

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11
(REFUERZO) DE BILBAO**

**BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 11 ZK.KO
EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10 7ª planta - CP./PK: 48001
TEL.: 94-4016689
FAX: 94-4016981

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/016941
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0016941

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 5000365/2017

SENTENCIA Nº 50433/2018

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª LAURA MARIN SANZ

Lugar: BILBAO (BIZKAIA)

Fecha: cinco de abril de dos mil dieciocho

PARTE DEMANDANTE:

y

Abogado/a: JOSE MONTERO MURILLO, JOSE MONTERO MURILLO, JOSE MONTERO MURILLO, JOSE MONTERO MURILLO y JOSE MONTERO MURILLO

Procurador/a: MARTA ARRUZA DOUEIL, MARTA ARRUZA DOUEIL, MARTA ARRUZA DOUEIL, MARTA ARRUZA DOUEIL y MARTA ARRUZA DOUEIL

PARTE DEMANDADA BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Abogado/a: JOSE MANUEL MARTINEZ DE BEDOYA NAVARRO

Procurador/a: XABIER NUÑEZ IRUETA

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora Sra. ARRUZA DOUEIL, en nombre y representación de

y

se interpuso demanda de juicio ordinario, que en turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, terminaba pidiendo se dictase sentencia estimando íntegramente el contenido del suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 4 de julio de 2017, se acordó emplazar a la parte demandada, por término de veinte días, quien se

personó en legal forma, se opuso a la demanda y se señaló el acto de la audiencia previa.

TERCERO.- A la celebración de la Audiencia Previa, que tuvo lugar el 8 de noviembre de 2017, comparecieron todas las partes.

Fijados los hechos controvertidos y admitida la prueba propuesta, en los términos registrados, se fijó fecha para la celebración del juicio oral.

CUARTO.- En fecha 22 de marzo de 2018, tuvo lugar el acto del juicio oral en el que se llevó a cabo la práctica de la prueba propuesta y admitida, en los términos registrados, salvo el interrogatorio propuesto por la parte demandada, que fue renunciado.

Formuladas por las partes sus conclusiones, quedaron las actuaciones vistas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

a) De la demandante:

En el presente procedimiento, la parte actora solicita que se declaren nulas, por abusivas, dos cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por los litigantes y documentado en Escritura Pública de fecha 21 de diciembre de 2.005, ante el notario de Barakaldo D. con número 1.191 de su protocolo.

En concreto, pretende, con carácter principal, que se declare la nulidad de pleno derecho e la cláusula de afianzamiento, con los efectos inherentes a tal declaración, y de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, condenando a la demandada a eliminar dicha condición y a la devolución de todas las cantidades pagadas en aplicación de la misma, con los intereses legales desde el momento de cada cobro incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

b) De la demandada:

La entidad demandada se allana parcialmente a las pretensiones de la parte actora. Así presenta su allanamiento respecto de la declaración de nulidad de la cláusula de posiciones deudoras con la devolución de la cantidad cobrada en su aplicación.

Sin embargo, se opone a la pretensión articulada de contrario relativa a la nulidad de la cláusula sobre afianzamiento. Señala que la referida cláusula es válida en tanto que fue negociada individualmente y que cumple con los requisitos de incorporación y de transparencia. Entiende que dicha cláusula, no es una condición accesorio, sino que constituye el contrato principal entre los fiadores y la entidad bancaria y no puede quedar sometida a control de abusividad.

Por todo ello, solicita que se desestimen estas pretensiones deducidas de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- Cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas.

En el presente caso, la parte demandada se allana a la pretensión de nulidad de la cláusula "4.3 Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas"

Por tanto, tomando en cuenta el allanamiento de la parte actora, de conformidad con el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a tenor de lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes 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 (en adelante TRLGDCU) complementarias (en adelante TRLGDCU) (o, si se prefiere, art.10 bis 1 y Disposición Adicional Primera de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable al momento de la celebración del contrato), debe declararse su nulidad y tenerse por no puesta, subsistiendo el contrato en los restantes términos, tal como exige el artículo 83 del citado texto (así como el art. 10 bis 2 de la L.26/1984).

En cuanto a los efectos restitutorios, el principio de no vinculación y la necesidad de restablecimiento de la situación de hecho y de derecho para el consumidor, exigida por la jurisprudencia nacional y europea determina la producción de los efectos restitutorios interesados en el escrito de demanda, por lo que la demandada deberá restituir a la actora la cantidad percibida en aplicación de la cláusula nula y cuantificada en 30 euros, con el interés legal desde la fecha en que se produjo el pago (art 1.303 CC), incrementada en dos puntos desde el dictado de la sentencia (576 LEC).

TERCERO.- Condición de consumidor de la parte actora y negociación individual de la cláusula relativa al afianzamiento.

Para que sea posible llevar a cabo el control sobre la abusividad de la cláusula es necesario, con carácter previo, determinar que nos hallamos ante un contrato celebrado con un consumidor o usuario (artículo 2 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) y que las cláusulas cuya nulidad se pretende no hayan sido negociadas individualmente (arts. 80 y 82 TRLGDCU), bien se trate de condiciones generales tal como vienen definidas en los términos del artículo 1.1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (que, por definición, son anegociadas) o bien se trate de cualquier otro acuerdo contractual predispuesto por el empresario y sobre el que el consumidor no haya tenido la oportunidad de influir en su contenido, según el artículo 3.2 párrafo tercero de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En este caso, no ha sido objeto de discusión, la condición de consumidores de los actores, por lo que, en principio, resulta de aplicación la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

Respecto a la falta de negociación individual, el artículo 82.1 TRLGDCU (del mismo modo que el artículo 10 bis 1 de la Ley 26/1984) establece: *"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 y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*.

Nuestro Tribunal Supremo, en la tan citada STS, Sala de lo Civil, Pleno, núm. 241/2013, de 9 de mayo, recurso núm. 485/2012 expuso, sobre esta cuestión, los criterios que determinan la existencia de predisposición en una estipulación contractual:

"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

Corresponde probar al empresario que afirma que una determinada cláusula que figura en un contrato propio de su actividad y celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual, pues así lo exige el art.82.2 TRLGDCU trasponiendo el art. 3.2 párrafo 3º de Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En el presente caso no existe actividad probatoria por parte de la demandada que permita acreditar la existencia de una negociación individual, sino que más bien al contrario, el empleado del banco que comercializó el préstamo manifestó que, en todo caso, cuando el capital prestado superaba el 80% del precio de compra de la vivienda, el banco condicionaba siempre la contratación del préstamo hipotecario a la constitución, además, de fianza. De ello puede deducirse que era una cláusula prerredactada por el banco e ineludible para el consumidor que quisiera recibir capital prestado en un porcentaje superior al indicado.

Para defender la existencia de negociación individual, el banco, se limita a manifestar, en su escrito de contestación, que los actores, una vez conocidas debidamente todas las condiciones de la operación, las aceptaron libremente. Pues bien, aunque dichos extremos se hubieran probado y pudieran considerarse como ciertos, su acreditación no conduciría, necesariamente, a considerar que hubo una verdadera negociación individual que excluya el carácter predispuesto de la estipulación cuya nulidad se pretende a la luz de los criterios de la jurisprudencia (SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de noviembre de 2011).

El conocimiento y consentimiento por adhesión, no son sinónimo de que los consumidores tuvieran una influencia en el proceso de comercialización capaz de producir una verdadera negociación individual. El hecho de que los prestatarios hubieran sido informados de forma previa, no constituye una circunstancia que excluya, por sí sola, la consideración de la cláusula litigiosa como predispuesta, en la medida en que se trata de una condición impuesta por el banco y no negociada individualmente según los criterios asentados por nuestra jurisprudencia (véase, entre otras, SSTS 25 de noviembre de 2011 y de 9 de mayo de 2015).

Por tanto, debe concluirse que la cláusula en cuestión es susceptible de quedar bajo la aplicación de la legislación sobre condiciones no negociadas individualmente con consumidores y usuarios.

CUARTO.- Cláusula relativa al afianzamiento.

a) Análisis de su posible abusividad:

La fianza aparece regulada en el Título XIV del Libro IV, relativo a las Obligaciones y Contratos del Código Civil. En concreto, el artículo 1822 CC establece que *“Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”*.

Se plantea si, en el caso que nos ocupa, se trata de una condición agregada del contrato de préstamo o debe considerarse como un contrato diferenciado. Aunque, en principio pueda considerarse como una condición accesorio del préstamo, hay que tener en cuenta que esta nota de accesoriedad constituye el elemento esencial de la naturaleza de todo afianzamiento, pues el mismo sólo puede existir para garantizar el cumplimiento de otra obligación principal (que deberá ser válida o convalidable -art. 1824 CC-). Por tanto, puede concluirse que, aunque suponga la aportación de una garantía adicional para el prestatario, lo cierto es que para los demandantes fiadores, la fianza constituye el único vínculo contractual que les liga con la entidad demandada y, en consecuencia, la modalidad o contenido de la misma, constituye el objeto principal de su contrato con la entidad a los efectos de la aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

Dicho precepto establece 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”*. La consecuencia de esta argumentación sería, en principio, que la cláusula que nos ocupa, quedara fuera del control de su carácter abusivo por los tribunales siempre que hubiera sido redactada de manera clara y comprensible, esto es, siempre que superara el llamado control de inclusión.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del TJUE expuesta, entre otras, en la sentencia de 3 de junio de 2010, viene a superar este obstáculo y argumenta que *“el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo”*, reforzando así la protección de los consumidores y empleando para ello, junto al ya mencionado control de inclusión, el control de comprensibilidad real o de transparencia. Razona el TS que en los contratos con consumidores no basta con que la cláusula en cuestión supere el primer control, sino que hace falta que cumpla adecuadamente con el segundo, el de transparencia, lo que significa que es necesario que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que supone realmente para él el contrato celebrado, como la “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 (vid. SSTS núm. 241/2013, de 9 mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; 705/2015, de 23 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 171/2017, de 9 de marzo y 367/2017, de 8 de junio).

En el caso que nos ocupa, el apartado II de la escritura, referente a “OTRAS CLÁUSULAS”, comprende la que se refiere al afianzamiento en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO (HIPOTECA BLUE JOVEN)”

DON

; **su esposa**

y su esposa

garantizan las obligaciones contraídas por la parte prestataria en esta escritura , en los mismos términos y condiciones en ella expresados, constituyéndose en fiadores obligados al pago solidariamente entre sí y con el deudor principal, con renuncia expresa a los beneficios de orden o excusión y división, con arreglo a los artículos 439 y siguientes del Código de Comercio y 1444, 1822, 1831 y concordantes del Código Civil, mientras no queden totalmente canceladas las obligaciones que se garantizan (...)

Tal como se observa, la cláusula, en principio resulta legible y también relativamente comprensible para un jurista o persona que cuente con las capacitación y las herramientas técnico-semánticas necesarias, pues resulta obvio que expresiones como “obligados al pago solidariamente” o “beneficios de orden o excusión o división” no resultan expresiones de común conocimiento ni de uso cotidiano, con lo que para determinar si los demandantes estaban en posición de conocer las consecuencias jurídicas y económicas de su contrato, la entidad cumplió o no con las exigencias de transparencia. Es decir, habrá de determinarse si la entidad puede acreditar que actuó de manera leal y equitativa con el consumidor o si, por el contrario, se prevalió en la contratación de su superior posición negociadora y sus superiores medios, incluyendo, sin informar adecuadamente sobre su contenido, unas condiciones que los adherentes no hubieran aceptado razonablemente en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo, C-415/2011, asunto Mohamed Aziz).

Bien, en primer lugar, hay que tener en cuenta que la fianza estipulada, no es la que se regula como natural y en defecto de pacto en el Código Civil, sino que contiene la renuncia de derechos del fiador que se prevén como excepciones a la regla general y que favorecen al acreedor. En este caso, se establece una fianza solidaria y una renuncia de los consumidores a los beneficios de excusión y división. Respecto de estos beneficios, el Código Civil, prevé lo siguiente:

Artículo 1830: *“El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor”.*

Artículo 1831: *“La excusión no tiene lugar: 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella”.*

Artículo 1837: *“Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.*

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal”.

Por tanto, teniendo en cuenta la trascendencia de las renunciaciones efectuadas en perjuicio de los consumidores y para mayor seguridad del banco acreedor y de que

estas iban a determinar el contenido del contrato de fianza, la entidad debía informar del mismo a los consumidores y del significado de las renunciaciones que llevaban a cabo, sin bastar la mera cita de la propia cláusula a algunos preceptos legales (y en ningún caso, a todos los que les afectan, pues ni siquiera se menciona el referente a la solidaridad y renuncia a la división). De la prueba obrante en autos no se desprende que tales informaciones llegaran a facilitarse, ni siquiera por el empleado de la entidad que comercializó el préstamo, pues él mismo, en el acto del juicio, no atinó a responder cuando fue preguntado por el significado de los términos de la cláusula y manifestó su desconocimiento de los mismos.

Quedando constatada la falta de cumplimiento de los deberes de transparencia, sólo cabe concluir que, en el caso que nos ocupa, los consumidores llevaron a cabo un pacto con la entidad financiera que, indudablemente no hubieran aceptado de haber sido tratados de una manera leal y equitativa que les hubiera permitido conocer las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que estaban celebrando y les imponía un desequilibrio importante en su perjuicio que, indudablemente, determina su abusividad.

b) Consecuencia inmediata de la abusividad.

El artículo 83 TRLGDCU establece que *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.”*

El artículo 10 bis 2 establecía: *“Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas”*

Por lo que, apreciada la abusividad de la cláusula relativa al afianzamiento, y no constando la existencia de alguna situación fáctica que deba restablecerse, sólo cabe declarar la misma como nula de pleno derecho y acordar que se tenga por no puesta, decayendo el contrato de fianza y continuando vigentes las restantes estipulaciones del contrato de préstamo, en los mismos términos (según el inciso final de los artículos 83 TRLGDCU y 10 bis.2 LGDCU).

QUINTO.- Costas.

En materia de costas, el artículo 394.1 LEC, establece: *“En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.*

Por tanto, en este caso, habiéndose visto rechazadas todas las pretensiones de la parte demandada relativas a la validez de las cláusulas impugnadas y no apreciándose la existencia de serias dudas respecto del objeto del proceso, (teniendo en cuenta que los efectos restitutorios, constituyen únicamente una consecuencia inherente a tal declaración, cuya determinación es una labor de oficio del juzgador),

procede aplicar la regla general del vencimiento objetivo, que, conforme al criterio de nuestro Tribunal Supremo (acogido la Audiencia Provincial de Bizkaia en la SAP (sección 4ª) 505/17, de 12 de julio, rec. 261/2017), es, además, conforme con el principio de no vinculación del consumidor y al principio de efectividad del Derecho de la Unión (STS 419/2017 de 4 de julio), y, en consecuencia, debe condenarse a la demandada al pago de las costas procesales.

FALLO

Que debo estimar y ESTIMO la demanda presentada por la procuradora Sra. Arruza Doueil y, en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad de la cláusula 4.3, que establece una comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, contenida en la escritura pública de 21 de diciembre de 2.005, suscrita ante el notario de Barakaldo D. con número 1.191 de su protocolo.

2.- Declaro la nulidad de la "CLÁUSULA DE AFIANZAMIENTO (HIPOTECA BLUE JOVEN)" contenida en el apartado "II – OTRAS CLÁUSULAS", de la misma escritura pública.

3.- Condeno a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA:

- A estar y pasar por estas declaraciones, así como a eliminar y no aplicar en el futuro dichas cláusulas.

- A devolver al demandante prestatario, la cantidad abonada en aplicación de la cláusula de posiciones deudoras vencidas, con el interés legal desde la fecha en que se produjo el pago y hasta la fecha de la presente resolución. Desde hoy y hasta el día de se completa satisfacción, la cantidad total resultante devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 7/1998, d 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, dirijase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción, una vez que sea firme, de la presente sentencia en el mismo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (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 5316000004036517, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer el recurso** (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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