20-10-84, 26-1-88, 2-6-89, 13-10-89, 21-10-89, 14-2-90, 21-7-90, 7-6-91, 5-9-91, 3-12-91, 18-12-91, 8-5-92, 1-6-92, 4-6-92, 19-10-93, 2-7-94, 26-9-94...), o que frustre las expectativas legítimas de los contratantes (S.s. T.S. 18-11-83, 2-7-92, 24-2-93, 10-3-93, 22-3-93, 25-2-94, 2-10-95, 25-1-96, 7-5-03, 18-10-04, 3-3-05, 20-9-06, 31-1-08 ...) o el fin normal del contrato (S.s. T.S. 11-2-91, 31-3-92, 2-6-92, 28-9-92, 27-1-93, 5-10-95, 15-10-02, 22-5-03, 13-5-04, 3-2-06, 11-10-06, 27-9-07, 12-6-08 ...). Ahora bien, no ha confundirse el incumplimiento tal como se ha expuesto con el simple retraso temporal en el cumplimiento de la prestación, porque en este último supuesto normalmente no hay base para que opere el art. 1.124 del C.C.: de un lado, porque si el retraso es justificado sólo existiría una prestación demorada; y de otro, porque aún siendo el retraso injustificado, si va seguido del cumplimiento o de la posibilidad cierta y segura de poder cumplir, tampoco podría hablarse de incumplimiento resolutorio, pues sólo se pueden encuadrar en el art. 1.124 del C.C. el retraso injustificado que frustre el fin práctico perseguido por el negocio, y el retraso duradero y persistente que por tal circunstancia revele una patente voluntad incumplidora, deducida de una prolongada inactividad o pasividad en el cumplimiento de la prestación comprometida.

Sentado lo anterior, y proyectada tal doctrina a la resolución de un contrato de préstamo por falta de pago de las cuotas correspondientes a intereses pactados por parte del prestatario, se ha de reseñar complementariamente a lo dicho, que es reiterada jurisprudencia al respecto, análogamente a lo establecido para la compraventa, la siguiente: a) que la resolución puede hacerse extrajudicialmente, a reserva de que, si hubiese oposición de la contraparte, sean los Tribunales quienes sancionen su procedencia (Ss. T.S. 14-6-88, 28-2-89, 4-4-90, 20-10-94 ...), y ello aunque el contrato contenga cláusula resolutoria (Ss. T.S. 28-3-96, 15-11-99 ...); b) que la gravedad del incumplimiento ha de relacionarse con la equidad y la buena fe (Ss. T.S. 15-7-85, 28-2-86, 25-1-91 ...), ya que una drástica resolución contractual sería contraria a la equitativa ponderación con que se ha de hacer la aplicación de las normas (S. T.S. 15-7-85), a más de que ha de tenerse presente el principio general de conservación del negocio (S. T.S. 25-2-78), que se traduce en el mantenimiento de éste por respeto a la voluntad contractual (Ss. T. S. 11-6-69, 4-3-75 ...); c) que se requiere una voluntad constante y reiterada por parte del prestatario o comprador de incumplir su obligación de pagar el precio, ello de forma prolongada y duradera, que frustre el fin económico del contrato y las legítimas expectativas del vendedor o prestamista (Ss. T.S. 9-10-87, 12-5-88, 14-6-88, 2-6-89, 5-6-89, 20-12-89, 20-6-90, 21-7-90, 25-1-91, 11-2-91, 11-3-91, 15-2-92, 16-5-92, 16-6-92, 2-7-92, 16-7-92, 28-9-92, 10-10-94, 5-12-95, 30-7-97, 24-10-98, 26-7-01 ...); d) que ya no se requiere una voluntad deliberadamente rebelde de no pagar, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino un proceder obstativo que frustre el fin contractual (Ss. T. S. 2-6-89, 5-6-89, 21-7-90, 11-2-91, 11-6-91, 31-3-92, 2-6-92 ...); e)



que para resolver el contrato no basta el impago de pequeñas cantidades, sino que se requiere que se adeude una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido (Ss. T.S. 2-2-84 , 2-5-84 , 14-3-03); y f) que el arts. 1124 del C.C. exige un incumplimiento esencial consecuente con una voluntad obstativa al cumplimiento, injustificada, continua e inequívoca, sin que ello se de en el mero retraso en el cumplimiento (Ss. T.S. 7-2-84 , 21-2-90 , 25-1-91 , 3-9-92 , 15-6-95 . .)".

CUARTO.- En el presente caso, conforme al art. 1740 CC , " Por el contrato de préstamos, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo ", añadiendo el art. 1753 CC " El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedores otro tanto de la misma especie y calidad ".

Resulta que la parte prestamista cumple con la entrega del dinero o cosa fungible, que constituye la esencia del contrato - de ahí que exista discusión doctrinal sobre la naturaleza real o consensual del préstamo- y la obligación principal del prestatario consiste en la devolución del importe de dinero prestado (con o sin intereses, art. 1740.3 CC) o la cosa fungible de la misma especie y calidad prestado.

Pues bien, en el presente caso, con fecha de 28/04/2010 se le concedió por parte de CAIXABANK 'LA CAIXA' a Eladio y a Estrella , interviniendo como fiador solidario su hijo Eloy , un préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 458.000 euros, de los que 458.000 euros se le ingresaron en el momento mismo de la firma de la escritura en la cuenta de crédito abierta ad hoc -doc. 1 de la demanda pág. 9-, ingresando en esa misma cuenta especial la parte deudora 35.000 euros, constituyéndose en garantía del pago del saldo resultante de la liquidación de la cuenta de crédito, garantía hipotecaria sobre la Finca registral nº NUM000 el Registro de la Propiedad de Cocentaina -pág. 32-, añadiéndose a dicha garantía real, la garantía personal de los prestatarios ahora demandados í como el afianzamiento solidario del codemandado D. Eloy -págs. 41 y 42 del doc. 1 de la demanda-, lo que acredita, por tanto, que la parte ahora actora cumplió con su principal obligación en la presente relación jurídica: la entrega de la cantidad prestada. El plazo de amortización, por su parte, se fijó en el 01/05/2035 sin que la última cuota girada pudiese extenderse más allá del 01/05/2036.

En el presente caso hemos de analizar conjuntamente si concurren todos los requisitos para el ejercicio de la acción de vencimiento anticipado y condena al pago de la totalidad de la cantidad adeudada, por incumplimiento grave y esencial, ejercitada por la actora, junto con las alegaciones de nulidad de determinadas cláusulas, concretamente las cláusulas de intereses remuneratorios, intereses moratorios, vencimiento anticipado, acción judicial y de fianza.

Para ello debemos traer a colación la reciente STS, Pleno, Sala de lo Civil, nº 463/2019, de 11 de Septiembre , que ha fijado como doctrina esencial la " Nulidad, por abusiva, de la cláusula que autoriza el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota. Efectos de la nulidad de la cláusula tras la STJUE de 26 de marzo de 2019. La supresión de la cláusula impide la subsistencia del contrato. Para evitar que ello perjudique al consumidor puede sustituirse la cláusula anulada por una disposición de Derecho nacional, debiendo valorar los Tribunales en cada caso la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del préstamo. Para ello puede servir, como elemento orientativo, lo previsto en la Ley de Crédito Inmobiliario, cuyo art. 24 autoriza el vencimiento anticipado del contrato si no se pagan doce plazos mensuales. Por tanto, los procesos en curso se sobreseerán si el incumplimiento del deudor no reviste esa gravedad, aunque ello no produce efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada en las disposiciones de la citada Ley y".

La Sala facilita las siguientes orientaciones jurisprudenciales, en el seno de la ejecución hipotecaria, para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

- 1.- Los procesos en que el préstamo se dio por vencido antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.
- 2.- Los procesos en que el préstamo se dio vencido después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (que exigió un mínimo de tres mensualidades impagadas), por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, si el incumplimiento del deudor no reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia, teniendo en cuenta como criterio orientador el artículo 24 ley de contratos de crédito inmobiliario (LCCI), deberían ser igualmente sobreseídos. Por el contrario, si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.
- 3.- El sobreseimiento de los procesos no impedirá una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de LCCI.

Este pronunciamiento jurisprudencial ya está dando lugar a movimientos de unificación doctrinal, como sería el caso de los Acuerdos de unificación de criterios de las Secciones civiles de la Audiencia provincial de Barcelona, de 20 de Septiembre de 2019.

Resulta también al caso que el TJUE (Gran Sala) dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " *Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales* ".

Finalmente, el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, señala que " *1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:*

- a) *Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.*
 - b) *Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:*
 - i. *Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.*
 - ii. *Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.*
 - c) *Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.*
2. *Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario* ".

QUINTO.- En primer término hemos de valorar si concurre nulidad por abusividad en el Pacto Tercero bis de la escritura pública de 28/04/2010 y la Estipulación Cuarta de la escritura pública de 31/07/2014. Pues bien, en el caso de autos, estamos ante un interés remuneratorio, cuyo objeto es la remuneración por la contraprestación que supone al banco prestamista, la entrega de una suma en concepto de principal, a los ahora prestatarios, o sea lo que se ha dado en llamar 'el precio' del préstamo. Valorando dicha cláusula, se aprecia que en la misma no concluye nulidad por abusividad y por tanto no debe tenerse la misma por no puesta. Es cierto que el Tribunal Supremo, en STS, Sala de lo Civil, de 25 de Noviembre de 2015, declaró el carácter usurario de un préstamo por el tipo de interés remuneratorio pactado del 24,6% TAE. La sentencia de fecha 25.11.2015 dictada por el Pleno del Tribunal Supremo declaró el carácter usurario de un préstamo por el tipo de interés remuneratorio pactado del 24,6% TAE, y cuya consecuencia fue la declaración de nulidad de los intereses del préstamo, debiendo entregar solo la suma recibida sin intereses.

Destacamos las siguientes consideraciones que llevan al Alto Tribunal a declarar el carácter usurario de un préstamo por el tipo de interés remuneratorio:

1ª.- La Ley de Represión de la Usura de 23 de Julio de 1908 (vigente después de más de 100 años) establece en su artículo 1: " *Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales* ".

2ª.- La Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 Código Civil, aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operación de crédito sustancialmente equivalente al préstamo.



El interés con el que ha de realizarse la comparación es el 'normal del dinero'. Para establecer lo que se considera 'interés normal' puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.).

Sin embargo, dicha Sentencia y sus efectos se contrae a los intereses remuneratorios de un préstamo al consumo, que no de un préstamo con garantía hipotecaria, que es el que nos ocupa. Según es de ver en la escritura pública de 28/04/2010, se fijó un tipo de interés nominal anual del 3'750%, por lo que además y caso de considerar aplicable la Ley de Represión de la Usura, se aprecia que el interés remuneratorio fijado era incluso inferior al interés legal del dinero fijado para el año 2010, que fue del 4%. Por tanto, la alegación de nulidad por abusividad debe decaer.

SEXTO.- La segunda de las cláusulas cuya nulidad por abusividad preconiza la parte demandada es el Pacto sexto bis, relativo a los intereses de demora, que en la escritura pública de 28/04/2010 fueron fijados en el 20'5%. Al respecto hemos de estar a lo señalado en la STS, Sala de lo Civil, nº 469/2015, de 8 de Septiembre, que resumidamente declara nula por abusiva la cláusula que contiene el interés de demora, por causar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Existe desproporción entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al mismo. Supera en más de veinte puntos porcentuales al tipo del interés remuneratorio aplicable en cada momento. Se tiene por no puesta la cláusula declarada nula. No procede su moderación ni integración, sino su supresión. Se suprime el interés de demora pactado y se condena a la prestataria a pagar el interés remuneratorio que se devengue hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

Señala dicha Sentencia que " *La cláusula que establece el interés de demora no es ajena al ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como parece entender el Juzgado de Primera Instancia, sino que, por el contrario, es susceptible de control de abusividad de su contenido, no solo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a sí, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, pues no está incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE.*

La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de veinte puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.

Debe recordarse asimismo que el TJUE ha considerado que no puede hacerse una aplicación extensiva de la restricción del control de abusividad previsto en el citado art. 4.2 de la Directiva, al constituir una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai , párrafo 42).

3.- La previsión legal aplicable para resolver la cuestión planteada en el recurso esta contenida en la disposición adicional primera, apartado 3º, último inciso, en relación al art. 10.bis, ambos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente cuando se celebró el contrato de préstamo (actualmente, art. 85.6 del vigente Texto Refundido de dicha ley): son abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esta previsión legal es un desarrollo de lo dispuesto en el apartado 1.e del anexo de la Directiva 1993/13/CE, en relación a su art. 3.3.

Por tanto, es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización " desproporcionadamente alta ".



En el caso que nos ocupa, de la escritura pública de 28/04/2010 y de 31/05/2015 se deduce que los deudores hipotecarios Eladio y Estrella intervinieron en el contrato de préstamo como garantía hipotecaria, posteriormente novados, como meros consumidores, puesto que no consta expresamente lo contrario, por ello, pueden ser beneficiarios de la legislación tuitiva al respecto, o sea del TRLGDCU. Lo determinante para resolver la cuestión planteada en el recurso será decidir si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento. Para ello, vamos a acudir a los criterios ya establecidos en la STS, Sala de lo Civil núm. 265/2015, de 22 de Abril .

Continúa la Sentencia del Tribunal Supremo de nº 469/2015, de 8 de Septiembre , señalando que " A falta de una limitación legal a los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, como sí existe en otros Estados miembros de la Unión Europea, para decidir sobre la abusividad del interés de demora es preciso hacer una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE, y la sentencia dictada por este tribunal, STJUE).

Es abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Dado que esta materia ha sido regulada por una Directiva comunitaria, y que es dicha Directiva la que establece el concepto de abusividad así como las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE, puesto que "s egún reiterada jurisprudencia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véase, en particular, la sentencia Fish Legal y Shirley, C- 279/12 , EU:C:2013:853 , apartado 42) " (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai , párrafo 37).

6.- En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas de Derecho nacional aplicables cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, 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 este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz , párrafos 68 y 74).

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11, caso Mohamed Aziz , párrafo 69).

Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor. Naturalmente, un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo ".

Pues bien, teniendo en cuenta el interés remuneratorio fijado -del 3'75%- , el interés moratorio fijado -del 20'5%- y el hecho de que el contrato de préstamo gozaba de una triple garantía, como era la personal de los deudores, la inmobiliaria representada por la constitución de garantía hipotecaria y la fiduciaria representada por la fianza otorgada, en ambas escrituras públicas, por D. Eloy , se aprecia que estamos ante una cláusula de interés de demora que supone un incremento excesivo del tipo porcentual, como es la que nos ocupa, perjudica desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe y va mucho más allá del objetivo propio que persigue el establecimiento de un interés moratorio -penalizar al deudor moroso-. Todo ello en el marco de un contrato, en el que los deudores hipotecarios son asimismo consumidores y en el que la entidad prestamista, CAIXABANK, ya goza de nada más y nada menos que tres garantías, de diversa



naturaleza, para garantizar sus legítimas expectativas, sin necesidad de establecer un interés moratorio que casi sextuplica el interés remuneratorio fijado.

Por ende, la **cláusula** que establece dicho interés, desproporcionada en cuanto a los intereses perseguidos, en claro detrimento de los intereses de la parte más débil del contrato, debe ser reputada nula, por abusiva y además por no puesta conforme a constante doctrina jurisprudencial, sin que sea posible llevar a cabo la denominada 'reducción conservadora' que se llevaba acabo anteriormente, por ejemplo en la STS, Sala de lo Civil, nº 265/2015, de 22 de Abril .

Debemos adherirnos a lo señalado en la STS, Sala de lo Civil, nº 469/2015, de 8 de Septiembre , antes citada, que en su FJº4º " *Como se ha expresado anteriormente, al estar ante una materia regulada por una Directiva comunitaria, en el que la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado no solo sobre el concepto de abusividad sino también sobre las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, no se trata tanto de que esta Sala decida cuáles son las consecuencias de la declaración de abusividad del interés de demora que estima más adecuadas, sino cuáles son las pertinentes conforme a la doctrina sentada por el TJUE, que esta Sala no puede ni debe obviar.*

El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C- 618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces " para que cese el uso de **cláusulas abusivas** en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores ", al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las **cláusulas abusivas** que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales **cláusulas abusivas** no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar **cláusulas abusivas** al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 , declaró que " el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una **cláusula abusiva** contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la **cláusula abusiva** " .

*En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la **cláusula abusiva** y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.*

*Pero salvo que concurra esta circunstancia, el TJUE ha sido tajante en excluir la aplicación de la norma nacional de Derecho dispositivo para integrar el contrato una vez que la **cláusula** ha sido declarada abusiva.*

*El TJUE también ha resuelto específicamente sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la **cláusula abusiva** sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, al resolver la cuestión prejudicial que con este objeto le planteó un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29), con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59), el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una **cláusula penal** en un*



contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, excepción que no concurre en el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión sólo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario. Como se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE.

Por aplicación de la doctrina jurisprudencial más arriba expuesta, se declara nula y se tiene por no puesta, por abusiva, el Pacto Sexto relativo a los intereses de demora de la escritura pública de 28/04/2010, y ello con independencia de que, aparentemente no se han solicitado intereses de demora por parte de CAIXABANK al documento nº 6 de la demanda.

SÉPTIMO.- La siguiente de las cláusulas de cuya nulidad por abusividad nos hemos de pronunciar es el Pacto Sexto bis, relativo al vencimiento anticipado, de la escritura pública de 28/04/210.

En el caso que nos ocupa, valorando la doctrina jurisprudencial más arriba señalada, así como categorizando el incumplimiento de los deudores hipotecarios Eladio y Estrella en relación al importe del préstamo (458.000 euros), la duración de la vida del préstamo (escritura pública firmada el 28/04/210 y con fecha de vencimiento 01/05/2035) y al acta de fijación de saldo -certificación de saldo deudor, doc. nº 6 Acta de acreditación de saldo otorgada ante el notario de Valencia d. Alfonso Maldonado Rubio, el 20 de Diciembre de 2017- se aprecia que en el momento del ejercicio de la acción de vencimiento anticipado, por incumplimiento contractual, por parte de CAIXABANK, el incumplimiento de los deudores hipotecarios era existente, pero no grave y esencial, conforme a unos parámetros de ejercicio con normalidad y conforme a la buena fe de la acción de resolución contractual del art. 1124 del CC y que aunque CAIXABANK no la hace base de su reclamación, tiene por base una cláusula, el Pacto sexto bis de la escritura pública de 28/04/2010, sobre vencimiento anticipado, que debe reputarse nulo, por abusivo y por tanto por no puesto.

Como hemos referenciado en Fundamentos Jurídicos anteriores, el TJUE (Gran Sala) dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales ".

Si bien es cierto que la ya famosa STS, Pleno, Sala de lo Civil, de 11 de Septiembre de 2019, contrae su ámbito de aplicación a los procesos especiales de ejecución hipotecaria, no debemos soslayar argumentos de peso que hacen perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial allí desarrollada al proceso declarativo que hoy nos ocupa. El primero de ellos, que la Sentencia del TJUE de 29 de Marzo de 2019 hace referencia a " cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores", sin especificar si dichas cláusulas determinan el ejercicio de una acción declarativa por la parte prestamista o de una acción ejecutiva. Por tanto, perfectamente el Juez nacional, como Juez europeo, puede entrar a conocer, no ya porque ha sido alegado por las partes, sino porque puede y debe pronunciarse de oficio, si el contrato cuyo incumplimiento esencial se alega por la actora contiene alguna o algunas cláusulas abusivas.



En segundo lugar, ha quedado perfectamente determinado, no solo por las escrituras públicas contenidas en la demanda, sino también por la prueba practicada en el acto de la vista, singularmente la testifical de la SRA. Macarena , que los codemandados D. Eladio y D^a Estrella son consumidores y usuarios, y por ende gozan del amparo que la legislación tuitiva, TRLGDCU, les dispensa.

Y en tercer lugar, porque realizando un juicio de proporcionalidad, está claro que una **cláusula** que permite a CAIXABANK dar por vencido la totalidad del préstamo, por la 'falta de pago de alguno de los vencimientos de capital' pero incluso por algo incluso más irrelevante como la falta de pago de 'intereses' o 'cuotas mixtas', o 'si no se pagase a su debido tiempo las contribuciones, impuestos, arbitrios y tasas que la graven, así como los gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal' es totalmente desajustada a los principios de la buena fe negocial, porque permite a CAIXABANK exigir a los deudores hipotecarios y al fiador un total de 485.000 euros de principal, por ejemplo, por el impago de un recibo de intereses, de un recibo de IBI, por la no constitución o falta de pago de un seguro de hogar, por la falta de pago de una derrama de la Comunidad de Propietarios en la que pudiera llegar a ubicarse la finca hipotecada etc. En suma, cualquier incumplimiento irrisorio permite a CAIXABANK poner fin a la relación negocial con unos consumidores y usuarios, en un préstamo que ya contiene otras **cláusulas abusivas**, como la de intereses moratorios fijados al 20'5%.

Mutatis mutandi , si para acordar la continuación o el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, el TS fijado como criterio interpretativo, resumidamente, que en las ejecuciones hipotecarias fijadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 -como es el caso de la escritura pública que nos ocupa-, se debe proceder sin más trámites a su sobreseimiento, nada obsta a que en los procesos declarativos se aprecie la gravedad del incumplimiento del deudor hipotecario en relación a los parámetros que fija el art. 24 de la Ley de crédito inmobiliario, para valorar si éste era grave y esencial o no.

Pues bien, partiendo de la base de que la **cláusula** de vencimiento anticipado, se va a declarar nula por abusiva, por incorporarse a una escritura pública anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se aprecia que el ejercicio de la acción por incumplimiento contractual de CAIXABANK frente a los codemandados se basó, en el momento de interposición de la demanda, en un incumplimiento no suficientemente relevante -10 cuotas impagadas- en un préstamo que tenía una duración 25 años, por un capital de 485.000 euros, por lo que no concurren los requisitos precisos para el triunfo de dicha acción ni para la pérdida del beneficio del plazo. Efectivamente, lo que pretende CAIXABANK es el vencimiento total del préstamo, por el incumplimiento de 10 cuotas, o sea la aplicación -de modo indirecto o velado- del Pacto Sexto bis, sobre vencimiento anticipado. Y dicha acción se ejercita, según es de ver en la demanda, sin ni siquiera cumplir los parámetros que a modo orientativo establece el art. 24 de la LCI, porque para los préstamos en su primera mitad, se exige la solicitud de despacho de la ejecución con 15 cuotas impagadas y para los préstamos que están en la primera mitad de su vida o duración, como el caso que nos ocupa, con 12 cuotas impagadas. Pero aquí solo constan 10 cuotas impagadas, en una escritura pública de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, juicio declarativo de vencimiento anticipado al que se acude, precisamente, por haber elegido el banco ahora demandante, no acudir al ejercicio de la acción ejecutiva, por los trámites especiales del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En conclusión, basándose la demanda de CAIXABANK en una 'solicitud de vencimiento anticipado del contrato', por causa de insolvencia de la parte deudora - insolvencia que solo acredita en el momento de la interposición de la demanda, en el impago de 10 cuotas, de las 276 cuotas sucesivas de amortización de capital e intereses sobre las que se extiende el préstamo- y por incumplimiento grave y esencial de la obligación de pago - insistimos en que a fecha de la demanda doc. 6 sólo se habían impagado 10 cuotas- y con pérdida del plazo de beneficio, la actora no está pretendiendo otra cosa que el triunfo de su acción sobre la base de una **cláusula** que ha sido declarado nula, el Pacto Sexto bis sobre vencimiento anticipado. Y basándose en una insolvencia que no es tal -la testigo SRA. Macarena reconoció que los codemandados SR. Eladio y SRA. Estrella habían realizado negociaciones extrajudiciales, ofreciéndose en dación en pago un bien valorado en 400.000 euros- y en un incumplimiento que no es grave ni es esencial -10 cuotas impagadas de 276- porque dichas cuotas representan, tan solo el 3'623% de las cuotas sobre las que se fracciona el préstamo para su pago por los consumidores. CAIXABANK en suma, ha pretendido, por la vía del juicio declarativo, soslayar la nulidad por abusividad de una **cláusula**, como es la del vencimiento anticipado que, teniendo en cuenta la fecha de la escritura pública, en sede de ejecución hipotecaria habría dado lugar al sobreseimiento y archivo de la ejecución por medio de Auto.

Declarada la nulidad por abusividad de la **cláusula** esencial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como es la **cláusula** de vencimiento anticipado, así como debido a la falta de acreditación, conforme al art. 217 LEC , de las circunstancias precisas para el triunfo de la acción declarativa de vencimiento anticipado del contrato, la conclusión no puede ser otra que la íntegra desestimación de la demanda.



OCTAVO.- CAIXABANK SA también ha soliditado, de forma subsidiaria, para el caso -como ha ocurrido- de que se desestimen las pretensiones de declaración de resolución contractual o pérdida del beneficio del plazo que se: 1) Condene al prestatario, al pago de la cantidad que, por cuotas de principal e intereses ordinarios al momento del cierre de la cuenta (15/12/2017) y que asciende a la cantidad de VEINTICUATRO MIL CIENTO SESENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (24.163'63 euros), así como a las cuotas que por principal, intereses ordinarios y moratorios que vayan devengándose desde la interpelación judicial, hasta el dictado de la sentencia y en su caso, hasta el íntegro pago del Préstamo.

2) Declare que la ejecución de la ejecución de la Sentencia que se dice 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 ranto tal y como fue pactada en la escritura referida.

3) Condene de forma solidaria, a los prestatarios y al fiador al pago de las costas procesales.

La reclamación de cantidad ejercitada por CAIXABANK debe merecer favorable acogida, sobre la base del derecho de obligaciones. La actora ha probado -y tampoco ha sido discutido por las codemandadas- que existe una obligación de devolución de una cantidad prestada -conforme al contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 28/04/2010 novado el 31/07/2014, siendo precisamente la obligación principal del prestatario la devolución de aquéllo que ha sido objeto de préstamo, conforme al art. 1740 del CC y especialmente del art. 1753 del CC, que obliga en los casos de préstamo de dinero a devolver otro tanto, con los intereses que hayan sido pactados del art. 1755 del CC. Conforme a las contestaciones a la demanda así como del documento nº 6 de la demanda, los prestatarios D. Eladio y D^a Estrella han incumplido la obligación de devolución de un total de 10 cuotas, cantidad ahora mismo líquida, vencida y exigible, obligación en la que fueron afianzados por el codemandado Eloy.

Por tanto, deben ser condenados, conjunta y solidariamente -por la constitución de fianza solidaria según es de ver en la escritura pública de hipoteca de 28/04/2010-, al abono a la actora CAIXABANK SA de la cantidad de VEINTICUATRO MIL CIENTO SESENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (24.163'63 euros), con los intereses legales, que son los pactados (art. 1755 del CC) y sin los intereses de demora, que han sido declarados nulos de pleno derecho, pronunciamiento que no se acoge. Como igualmente no se acoge el pronunciamiento de que se "Declare que la ejecución de la ejecución de la Sentencia que se dice 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 ranto tal y como fue pactada en la escritura referida", debiendo estarse a la ejecución de la Sentencia y a las averiguaciones patrimoniales que en dicho procedimiento, caso de llegar a exigir en el futuro, se acuerden por el Juzgado. Lo que en suma supone la estimación parcial de la pretensión ejercitada con carácter subsidiario por la actora.

NOVENO.- Debemos realizar asimismo una breve reflexión sobre el Pacto Décimo, relativo a acción judicial. En este caso, no se aprecia la nulidad por abusividad del pacto por el que CAIXABANK SA uede acudir, a su elección, a la acción declarativa o a cualquier clase de acción que le competa, en especial las que recigan sobre el bien hipotecado, puesto que esta facultad de elección deriva de la Ley y por ende no puede ser abusiva.

DÉCIMO.- Igualmente por el codemandado D. Eloy ha sido alegada la nulidad por abusividad del Pacto Decimosexto relativo a la constitución de fianza, de la escritura pública de 28/04/2010, pacto que se reitera nuevamente en la **Cláusula** Novena de la escritura pública de 31/05/2019.

La cuestión ha de ser resuelta, en sentido desestimatorio, conforme a lo señalado en la reciente STS, Sala de lo civil, nº 377/2019, de 1 de Julio. La **cláusula** en cuestión, aunque algo extensa y reiterativa, si que resulta de fácil comprensión y además la testigo SRA. Macarena afirmó que el fiador -que tampoco ha aportado prueba sobre el error presuntamente padecido- había sido informado sobre lo que implicaba la renuncia a los beneficios de excusión, división y etc., siendo una **cláusula** bastante habitual en las garantías personales que pueden exigirse para la concesión de préstamos hipotecarios.

En el mismo sentido podemos citar la SAP de Murcia, Sección 4ª, nº 472/2018, de 12 de Julio, que asevera que "(...) la transparencia de la **cláusula** de fianza simple no exige otra información superior a la ofrecida, por su carácter habitual y comprensibilidad para cualquier consumidor medio (...)" y aunque en dicha Sentencia si que se declaró la nulidad sobre la pérdida de los derechos de orden, división y excusión *sensu contrario* en esta litis si que se ha practicado prueba sobre que la información contractual se extendió, también a dichos extremos.

DÉCIMO PRIMERO.- Hemos de pronunciarnos igualmente sobre la demanda reconventional interpuesta por D. Eladio y D^a Estrella contra CAIXABANK, solicitando la condena de la demandada CAIXANBANK al pago de 3.334'60 euros, más costas.

Al respecto de los gastos y tributos de la escritura pública de hipoteca (tasación de la finca, segunda tasación de la finca derivada de la escritura pública de novación), notaría y registro y nuevo gasto de notaría aparejado

a la escritura de novación de préstamo hipotecario, hemos de estar a la consolidada jurisprudencia del TS, iniciada entre otras por la STS, Sala de lo Civil, de 28 de Febrero de 2018, así como a las posteriores SSTS 46/2019, de 23 de Enero, 44/2019, de 23 de Enero, 49/2019, de 23 de Enero y 47/2019 de 23 de Enero. Dichas Sentencias han declarado nulas, por abusivas, la cláusula que establece que los gastos de los préstamos hipotecarios serán satisfechos, en su totalidad, por los prestatarios, en este caso los ahora actores de la demanda reconvencional.

La doctrina esencial de las precitadas Sentencias puede ser resumida del siguiente modo: " a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales".

b) Gastos de Notaría: escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo, por mitad; escritura de cancelación de la hipoteca, pago por el prestatario; copias, por quien las solicite.

c) Gastos de Registro de la Propiedad: los derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria, al prestamista; los de cancelación, al prestatario.

d) Gastos de gestoría: por mitad".

Conforme a la doctrina esencial consolidada del TS y teniendo en cuenta los gastos que ahora se reclaman (dos tasaciones de la finca, dos gastos de notaría y uno de registro), el establecimiento tanto en la escritura pública original de 28 de Abril de 2010 como en la escritura pública de novación de 31 de Julio de 2014, de que todos dichos gastos han de ser abonados por los ahora actores y prestatarios en dicho momento, debe reputarse nula, por abusiva, dado que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad, mientras que los gastos de la inscripción de la garantía hipotecaria deben ser costeados, al igual que los gastos de tasación pericial, por aquella parte a la que favorecen, o sea al prestamista, CAIXABANK en este caso.

La alegación de falta de prueba sobre dichos gastos, efectuada por CAIXABANK, debe decaer, dado que la actora reconvencional si que ha colmado dicha carga probatoria conforme al art. 217 LEC y no ha precisado de su aportación en momento procesal posterior. Efectivamente, tanto en la escritura pública de 28 de Abril de 2010 como en la de 31 de julio de 2014 quedan incorporados, a las páginas 51-56 (especialmente página 51), 57-64, 70-73 en lo concerniente a la primera escritura y a las páginas 41-47 (especialmente página 41), 54-55, los gastos ahora reclamados. Ello supone en suma la íntegra estimación de la demanda reconvencional, condenando a CAIXABANK SA a abonar a los actores reconvencionales la cantidad de 3.334'60 euros, más intereses legales desde la fecha de su pago.

Como señala la STS, Sala de lo Civil, nº 46/2019, de 23 de Enero, " Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula,



debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016 :

"34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de declarar la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre)".

DÉCIMO SEGUNDO.- En cuanto a las costas, al haberse estimado parcialmente la demanda interpuesta por la actora, conforme al art. 394.1 LEC deberán ser abonados por mitad, al haberse estimado parcialmente el petitum solicitado subsidiariamente. Y en lo concerniente a las costas devengadas por la demanda reconvenicional, dado que la misma ha sido estimada, procede conforme el criterio de vencimiento objetivo, su imposición a la demandada reconvenicional.

FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador SR. SEMPERE SIRERA en nombre y representación de CAIXABANK SA contra D. Eladio y D^a Estrella y D. Eloy y en consecuencia CONDENO a. D. Eladio, D^a Estrella y a D. Eloy a que abonen a la actora la cantidad de 24.163'63 euros, más intereses legales. Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad

DECLARO NULOS, por abusivos, el Pacto Sexto, de la escritura pública de 28 de Abril de 2010, relativo a los intereses moratorios, así como el Pacto Sexto bis, relativos a los intereses moratorios.

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por el Procurador SR. PENADÉS MARTÍNEZ en nombre y representación de D. Eladio y D^a Estrella y en consecuencia:

1.- Declaro nulas, por abusivas, el Pacto Quinto de la escritura pública de 28 de Abril de 2010 y la Cláusula Décima de la escritura pública de 31 de Julio de 2014.

2.- CONDENO a CAIXABANK SA a abonar a los actores reconvenicionales la cantidad de 3.334'60 euros, más intereses legales desde la fecha de pago de los gastos de Notaría, Registro y tasación, así como al pago de las costas causadas por la demanda reconvenicional.

MODO DE IMPUGNACIÓN : mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALICANTE (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer el apelante, las alegaciones en que basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LECn). De acuerdo con la Disposición Adicional Décimoquinta de la LOPJ (L.O.1/2009, que modifica la LO 6/1985), la parte que interponga un recurso frente a la presente resolución deberá, como requisito indispensable para su tramitación, constituir un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este juzgado. Para materializar el mencionado depósito, deberá especificar en el resguardo de ingreso, en el campo "**Concepto de apelación**", que se trata de un recurso, seguido del código 02 y la



palabra "apelación". El ingreso del depósito ha de acreditarse con copia del resguardo de ingreso, junto con la presentación del escrito de interposición del recurso. La obligatoriedad del depósito incluye a las resoluciones notificadas con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O.1/2009. Quedan excluidos los litigantes que tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita (Instrucción del Secretario General de la Administración de Justicia de 4-11-09). Si el recurso fuese estimado total o parcialmente, la parte deberá interesar la devolución del depósito, mediante escrito presentado ante este juzgado, una vez que los autos hayan sido devueltos al mismo.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en Alcoy (Alicante) , a diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve .

FONDO DOCUMENTAL CENDO