

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA/ DONOSTIAKO 1 ZK.KO
MEREKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA**



TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012 TEL.: 943
00 07 29

FAX: 943 00 43 86

N IG PV/ IZO EAE: 20.05.2- 14/011293

Procedimiento / Prozedura: Proc. ordinario / Prozedura arrunta xxx/2014 - H

Materia: CONTRATOS BANCARIOS

SENTENCIA Nº 286/2015

JUEZA: Vanesa Murillo Villaverde

LUGAR: Donostia/ San Sebastián

FECHA: 1 de septiembre de 2015

DEMANDANTES: XXXXX XXXXX

ABOGADO: José María Erausquin Vázquez

PROCURADORA: Francisca Martínez del Valle

DEMANDADO: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A

ABOGADO: José Manuel Martínez de Bedoya

PROCURADORA: Begoña Álvarez López

OBJETO DEL JUICIO: Nulidad de cláusulas de contrato de préstamo hipotecario.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El presente proceso se inició a raíz de una demanda presentada el día 4 de noviembre de 2014 por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A, en el ejercicio de una acción declarativa de nulidad de las cláusulas 3ª bis apartado 3, 4ª apartado 4.4, 5ª y 6ª del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes el día 26 de abril de 2007.

Relataba la demanda que dichas cláusulas tienen carácter abusivo al no haber resultado negociadas individualmente y al producir un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

En base a estos hechos solicita la parte actora que se dicte sentencia por la que "se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto las siguientes cláusulas:

- 1.- Nulidad de la cláusula financiera 3ª bis apartado 3, en cuanto que impone un límite inferior a la variación del tipo de interés ordinario en el 3% a pesar de haber pactado un interés variable.
- 2.- Nulidad de la cláusula financiera 4ª bis apartado 4.4- Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas.
- 3.- Nulidad de la cláusula financiera 5ª.- Gastos.
- 4.- Nulidad de la cláusula financiera 6ª.- Intereses de demora".

SEGUNDO. Admitida a trámite, se dio traslado de la demanda a la parte demandada, que presentó escrito de contestación, negando los hechos aducidos de contrario de conformidad con las razones que se concretan en el escrito, solicitando la desestimación de las pretensiones, su absolución, así como la imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO. La audiencia previa se celebró el día 17 de abril de 2015, con la presencia de las dos partes procesales. Una vez constatada la falta de acuerdo, la parte actora propuso la prueba documental y una testifical.

La parte demandada propuso documental, y dos testificales.

Todos los medios probatorios fueron admitidos (excepto uno de los testigos propuestos por la demandada).

CUARTO. El acto del juicio tuvo lugar el día 17 de julio de 2015.

Abierto el acto, se practicó la prueba admitida, tras lo cual las partes formularon sus conclusiones, dándose por terminada la vista y quedando la resolución del proceso pendiente del dictado de la presente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del proceso. Está constituido por la pretensión de la parte actora de declaración de nulidad de las siguientes cláusulas incluidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el día 26 de abril de 2007: 3ª bis apartado 3 (Límites a la variación del tipo de interés); 4ª bis apartado 4.4 (Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas); 5ª (Gastos) y 6ª (Intereses de demora).

Sostiene dicha parte que se trata de condiciones generales de la contratación impuestas de forma uni lateral por la demandada, siendo desconocido por la actora su contenido en el momento de la

suscripción del contrato, provocando un claro desequilibrio entre las prestaciones de las partes que determina su carácter abusivo, por lo que deben ser declaradas nula.

La entidad bancaria demandada se opone a dicha pretensión, sosteniendo que las cláusulas no pueden tener la consideración de condición general de la contratación al no haber sido predispuestas para su aceptación por los clientes sino que, por el contrario, fueron fruto de la negociación contractual entre las partes. Además, sostiene la inaplicación de la legislación sobre consumidores y usuarios, tal y como desarrollaré más ampliamente en el siguiente fundamento de derecho.

SEGUNDO. Condición de consumidores de los actores. La parte demandada sostiene la inaplicación al presente caso de la legislación relativa a los consumidores, alegando que los actores no ostentan la condición de consumidores, al haber actuado únicamente en calidad de administrador único y fiador solidario (en el caso de XXX) y de fiadora solidaria (en el caso de XXX) de la entidad suscriptora del préstamo, "XXXXXXX S.L". Entiende, pues, la demandada que, al haber sido suscrito el contrato de préstamo por una entidad mercantil, no resulta aplicable la legislación protectora de los consumidores y usuarios.

La parte actora, por el contrario, sostiene la aplicación al presente caso de la normativa en cuestión, alegando que la entidad mercantil actuó, respecto de la suscripción del contrato de préstamo, en un ámbito ajeno al de su actividad profesional o empresarial y, por ello, los actores ostentan la condición de consumidores.

Debe ponerse de relieve que la cuestión tiene suma trascendencia dado que, según la STS de 9 de mayo de 2013, la condición de consumidor de la parte actora es presupuesto necesario para poder entrar en el examen del conocido "segundo control de transparencia" (control de comprensibilidad real y control de su contenido), por el posible carácter abusivo de las cláusulas cuya declaración de nulidad se insta.

Para resolver la cuestión suscitada, debe acudirse a la normativa vigente en el momento de la celebración del contrato de préstamo. En dicho momento (26 de abril de 2007), se encontraba vigente la Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 1 nº 2 y 3 dispone lo siguiente: "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, ser vicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Aplicando el contenido de este artículo al presente caso no puede sino desestimarse las alegaciones de la parte demandada. El precepto es claro al afirmar que son consumidores o usuarios las personas jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes inmuebles. Pues bien, si se acude a la cláusula 7º del contrato de préstamo (Documento 1 de la demanda) rubricada "finalidad del préstamo", el tenor literal de la misma no deja lugar a dudas, al disponer lo siguiente: "La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional o empresarial y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito al Banco" .

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que la persona jurídica suscriptora del préstamo adquirió el bien inmueble sin afectarlo a ninguna actividad profesional o empresarial, tendrá la consideración de consumidora y usuaria a los efectos de la Ley 26/1984. Y ello, porque, es evidente que, al no estar afectado a ninguna de las actividades mencionadas, el inmueble sólo pudo ser adquirido por la persona jurídica para su utilización o disfrute como destinataria final, entrando, consiguientemente, la misma en la categoría de consumidor descrita en el artículo 1º 2 de la Ley.

Por ello, al haber intervenido XXXX en la suscripción del préstamo en nombre propio y en nombre y representación de la adquirente del bien, la sociedad mercantil "XXXXX S.L", en aplicación de lo anteriormente expuesto, no puede sino concluirse que el mismo ostenta la condición de consumidor. Lo mismo cabe afirmar respecto de la actora, XXXX, al haber intervenido como avalista de la operación en su propio nombre y derecho.

TERCERO.- Cláusulas cuya declaración de nulidad se insta. La parte actora ejercita la acción declarativa de nulidad de las siguientes cláusulas incluidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria: 3ª bis apartado 3 (Límites a la variación del tipo de interés); 4ª bis apartado 4.4 (Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas); 5ª (Gastos) y 6ª (Intereses de demora). Además, al comienzo del acto del juicio, la parte actora solicitó que se declara la nulidad de una cláusula a la que no se refirió en el escrito de demanda: la cláusula 6º bis, vencimiento anticipado.

Examinaré a continuación por separado cada una de las cláusulas cuya declaración de nulidad se insta.

CUARTO. Cláusula 3ª bis apartado 3 (Límites a la variación del tipo de interés). La cláusula en cuestión es del siguiente tenor literal: " En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al DOS ENTEROS Y VEINTICINCO CENTESIMAS POR CIENTO, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente " en el "período de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE POR CIERTO nominal anual. "

Como ya expuse en el primer fundamento, alega la parte actora que dicha cláusula no fue negociada individualmente, sino impuesta de forma unilateral por la entidad bancaria demandada, provocando una falta de reciprocidad y de desequilibrio entre las prestaciones de las partes, debiendo declararse su carácter abusivo.

La parte demandada se opone a dicha pretensión alegando que la cláusula en cuestión no puede ser calificada a de condición general dado que la parte actora conocía su contenido en el momento de la suscripción del préstamo y lo aceptó, habiendo sido negociada por las partes. Además, la parte demandada alega la imposibilidad de analizar la cláusula controvertida pues considera que, al determinar el precio y referirse por ende a la definición del objeto principal del contrato, estaría excluida del control judicial, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, norma luego transpuesta en nuestra Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Analizaré por separado cada una de estas cuestiones.

1.- Posibilidad/imposibilidad del control judicial de la cláusula controvertida conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993.

Para resolver esta cuestión, debe comenzarse por realizar un análisis del contenido de la norma jurídica.

El considerando duodécimo de la Directiva mencionada indica: "Considerado no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que los de la ... Directiva" .

El decimonoveno considerando añade: ". . . a los efectos de la ... Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio ...".

El artículo 4.2 de la mencionada Directiva 93/13 concluye que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Esta norma establece mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales indicando expresamente en el considerando duodécimo que ". . . es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva ...

Dice al respecto la STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó el art. 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva". Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Al respecto ha señalado la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, en su § 35: "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". En el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 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 no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra,

los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia, se pronuncia en el mismo sentido y así las sentencias del Tribunal Supremo de 4 noviembre 2010 y de 29 diciembre 2010, declararon nulas las llamadas "cláusulas de redondeo".

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 marzo 2011, citando las anteriores, dice en su FJ 3º: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las Fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe causaban en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/113/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esa sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco del litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014, en su FJ 2º, apartado 2, establece que "el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo".

Además, la propia sentencia antes referida (la de 9 mayo 2013) señala que: "En este contexto, la literalidad de la Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom -), sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio"

En esta sentencia se declara, pues, por el Tribunal Supremo, que no se ve afectado el "objeto principal del contrato" por analizar el interés del contrato dado que el interés no es un elemento imprescindible de su objeto. Efectivamente, establece el artículo 1.755 del Código Civil que "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado ". Se trata, pues, de un contrato naturalmente gratuito, aunque exista la posibilidad, conforme al Código civil, de pactar expresamente los intereses.

En suma, y en virtud de todo lo anteriormente expuesto, no pueden ser acogidas las alegaciones efectuadas en este punto por la parte demandada.

2.- Carácter de condición general y consideración del carácter abusivo de la cláusula. El control judicial de las cláusulas contractuales llevado a cabo por la Directiva 93/13 se realiza

desde una doble perspectiva: por un lado, un control de acceso o inclusión y, por el otro, un control de contenido.

El control de incorporación/inclusión alude a la claridad y comprensibilidad de la cláusula, conforme a los siguientes preceptos de la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación (LCGC): artículo 5.5 ("La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez ") y artículo 7 ("No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. ").

El control de contenido, definitorio de su carácter abusivo, afecta a la validez de la cláusula. La norma básica al respecto se encuentra en el artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, el cual establece que: "1 . Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional 1 de la Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" .

Por su parte, el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 (al que se remite el artículo 8 de la Ley 7/1998 y que resulta aplicable al presente caso teniendo en cuenta la fecha de celebración del contrato) establece que : " Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley" .

Dado que nada se ha alegado por la parte actora respecto de la ilegibilidad o falta de claridad en la redacción de la cláusula (lo que haría referencia al control de inclusión) procede pasar al examen del control de su transparencia.

En el caso de consumidores y usuarios, la inclusión de una cláusula en el contrato debe ir acompañada de otros datos o indicios que permitan apreciar que el consumidor tiene una comprensión real de lo que está contratando, pues de la correcta redacción de la cláusula no se puede deducir un perfecto conocimiento de la misma, ni tampoco de su trascendencia e incidencia en la ejecución del contrato. Por ello precisamente el segundo control es el de la comprensibilidad real respecto del cual concluye el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2009 (párrafo 215 b) que "la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. "

En efecto, argumenta el Tribunal Supremo:

"210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (-b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y

usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Lo que permite concluir que (...) el control de transparencia (...) tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, , como lo carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

“211 . (. . .) Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trate de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo jugar o puede jugar en la economía del contrato.

“212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

“213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener , antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”

“214. En este sentido la S7JUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada. apartado 49 EDJ 2013/26923, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "(...) de forma que el consumidor pueda prever sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste (...).

“256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.”

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso. "

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha sentado parámetros para valorar la comprensión real de que la cláusula suelo forma parte del precio y su trascendencia económica, aun cuando su presencia aislada de alguna, o algunas, no determina por sí solo que pueda considerarse no transparente. Estos parámetros son los siguientes (párrafo 225): a) Falta información

suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y corno aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) Ubicarse entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Centrándome ya en caso que nos ocupa, el artículo 10 bis nº1 párrafo 3 de la Ley 26/1984 establece que: "El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba." Partiendo de lo dispuesto en dicho precepto, debe afirmarse que no se ha practicado por la entidad demandada actividad probatoria suficiente en orden a acreditar que la cláusula controvertida haya sido objeto de negociación individual, si bien declaró a su instancia Ibon Elizasu, (el empleado de la misma que intervino en la suscripción del préstamo) el contenido de su declaración carece de relevancia toda vez que el mismo reconoció no recordar los términos y contenido de las conversaciones llevadas a cabo con la parte actora con carácter previo a la suscripción del préstamo, y ello debido al gran lapso de tiempo transcurrido desde entonces.

Así pues, una vez sentado el escaso o nulo valor probatorio de dicha testifical, no hay prueba de que se informara a los actores, con carácter previo a la celebración del contrato, de la existencia y contenido de la cláusula controvertida. Aunque se leyera en la notaría, debe tenerse en cuenta la circunstancia relativa a que la escritura es muy extensa (consta de 38 folios redactados por las dos caras, lo que hace un total de 76 páginas) y está plagada de cláusulas de contenido farragoso. Consta de numerosas cláusulas con varios apartados, divididos éstos a su vez en varios subapartados, información registral, expresiones financieras...Su enorme extensión, llena de cláusulas de contenido cuando mínimo farragoso, propicia que pase desapercibida. Así lo entiende la citada STS de 9 de mayo de 2013, cuando indica que estas cláusulas: "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro" (párrafo 212).

En las anteriores consideraciones no influye el hecho de que aparezca incorporada a la escritura la oferta vinculante (entre cuyos extremos figuraba la cláusula controvertida) o que uno de los extremos de la misma (el relativo a la responsabilidad de uno de los fiadores) fuera objeto de modificación. Y ello porque no ha quedado acreditado que se informara a los actores sobre el contenido de la cláusula de modo que conocieran o pudieran conocer la carga económica que supondría para ellos el contrato celebrado. Y así, no se han acreditado la existencia o realización de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, ni tampoco el suministro a los actores de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o la realización de la advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, (párrafo 225 de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013). Incluso, en dicho párrafo de la sentencia se incluyen expresamente por el Tribunal Supremo entre las cláusulas no transparentes las utilizadas por el BBVA dado que "se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Por otro lado, es evidente que la cláusula fue dispuesta por la entidad bancaria demandada en perjuicio del consumidor, dado que en el momento de suscripción del préstamo (abril de 2007) el Euribor era del 4,253 %, es decir, muy cercano al mínimo fijado en la cláusula controvertida y muy alejado, sin embargo, del 15 % que se dispuso como máximo. Esa diferencia entre el mínimo

y el máximo implica sin duda alguna un injustificado desequilibrio contractual, al suponer obligaciones improbables para el predisponente y, por el contrario, altamente probables, como efectivamente ocurrió, para el cliente.

Precisa el TS (párrafo 237) que para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. ..

Así pues, teniendo en cuenta todas las circunstancias anteriormente expuestas, en aplicación del artículo 8 de la LCGC (" 1 .Serán nulas de pleno derecho /as condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios") y del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 ("Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"), procede declarar abusiva (y, consiguientemente, nula) la cláusula controvertida (en su apartado 3º) por ocasionar , en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y contrario a la buena fe y, por ser abusiva, al no haberse negociado individual mente.

QUINTO. Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. La parte actora interesa la devolución de todas las cantidades cobradas por la demandada en virtud de la cláusula suelo, invocando la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, el e 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta cuestión ha sido abordada en la reciente sentencia de 25 de marzo de 2015, dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1ª; sentencia en la que se declara la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia del mismo tribunal de 9 de mayo de 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga o no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la última sentencia citada.

En virtud de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, los órganos jurisdiccionales nacionales estamos obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno. Así, el propio Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho 5º de su sentencia 145/2012 de 2 de julio declaró que : "En este sentido debemos recordar (como ya lo hicieramos en ATC 228/2005, de 1 de junio, FJ 5) que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas. y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. /JP 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones.

En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 1 -1 de febrero, FJ 6. con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, y en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestros posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra Enel de 15 de julio de 1964, ya citada".

Se hace necesario pues, previamente a decidir la cuestión que nos ocupa, realizar un análisis de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer lugar, cabe indicar que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banco Español de Crédito S.A) 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" .

Posteriormente, en la sentencia de 14 de marzo de 2013 declaró el Tribunal que "el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar 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. Asimismo, resulta pertinente o estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

En tercer lugar, haré referencia a la sentencia de 30 de mayo de 2013, la cual resulta fundamental en esta materia dado que en ella el Tribunal de Justicia declara que " El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor ".

Tras el análisis de lo dispuesto en las sentencias anteriores, es evidente que la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia se dirige a lograr un efecto disuasorio frente a posibles futuros incumplimientos por parte del empresario predisponente, hasta el punto de prohibir la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Por ello, entiendo que si se negara la restitución al consumidor de alguna (aunque fuera una) de las cantidades cobradas por la entidad bancaria en virtud de la cláusula declarada nula, se lograría en la práctica un efecto prohibido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así pues, la consecuencia de todo lo anteriormente expuesto no puede ser otra que la de que procede "el pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente" (Fundamento de derecho 8º del Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015).

Consecuencia que, además, encuentra su pleno acomodo legal en los artículos 1.303 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Efectivamente, el artículo 1.303 del Código Civil obliga a la restitución recíproca de las prestaciones; prestaciones que, en este caso, sólo fueron realizadas por los actores.

En suma, y en virtud de todo lo anteriormente expuesto, la entidad demandada deberá restituir todas las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo/techo (cláusula 3 bis apartado 3) desde la fecha de celebración del contrato, con el interés legal desde la fecha de cada abono, conforme a los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil. El total que resulte de sumar ambas cantidades devengará el interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes, conforme al artículo 576 de la Lec.

SEXTO. Cláusula financiera 6ª.- Intereses de demora. Los actores solicitan también la declaración de nulidad de la cláusula 6ª, de interés de demora, del 19% nominal anual por considerar que la misma es desproporcionadamente alta en relación con otras referencias vigentes en el momento de la suscripción del préstamo hipotecario tales como el interés legal del dinero o el Euribor. La entidad bancaria se opone a dicha pretensión, al entender que no existe obstáculo alguno a pactar un interés moratoria del 19%.

El art. 85.6 del RDL 1/2007 dispone que ha de calificarse de abusivo, y en consecuencia nulo, cualquier pacto que suponga "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, naturaleza indemnizatoria propia del interés de demora. Si bien es cierto que dicho Texto Refundido no estaba vigente en el momento de la celebración del contrato, debe tenerse en cuenta que la norma trae causa de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Hay que estar, por lo tanto, a la situación existente en el momento de la suscripción del contrato, el día 26 de abril de 2007, para resolver si un interés de demora del 19 % era, por entonces, susceptible de considerarse abusivo.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el interés legal del dinero era por entonces del 5 % mientras que el interés de demora era del 6,250%. Si se tratara de crédito al consumo, el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), vigente al suscribirse el préstamo, ordenaba que no superara 2,5 el interés legal, de modo que respecto de la comparación con el interés remuneratorio, la cifra fijada en el contrato sobrepasa sobradamente las previsiones del momento.

Por otro lado, el art. 1.108 del código Civil disponía entonces (al igual que actualmente, puesto que el mismo no ha experimentado modificación alguna) que el interés aplicable a falta de pacto era el legal, es decir, en abril de 2007, el 5 %.

Así pues, la diferencia es amplísima respecto del resto de los índices indicados. No habiendo quedado acreditado que dicha cláusula fuera negociada de forma individualizada, debe concluirse que los actores no hubieran aceptado el importe del interés atendidas las circunstancias del momento (en el que se preveían tipos más modestos), de haber existido una negociación en términos de igualdad. Así pues, debe declararse que la cláusula en cuestión resulta abusiva (y, por consiguiente, debe declararse nula), al suponer la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no hubiera cumplido sus obligaciones.

SEPTIMO.- Cláusula 5ª (Gastos). Los actores solicitan, igualmente, la declaración de nulidad de la cláusula 5ª, gastos. Alegan que se trata de una cláusula abusiva puesto que les impone el abono de todos los pagos, por cualquier concepto, relacionados con el préstamo. Además, sostienen que la cláusula no fue objeto de negociación, no habiendo sido informados de su contenido.

La parte demandada se opone a dicha pretensión, argumentando que la misma supone una aplicación general de lo previsto respecto de la libertad de pactos.

La cláusula controvertida dispone lo siguiente: " Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación- incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, aceptación, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª"

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el banco decida libremente realizar, serán facultados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de la hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales,) así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aún cuando su intervención en los procedimientos y actuaciones judiciales o extrajudiciales no sea preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª. "

La cláusula contiene previsiones que desplazan gastos propios de una de las partes a la otra. Los tributos y gastos ocasionados por la preparación, formalización y tramitación de la escritura debieran ser satisfechos por el prestamista, de modo que la cláusula vulnera (al trasladarlos injustificadamente a la parte prestataria) lo dispuesto en el apartado 22 de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 26/1984 (que incluye entre las cláusulas abusivas aquéllas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al profesional).

Otro tanto sucede con la previsión relativa a los gastos del seguro de daños, puesto que impone a la parte prestataria la obligación de abonarlos mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo (en virtud de la remisión que realiza la cláusula que estamos analizando a la cláusula 11ª del

contrato). De modo que, incluso en el supuesto de que dejara de ser propietaria del bien, por transmitir la finca sobre la que se constituye la garantía, la parte prestataria vendría obligada a atender un gasto que no le correspondería.

Resta por analizar la previsión que impone a la parte prestataria la obligación de satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales se generen a este último por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, la reclamación de la deuda y los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos honorarios de abogados y procuradores incluso sin su intervención preceptiva. Debe indicarse que la misma vulnera lo dispuesto en el artículo 8 nº 1 apartado 2º de la Ley 7/1998 que establece que " En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor ..) así como lo dispuesto en el apartado 17 de la Disposición Adicional 1º de la Ley 26/1984 (la cual considera cláusulas abusivas las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato ..). Debe precisarse que en el presente caso ni siquiera se trataría de derechos reconocidos en el contrato sino de derechos que gozan de mayor protección, al tratarse de reconocidos en la propia Constitución a todo ciudadano, como es el derecho a acceder a la justicia y a instar de los jueces y tribunales la tutela judicial efectiva de sus derechos, no pudiendo verse menoscabados dichos derechos, ni dificultados o condicionados por la imposición injustificada por parte del Banco de la obligación de satisfacer y resarcir al mismo de todos los gastos y costas procesales generados para el cobro del crédito, máxime si se trata de un crédito derivado de un contrato que, como ya se ha indicado, contiene cláusulas abusivas.

La demandada argumenta que la cláusula fue incluida en el ejercicio de la libertad contractual. Sin embargo, no hay constancia alguna de que los actores hicieran otra cosa que consentir en la redacción que se había realizado unilateralmente por la parte prestamista. Debe traerse nuevamente a colación a este respecto el artículo 10 bis nº 1 párrafo 3 de la Ley 26/1984, el cual establece que : " El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"

En suma, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, debe declararse que la cláusula en cuestión resulta abusiva (y, por consiguiente, debe declararse nula).

OCTAVO. Cláusula 4ª bis apartado 4.4- Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas. La parte demandante insta también la nulidad de la cláusula 4ª bis apartado 4.4, que dispone una comisión de 30 € por reclamación de posiciones deudoras.

Dispone la referida cláusula que " La reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de 30 euros, por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente "

Lo que remunera la comisión es el gasto en que incurre la entidad por reclamar un impago. Sin embargo, se trata de un gasto que opera "por cada reclamación" y que no responde a un coste real, pues no se ha acreditado por la entidad demandada que se utilice un sistema cuyo coste alcance la cifra indicada en la cláusula controvertida. Es evidente que el coste de una reclamación extrajudicial es mucho menor, pues basta remitir una carta. Tampoco puede referirse al coste de la reclamación judicial, pues estaría comprendido en las costas del litigio.

El artículo 10 bis de la Ley 26/1 984, vigente al suscribirse el contrato, consideraba abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La negociación no se ha acreditado por la entidad (como ya expliqué en el fundamento de derecho 4º, al valorar la prueba a propósito de la cláusula suelo, puesto que si no ha quedado acreditado la existencia de negociación respecto de una de las cláusulas del contrato, resulta razonable pensar que, a pesar de la existencia de una oferta vinculante, tampoco fueron negociadas el resto de las cláusulas), a quien corresponde la carga de la prueba, tal y como dispone el párrafo tercero del art. 10 bis. 1 de la referida ley, que indica "el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

No habiendo quedado o acreditada la existencia de negociación efectiva, tratándose de una cláusula impuesta por el predisponente, y no respondiendo su cuantía al coste real de la reclamación, debe declararse el carácter abusivo de la cláusula. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (AAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 22 abril 2014, rcc. 2062/2014), así como otras Audiencias (SAP Salamanca, Secc. 1ª, 8 febrero 2010, rcc. 5 7/2010, SAP Jaén, Secc. 1ª, 3 mayo 2010, rec. 147/2010, SAP Sevilla, Secc. 8ª, 10 marzo 2011 , rec. 265/2011, SAP Madrid, Secc. 14ª, 13 mayo 2014, rec. 733/201 3, SAP Málaga, Secc. 4ª, 23 mayo 2014, rec. 908/2012).

NOVENO. Cláusula 6º bis. Vencimiento anticipado del préstamo. La parte demandante al inicio del acto del juicio solicitó que se declarase la nulidad de esta cláusula por considerarla abusiva. La parte demandada se opuso a dicha pretensión por dos razones: por un lado, por considerar que se trata de una petición extemporánea, al no haber sido realizada en el escrito de demanda; y, por otro lado, alegó la demandada que el contenido de la cláusula (posibilidad de exigir anticipadamente la devolución del total del capital en el caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo) y la cuestión en sí misma carecía de trascendencia, dado que en el momento del juicio eran ya cuatro o cinco los vencimientos impagados por parte de los actores.

En cuanto al primer motivo de oposición alegado por la demandada, debe indicarse que resulta obvio que no puede ser acogido toda vez que Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la sentencia de 27/junio/2000 (TJCE 2000, 144) , ha declarado reiteradamente la obligación del Juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello ". Obligación que el Tribunal fundamenta en dos razones básicas: (i) Por una razón de justicia material en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (sentencia de 14/junio/2012 (TJCE 201 2, 143) : la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional ; y (ii) Por un objetivo de política general manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (sentencia de 26/octubre/2006 (TJCE 2006, 299) : " dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores ".

Sin perjuicio de respetar el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, el Tribunal en aras del respeto a los principios de equivalencia y efectividad entiende en la sentencia de 30/mayo/2013 (TJCE 2013, 194) que, incluso planteándose la cuestión en fase de apelación sin previa alegación en la instancia precedente, el tribunal de apelación está obligado a apreciar la eventual abusividad siempre que estuviera obligado por la ley procesal interna a cuestionar de la misma manera la validez de las condiciones generales en relación con normas nacionales de orden público.

Por lo tanto, (existiendo la obligación del Juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores), no existe problema alguno para analizar la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y ello a pesar de que la petición de declaración de nulidad por abusividad no se realizara por la parte actora en el escrito de demanda

Una vez sentado lo anterior, pasaré a analizar la cláusula. Dicha cláusula dispone en su apartado a) lo siguiente: " No obstante, el plazo pactado, el Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en el caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses".

Así pues, la cláusula establece en el apartado a) la posibilidad de que el Banco pueda exigir anticipadamente la devolución del capital en una serie de casos. El primero de ellos es el relativo a la falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses. Ciertamente es que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, así como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato, a instancia de una de las partes, por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil).

Ahora bien, en el presente caso esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, sino para el impago simplemente de una parte cualquiera del capital del préstamo o sus intereses.

La STJUE de 14 marzo 2013, caso Aziz, dijo sobre esta cláusula en el § 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" .

Al tiempo de suscribirse el contrato, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), disponía en su art. 10.1 que el vencimiento anticipado sólo era posible si se demoraba el pago de al menos dos plazos, o del último de ellos

El canon existente, pues, al suscribirse el contrato, por las previsiones del citado art 10. 1 Ley 28/1998, no era facilitar que "la falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del

capital del préstamo " justificara la posibilidad de exigir anticipadamente la total devolución del capital o de sus intereses.

La forma en que está redactada la cláusula permite, pues, que un incumplimiento no esencial, el simple impago de una cuota o parte de ella, acarree la exigibilidad de toda la deuda pendiente, perdiendo el deudor el derecho al plazo que dispone el artículo 1.129 del Código Civil. Esa facultad es inadmisibles, por abusiva, y ello con independencia de que en el momento actual sean varios los vencimientos impagados por parte de los actores. A este respecto debe destacarse lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de 16 de junio de 2015 que: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo- en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la propia Directivo 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Por ello, pese a las objeciones de la parte demandada, en este litigio no se analizan las concretas vicisitudes de la relación contractual, sino la validez de la cláusula en los términos que está redactada. Es decir, se pondera la abusividad o no de la cláusula tal y como figura incorporada al contrato.

Tras examinar el resto de los apartados de la cláusula, entiendo que tampoco tiene justificación que se pueda acordar el vencimiento por descubrirse cargas preferentes a la hipoteca distintas de las reseñadas en el apartado cargas de la escritura (apartado e de la cláusula), puesto que ello supone que la falta de diligencia del acreedor hipotecario se convierte en facultad de vencimiento anticipado. Por otro lado, la falta de pago de impuestos o contribuciones que sean preferentes a la hipoteca (apartado b), podrá dar lugar a la exigencia de cumplimiento de dicha obligación si es que se pacta en la escritura, pero parece desproporcionado que acarree la pérdida del beneficio del plazo al deudor. Lo mismo exactamente cabe predicar del incumplimiento de cualquiera de las otras obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato (apartado e). Todas estas previsiones anudan la gravosa consecuencia de la pérdida del plazo, sin explicación alguna que justifique en cada caso semejante facultad.

En definitiva, la redacción de la cláusula de vencimiento anticipado (en sus apartados a), b), c) y e) no es equilibrada, sino desproporcionada, imposibilidad contra la que advierte la previsión del art. 10 bis de la Ley 26/1984, y el art. 3 de la Directiva 93/13/CE E del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Opera entonces lo dispuesto en el art. 8.2 LCGC, por ser cláusula que merece, en la forma en que está redactada, la consideración de abusiva al imponer de forma no negociada individualmente (no hay prueba de lo contrario, la cual, como antes se dijo, corresponde a la entidad demandada), un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

En definitiva, procede declarar también la abusividad y no incorporación de esta cláusula (en sus apartados a, b, c y e). La cláusula dispone en dichos apartados lo siguiente:" No obstante, el plazo pactado, el Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en los siguientes casos:

- a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses
- b) Impago de impuestos y contribuciones que sean preferentes a la hipoteca constituida.
- e) Cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura.

e) Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato".

DECIDO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas referidas en los fundamentos de derecho cuarto, sexto, séptimo, octavo y noveno. Consecuencia de lo dispuesto en los correspondientes fundamentos de derecho, la parte demandada deberá restituir todas las cantidades que hubiese cobrado, en su caso, en virtud de cada una de las cláusulas declaradas nulas.

UNDÉCIMO. Intereses. Conforme a los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, la entidad bancaria demandada deberá restituir a los actores las cantidades que hubiesen pagado en aplicación de cada una de las cláusulas declaradas nulas, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la demandada abonará el interés legal incrementado en dos puntos de la cantidad total a cuyo pago ha resultado condenada desde la fecha de la presente resolución hasta el completo pago.

DUODECIMO. Costas. A tenor del art. 394 de la L.E.C, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, por lo que en el presente caso las atenderá la parte demandada.

FALLO

ESTIMAR en su integridad la demanda formulada por XXXXXXXXXXXX frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A y en consecuencia:

1. Declarar la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha de 26 de abril de 2007:

-- La cláusula 3 bis apartado 3, que dice "En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al DOS ENTEROS Y VEINTICINCO CENTÉSIMAS POR CIENTO, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente " en el "período de interés ". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al QUINCE POR CIENTO nominal anual ".

-- La cláusula 6ª, que lleva por rúbrica "intereses de demora".

-- La cláusula 5ª, que lleva por rúbrica "gastos", y que dispone lo siguiente: "Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación- incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este

contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, aceptación, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11^a

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facultados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de lo hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales, así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aún cuando su intervención en los procedimientos y actuaciones judiciales o extrajudiciales no fuera preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que éste los hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6^a, y quedarán garantizadas con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9^a

-- La cláusula 4^a bis apartado 4.4, que lleva por rúbrica "comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas y que dispone que " la reclamación por el Banco a la parte prestataria de débitos vencidos e impagados devengará una comisión por gestión de 30 euros, por cada recibo impagado, que se hará efectiva por la prestataria en el momento del pago de los débitos previamente reclamados, sin perjuicio de la repercusión a la parte prestataria de los gastos y costes originados por su incumplimiento, conforme a lo pactado en la cláusula siguiente "

--La cláusula 6^o bis, que lleva por rúbrica "Vencimiento anticipado del préstamo" en sus apartados a, b, c y e. La cláusula dispone en dichos apartados lo siguiente:" No obstante, el plazo pactado, el Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en los siguientes casos:

- Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses
- Impago de impuestos y contribuciones que sean preferentes a la hipoteca constituida.
- Cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura.

- Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato".

2. Condenar a la demandada a dejar de aplicar las cláusulas declaradas nulas, desde la firmeza de esta resolución.

3. Condenar a la demandada a restituir a los demandantes todas las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo/techo (cláusula 3 bis apartado 3) desde la fecha de celebración del contrato, con el interés legal desde la fecha de cada abono. El total que resulte de sumar ambas cantidades es devengará el interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes.

4. Condenar a la demandada a restituir a los demandantes las cantidades que hubiesen abonado, en su caso, como consecuencia de la aplicación del resto de las cláusulas declaradas nulas, más los intereses legales desde cada cobro hasta hoy, devengando el total que resulte interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de la parte demandante.

5. Imponer a la demandada las costas procesales causadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2196 0000 00 088914, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-A pelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de la que yo, la Secretario Judicial doy fe, en DONOSTIA /SAN SEBASTIAN, a 1 de septiembre de 2015.