



Roj: SJM B 85/2014
Id Cendoj: 08019470032014100001
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Barcelona
Sección: 3
Nº de Recurso: 725/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO
Tipo de Resolución: Sentencia

Juzgado Mercantil 3 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111

Barcelona Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 725/2013 Sección D 2

Parte demandante Macarena

Procurador ANA SALINAS PARRA

Parte demandada BANKIA, S.A.

Procurador ANGEL JOANQUET TAMBURINI

SENTENCIA

En Barcelona, a cinco de mayo de dos mil catorce.

Vistos por José M^a Fernández Seijo, magistrado del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, los presentes autos de juicio incidental seguido con el número 725/2013D2 entre:

Demandante .- Doña Macarena , domiciliada en Gavá, CALLE000 nº NUM000 ; representada por la procurador de los tribunales doña Ana Salinas Parra y asistida por el abogado doña Montserrat Jansana Ferrer.

Demandada .- La entidad mercantil BANKIA S.A., domiciliada en Barcelona, Paseo de Gracia nº 103; representada por el procurador de los tribunales don Ángel Joaniquet Tamburini y asistida por el abogado don Javier Casas Martínez.

Causa .- Condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- El día 19 de septiembre de 2013 fue turnada en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por la procurador de los tribunales Sra. Salinas Parra, en nombre y representación de doña Macarena ; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se condenara a la mercantil BANKIA S.A. y se declarara la nulidad por abusiva de la condición general establecida en la cláusula sexta bis, vencimiento anticipado, de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2004, otorgada ante el notario de Gavá doña Ana Díez Arranz, protocolo 1871, entre la mercantil CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA (actualmente BANKIA S.A.) y doña Macarena . Que se declare nula por abusiva la cláusula sexta de la referida escritura de préstamo hipotecario referida al interés de demora por estipularse la capitalización de los intereses moratorios vencidos al capital pendiente. Que se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria 811/2011E, seguido ante el juzgado de 1^a Instancia nº 1 de Gavá, a instancia de BANKIA S.A. contra doña Macarena , al haber constituido el fundamento de dicha ejecución la referida cláusula sexta bis de vencimiento anticipado del préstamo; en consecuencia s solicita que se declare el derecho de doña Macarena a recuperar la propiedad y la posesión del inmueble que fue objeto de subasta, sito en Gavá, CALLE000 nº NUM000 - NUM001 , NUM002 - NUM003 . Todo ello con expresa condena en costas a la demandada. Por medio de otrosí solicitaba la adopción de medidas cautelares consistentes en la anotación preventiva de la demanda, medida que fue acordada por medio de la resolución correspondiente.

Segundo .- Por Decreto de 22 de octubre de 2013 se admitió a trámite la demanda y se ordenó emplazar a la demandada, como se hizo por diligencia de 30 de octubre.

Tercero .- Por escrito de 28 de noviembre de 2013 el procurador de los tribunales Sr. Joaniquet Tamburini contestó a la demanda en nombre y representación de la entidad mercantil BANKIA S.A.; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se desestimara la demanda.

Cuarto .- Por Diligencia de 10 de diciembre de 2013 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa señalada para el día 28 de enero de 2014.

Quinto .-En la fecha señalada para la audiencia previa las partes se ratificaron en sus planteamientos iniciales, concretaron sus pretensiones y propusieron prueba, que fue admitida señalando para su práctica el 13 de febrero de 2014.

Sexto .- Practicada la prueba propuesta se acordó como diligencia final la práctica de una prueba documental, quedando los autos conclusos y vistos para sentencia el día 24 de marzo.

Hechos probados

A la vista de la prueba practicada y de conformidad con el artículo 209.2ª de

1) El día 2 de agosto de 2004 la entidad mercantil Caixa d'Estalvis Laietana (actualmente BANKIA S.A.) firmó con don Fructuoso y doña Lucía un préstamo por la suma de 100.000 euros a devolver en 30 años.

2) El primer pago de intereses y amortización de capital se realizará el día 2 de septiembre de 2004 y el último el 2 de agosto de 20134 (370 cuotas).

3) Se pactaba un interés ordinario - remuneratorio - de 3'80% durante el primer año; el resto de anualidades un interés variable que se calculará incrementando 0'25 puntos el porcentaje TAE de los préstamos hipotecarios de vivienda libre, grupo de cajas, de las referencias recomendadas por el Banco de España para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de la vivienda.

4) El interés de demora será el tipo de interés que se venía devengado más cinco puntos. Este tipo de demora se devengará hasta el momento del efectivo pago de la cuota no satisfecha. En caso de vencimiento anticipado del préstamo el interés de demora se aplicará sobre el importe total adeudado en aquel momento capitalizándose los intereses vencidos al capital pendiente.

5) En perjuicio de tercero hipotecario el tipo de interés que resulte por aplicación de lo previsto en la cláusula de intereses no podrá superar el 8'80%.

6) En la cláusula sexta bis se establece que la caja acreedora podrá dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad cuando concurra cualquiera de las siguientes causas: a) La falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula segunda.

7) Para garantizar el pago de ese préstamo doña Macarena , madre de la prestataria, hipotecó un inmueble sito en Gavá, CALLE000 nº NUM000 - NUM001 , NUM002 - NUM003 , indicando que el inmueble no tiene el carácter de vivienda común, tasada en 126.571 euros.

8) En la propia escritura de constitución de la hipoteca consta como domicilio de la Sra. Macarena y de los otros dos prestatarios el de la CALLE000 ; allí dirige la entidad demandada el requerimiento de pago a la demandante antes de interponer la ejecución y ese es el domicilio que consta en la demanda de ejecución hipotecaria.

9) Sin embargo desde el 1 de mayo de 1996 la demandada consta empadronada en esa vivienda y consta como domicilio a los efectos de la Seguridad Social.

10) A partir del 2 de febrero de 2011 los prestatarios dejaron de satisfacer las cuotas pactadas por lo que en noviembre de 2011 la prestamista inició acciones judiciales e instó ejecución hipotecaria reclamando a los prestatarios y a la garante e hipotecante el principal de 89.586'94 euros de principal. Se había realizado un previo requerimiento de pago a los deudores remitido por telegrama de 22 de julio de 2011, que a la demandada se le notifica en el inmueble hipotecado.

11) En la demanda de ejecución se indica expresamente que el inmueble ejecutado con constituye vivienda habitual por no haber sido hallados los ejecutados en la misma.

12) El 12 de junio de 2012 se realiza la notificación del despacho de ejecución por el juzgado de Gavá a los deudores.

13) La Sra. Macarena inició los trámites para que se le designara abogado y procurador de oficio, designa que no fue atendida al no reconocerse a la Sra. Macarena el beneficio de justicia gratuita.

14) No fue atendido el pago por lo que el 8 de junio de 2012 se dictó decreto en el que se anunciaba la subasta del inmueble, señalada para el 26 de septiembre de 2012.

15) La subasta quedó desierta, adjudicándose en pago la entidad financiera según consta en el decreto de adjudicación de 22 de octubre de 2012; la entidad se adjudica el inmueble por el 60% del valor de tasación, es decir, 75.942'60 euros.

16) Requerida de lanzamiento la Sra. Macarena , el 3 de abril de 2013 hizo entrega de la posesión del inmueble mediante la entrega de las llaves. Liquidada la deuda pendiente se certifica un principal adeudado tras la adjudicación de 13.644'34 euros (12.050'54 euros de capital y 1.593'80 euros de intereses).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La representación de doña Macarena solicitaba que se condenara a la mercantil BANKIA S.A. y se declarara la nulidad por abusiva de la condición general establecida en la cláusula sexta bis, vencimiento anticipado, de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2004, otorgada ante el notario de Gavá doña Ana Díez Arranz, protocolo 1871, entre la mercantil CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA (actualmente BANKIA S.A.) y doña Macarena . Que se declare nula por abusiva la cláusula sexta de la referida escritura de préstamo hipotecario referida al interés de demora por estipularse la capitalización de los intereses moratorios vencidos al capital pendiente. Que se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria 811/2011E, seguido ante el juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gavá, a instancia de BANKIA S.A. contra doña Macarena , al haber constituido el fundamento de dicha ejecución la referida cláusula sexta bis de vencimiento anticipado del préstamo; en consecuencia s solicita que se declare el derecho de doña Macarena a recuperar la propiedad y la posesión del inmueble que fue objeto de subasta, sito en Gavá, CALLE000 nº NUM000 - NUM001 , NUM002 - NUM003 . Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

2. La acción que se ejercitaba era la de nulidad al amparo del artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , en relación con el artículo 80 y concordantes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios .

3. La parte demandada en su escrito de contestación niega el carácter abusivo de las cláusulas de referencia y advierte en todo caso que la declaración de abusividad de alguna de las cláusulas - concretamente la que establecía que los intereses moratorios serían capitalizados - no determinaría la nulidad del procedimiento de ejecución.

4. El artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece el deber de motivación de las sentencia exigiendo al juez que exprese "los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".

4.1. Conforme al precepto citado deben identificarse los medios de prueba tenidos en cuenta para la determinación de los hechos probados, así como la valoración de esos medios de prueba.

4.2. En el supuesto de autos el relato de hechos probados se construye a partir de la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, la demanda ejecutiva seguida en Gavá con los documentos que acompañaban a dicha demanda y las diversas actuaciones judiciales; también configuran el relato de hecho probado las circunstancias referidas a los certificados de empadronamiento y alta de la Seguridad Social y los documentos vinculados a la solicitud de justicia gratuita de la demandante en el procedimiento de ejecución, solicitud que fue denegada.

4.3. Estos bloques documentales - no impugnados y en su mayoría documentos de naturaleza pública - permiten construir un relato de hechos probados que en principio no ha generado gran controversia, salvedad hecha de la trascendencia jurídica que pudieran tener los hechos para las partes. En todo caso la demandada finalmente no ha podido aportar los documentos requeridos en cuanto a la información previa que la entidad financiera pudiera haber facilitado a los prestatarios.

4.4. Es un hecho no controvertido que los prestatarios no pudieron hacer frente al pago de seis mensualidades, lo que determinó la entidad financiera diera por vencido el contrato de préstamo y reclamara la totalidad de lo adeudado. Las cuotas vencidas y no satisfechas en el momento de la resolución anticipada del contrato eran cinco, a razón de 477'05 euros la primera, 474'29 euros la segunda, 471'22 euros la tercera, 468'25 euros la cuarta y 464'19 euros la quinta; a estas cuotas -febrero a junio de 2011 - debían incorporarse las vencidas con posterioridad. El total adeudado alcanzaba en la fecha de la comunicación de la resolución - julio de 2011 - la suma de 2.354'95 euros, desglosados de la siguiente manera: 1.052'75 euros de capital, 1.156'7 euros de intereses remuneratorios, 43'82 euros de intereses de demora, 1'75 euros por gastos de correo y 90 euros por comisiones generadas por la reclamación.

5. El contenido del escrito de demanda permite considerar que la acción ejercitada es la prevista en el artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, es decir, la acción individual de no incorporación de una cláusula o nulidad de la misma. Esta acción se pone en relación con el artículo 82 del Texto Refundido de 2007 en el que se regula el concepto de cláusula abusiva.

6. Se plantea la nulidad por abusivas de dos cláusulas del préstamo hipotecario, la primera referida al vencimiento anticipado del préstamo con el incumplimiento de cualquier obligación, la segunda la referida a la incorporación al capital o principal debido de los intereses moratorios que pudieran generarse.

7. Respecto de la cláusula de vencimiento anticipado debe advertirse que el redactado del clausulado del contrato permitía a la entidad financiera tener por vencido anticipadamente el contrato con cualquier incumplimiento, sin embargo en el proceso de ejecución se constata que el vencimiento anticipado se realiza por la entidad financiera cuando se habían dejado de satisfacer 5 cuotas.

7.1. No plantea ninguna discusión el considerar que un contrato, cualquier contrato, puede resolverse cuando se incumple por cualquiera de las partes, la jurisprudencia ha considerado que para que se produzca este efecto resolutorio el incumplimiento ha de ser sustancial.

7.2. En este caso se trata de un contrato de préstamo, no es un contrato sinalagmático, el prestamista agota sus obligaciones con la entrega del dinero y el prestatario debe devolverlo en los términos fijados - en este caso en plazos que abarcan una treintena de años -. No siendo un contrato con obligaciones recíprocas el marco legal aplicable no sería el derivado del 1124 del Código civil por lo que la jurisprudencia citada respecto del contrato de arrendamiento no sería de aplicación, sería el artículo 1753 y concordantes del Código civil los que establecerían la obligación de devolver lo recibido en los términos pactados.

7.3. No puede considerarse, por lo tanto, abusiva la resolución del contrato por incumplimiento pero sí debe analizarse si es abusivo que una de las partes se reserve de modo unilateral el derecho a resolver un contrato frente a cualquier incumplimiento sin ponderar la gravedad o alcance del mismo.

7.4. El artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución".

7.5. Ciertamente este precepto fue redactado conforme a la reforma de la LEC llevada a efecto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013; normativa posterior a la fecha en la que la entidad financiera había dado por resuelto el contrato. Por lo tanto la norma como tal no puede aplicarse con carácter retroactivo.

7.6. Sin embargo el citado precepto no deja de ser un criterio interpretativo para poder ponderar si una cláusula es o no abusiva, si el acreedor puede dar por vencido el contrato con el impago de tres plazos parece razonable entender que el vencimiento anticipado por impagos inferiores a tres plazos puede considerarse abusivo.

7.7. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 - asunto 415/2011 C - establece en su ordinal 73 que: ¿por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si

el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

7.8. Al amparo de esta sentencia - que se refiere a la directiva 93/13 CEE, que debía haber sido correctamente transpuesta al derecho español en abril del año 1994 - se debe permitir al juez nacional apreciar si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva partiendo de varios parámetros:

7.8.1. Es evidente que incumplir el pago del plazo pactado debe considerarse un incumplimiento de trascendencia, sin embargo debe advertirse que los impagos observados por los prestatarios en el momento del vencimiento anticipado se correspondían al 2'02 % por ciento de las cantidades comprometidas en concepto de principal e intereses remuneratorios. Por otra parte el impago de 5 cuotas respecto de un total pactado supone incumplir un 1'38% del total de plazos pactados. Con estos argumentos se quiere significar que aunque conceptualmente pueda reputarse esencial el cumplimiento de los plazos y términos pactados, sin embargo cuantitativamente el retraso afecta a un porcentaje muy reducido de los compromisos económicos y la demora de 5 mensualidades tampoco puede considerarse grave si se tiene en cuenta que los prestatarios proyectaban pagar en 30 años y además que los impagos se producen en un contexto económico del país extremadamente grave.

7.8.2. La propia sentencia del tribunal de justicia para ponderar si un incumplimiento es grave establece que el juez ha de valorar si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

7.8.3. En principio el artículo 693 de la LEC en su redacción originaria - anterior a la reforma de la Ley 1/2013 - establecía un posible remedio en el párrafo 3: "el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578. Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior".

7.8.4. La entidad financiera en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria introduce un elemento de confusión al advertir que el inmueble hipotecado no es vivienda común de los prestatarios - madre, hija y yerno -; en la demanda de ejecución hipotecaria considera que no es vivienda habitual de los ejecutados al no haberse podido hacer la notificación en la dirección de referencia - mandó un telegrama que no fue recogido -. Sin embargo en este procedimiento se ha constatado que la entidad demandada contaba con elementos suficientes como para entender que el inmueble era la residencia habitual de la Sra. Macarena ya que es la dirección que consta en la escritura de préstamo. No consta que la entidad dispusiera de otros domicilios de la Sra. Macarena a los que hubiera de remitir las comunicaciones habituales en un contrato bancario. El empadronamiento y el certificado de la Seguridad Social constatan sin duda alguna que el inmueble hipotecado era el domicilio habitual de la sra. Macarena .

7.8.5. Los elementos de confusión referidos en el punto anterior determinan que en la demanda ejecutiva la parte ejecutante al indicar que no es domicilio habitual prive a los ejecutados, concretamente a la Sra. Macarena , de la posibilidad de liberar el bien satisfaciendo una suma ligeramente superior a los 2.500 euros, un poco más si se aplica el porcentaje de gastos y costas, una cantidad ridícula si se pondera que el impago podía determinar la pérdida de la vivienda.

7.8.6. En los documentos aportados con la demanda se constata que el juzgado que tramitó la ejecución tampoco advirtió a los ejecutados de la posibilidad de liberar el bien aún sin el consentimiento del deudor.

7.8.7. La demandante acredita que le fue rechazada la justicia gratuita en el procedimiento de ejecución hipotecaria y que, por lo tanto, no pudo articular los instrumentos de defensa en el marco de esa ejecución. La sentencia del tribunal de Justicia de Luxemburgo advierte que de los limitados medios de oposición que se habilitaban para el ejecutado en el proceso de ejecución - artículo 695 LEC - y que esas limitaciones determinan que sea imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión en materia de tutela de los consumidores. Esa situación se agrava si se tiene en cuenta que la hoy demandante a la fecha de sentencia todavía no ha visto resuelta de modo definitivo su impugnación a la denegación de la justicia gratuita.

7.8.8. La demandante se ha visto obligada conforme al artículo 698 de la LEC a acudir a un procedimiento declarativo una vez ha entregado la posesión de la vivienda. Considera la STJUE de 14 de marzo de 2013 que: ¿procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C432/05, Rec. p. I2271, apartado 77). En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda".

7.9. Por lo tanto debe considerarse abusiva la cláusula recogida en el contrato de vencimiento anticipado - sin perjuicio de que la entidad financiera no diera por vencido el contrato hasta que no se hubieran constatado el impago de 5 cuotas -, debe considerarse abusivo que en la escritura de ejecución se advirtiera que el inmueble no era vivienda común - lo que no quitaba que la propia prestamista conociera que era vivienda habitual de la hipotecante -, y es abusivo que se privara al consumidor de la posibilidad de liberación del inmueble primero por la advertencia hecha por el ejecutante en la demanda y segundo por no habilitar el juzgado dicha facultad liberatoria en todo caso al deudor.

8. Respecto del pacto de capitalización de intereses el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria establece que "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

8.1. Ciertamente este artículo se introduce tras la reforma llevada a efecto por la Ley 1/2013, anterior a la liquidación efectuada por la entidad; sin embargo de nuevo hay que indicar que la reforma no hace sino introducir pautas interpretativas para apreciar abusividad, por lo que la prohibición en todo caso de la capitalización de intereses de demora no hace sino advertir que pudiera ser abusiva por desproporcionada esta práctica, lo que determina que la cláusula también deba ser considerada abusiva.

8.2. Cuando se interpone la demanda ejecutiva el principal reclamado - 89.586'94 euros - se establece con dicha capitalización y se calcula el porcentaje de intereses, gastos y costas sobre dicha cantidad.

9. Por lo tanto las pretensiones de declaración de nulidad de las cláusulas de referencia debe ser estimada.

10. Quedan por determinar las consecuencias. Para ello debe tenerse en cuenta que la Sra. Macarena no pudo hacer efectivos los mecanismos específicos de tutela de los consumidores derivados de la Ley 1/2013 y de las reformas que introduce en la LEC (ley 1/2000); esta circunstancia no debía de haber privado a la Sra. Macarena se poder haber articulado su defensa en el proceso de ejecución dado que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en la sentencia de constante referencia establece: que procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C432/05, Rec. p. I2271, apartado 77).

10.1. El proceso declarativo se inicia cuando ha culminado el proceso de ejecución, se ha subastado el bien y se ha adjudicado al ejecutante que además ha recibido la posesión del inmueble.

10.2. El artículo 698 de la LEC en su actual redacción - no ha sido modificado por la Ley 1/2013 - establece que: ¿1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias".

10.3. Sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha de permitir que el juez que conoce de ese procedimiento declarativo pueda no sólo declarar abusivas las cláusulas de referencia, sino también llevar hasta sus consecuencias finales el resultado de esa declaración de abusividad, dejando sin efecto el procedimiento de ejecución y sus consecuencias en la medida en la que el mismo se llevó a término sin tener en cuenta el carácter abusivo de las cláusulas que permitían la determinación de la cuantía del despacho de ejecución. El TJUE advierte que: ¿la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final".

10.4. En definitiva debe estimarse la demanda inicial también en las consecuencias de la abusividad para, con ello, garantizar la plena eficacia de la aplicación de la directiva comunitaria; advirtiendo específicamente que la abusividad de las cláusulas se une a la merma de las garantías de liberación del bien de las que fue indebidamente privada la hoy demandante en aquel pleito.

11. La estimación de la demanda lleva aparejada la condena en costas a la parte demandada por aplicación del principio del vencimiento objetivo en materia de costas (artículo 394 de la LEC).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por la representación en autos de doña Macarena se condena a la mercantil BANKIA S.A. y se declara la nulidad por abusiva de la condición general establecida en la cláusula sexta bis, vencimiento anticipado, de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2004, otorgada ante el notario de Gavá doña Ana Díez Arranz, protocolo 1871, entre la mercantil CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA (actualmente BANKIA S.A.) y doña Macarena . Se declara nula por abusiva la cláusula sexta de la referida escritura de préstamo hipotecario referida al interés de demora por estipularse la capitalización de los intereses moratorios vencidos al capital pendiente. Se declara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria 811/2011E, seguido ante el juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gavá, a instancia de BANKIA S.A. contra doña Macarena , al haber constituido el fundamento de dicha ejecución la referida cláusula sexta bis de vencimiento anticipado del préstamo; en consecuencia se declara el derecho de doña Macarena a recuperar la propiedad y la posesión del inmueble que fue objeto de subasta, sito en Gavá, CALLE000 nº NUM000 - NUM001 , NUM002 - NUM003 . Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante y formalizarse en el plazo de veinte días desde su notificación.

Líbrense testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

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

Publicación : Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de