



Roj: **SAP VI 526/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:526**

Id Cendoj: **01059370012016100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **01/09/2016**

Nº de Recurso: **326/2016**

Nº de Resolución: **266/2016**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento ordinario**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 526/2016,**
STS 1226/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Atala: 1ª/1.

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P. /PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

N.I.G. PV / IZO EAE : 01.02.2-15/017648

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN : 01059.42.1-2015/0017648

A.p.ordinario L2 / 326/2016 - C

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia nº 5 Vitoria / Gasteizko Lehen Auzialdiko 5 zk.ko Epaitegia

Autos de 1298/2015 (e) ko autoak

Recurrente/Errekurtsogilea: Dª Catalina

Procurador / Prokuradorea: Dª NIKOLE CALVO GÓMEZ

Abogado / Abokatua: D. ROBERTO GUTIÉRREZ BALMASEDA

Recurrido / Errekurritua: KUTXABANK S.A.

Procurador / Prokuradorea: D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL

Abogado / Abokatua: Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRÍZAR

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Iñigo Madaria Azcoitia, presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, ha dictado el día uno de septiembre de dos mil dieciséis

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 266/16



El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 326/2016, procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 1298/15, ha sido promovido por **D^a Catalina**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a NIKOLE CALVO GÓMEZ, asistida del letrado D. ROBERTO GUTIÉRREZ BALMASEDA, frente a la sentencia dictada el 29 de marzo de 2016. Es parte apelada **KUTXABANK S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. JESÚS M^a DE LAS HERAS MIGUEL, asistido de la letrada D^a ITZIAR SANTAMARÍA IRÍZAR. Actúa como ponente el Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria-Gasteiz se dictó el 29 de marzo de 2016 sentencia en juicio ordinario 1298/15 cuyo fallo dispone:

" Desestimo la demanda formulada por Catalina contra Kutxabank.

Con imposición de costas a la parte actora. Se tendrá en cuenta la concesión de justicia gratuita "

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de D^a Catalina, alegando indebida valoración de la prueba e infracción legal en cuanto a la privación de su vivienda familiar, respecto a su condición de consumidora y en cuanto a las cláusula de pacto de liquidez, fianza prestada por su hermana, vencimiento anticipado, gastos e intereses de demora, solicitando se revocara estimando en su lugar íntegramente la demanda.

TERCERO .- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 4 de mayo, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de KUTXABANK S.A. escrito de oposición al recurso presentado de contrario, elevándose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 21 de junio se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

QUINTO.- En providencia de 5 de julio se acordó citar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 11.

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Sobre los términos del litigio

D^a Catalina es traductora, y durante algún tiempo ha tenido arrendados algunos inmuebles de su propiedad. Al margen de otros productos suscritos con KUTXABANK S.A., el 23 de enero de 2007 toma con tal entidad un préstamo de 40.000€ que garantizó, en primer lugar, con hipoteca constituida sobre su vivienda en la CALLE000 nº NUM000, NUM001, donde vivía, y un local destinado a usos comerciales de la calle Florida, en ambos casos de Vitoria-Gasteiz.

Además de esa garantía hipotecaria se pactó fianza que constituyó su hermana D^a Vicenta, para garantizar la obligación contraída por la prestataria, constituyéndose en fiadora solidaria con renuncia expresa de los beneficios de división, orden y excusión.

El préstamo concedido iba a servir para poner en marcha un negocio de hostelería, aunque nada se hiciera constar en el mismo. Como no se devuelve en su totalidad, se incoó procedimiento de ejecución hipotecaria en el se ejecutaron las fincas, no obstante lo cual ha presentado una demanda ordinaria en la que reclama la nulidad del contrato y todo lo actuado en el citado procedimiento.

Tras los trámites correspondientes, y con oposición de Kutxabank, por el Juzgado de 1^a Instancia se ha dictado sentencia en juicio ordinario que desestima las pretensiones de D^a Catalina. Ésta recurre por considerar infringidas normas legales relativas a la consideración de consumidor, a la protección de la vivienda, al contrato de préstamo y cláusulas abusivas, cuestionando también la valoración de la prueba. A dicho recurso se ha opuesto Kutxabank, que solicita su desestimación.

SEGUNDO .- Sobre la consideración de consumidor

Alterando el orden de los motivos del recurso, primero se analizará, por razones de coherencia sistemática, el segundo de los esgrimidos. En el mismo se cuestiona el análisis de la prueba que conduce a la conclusión jurídica de que la apelante no tiene la consideración de consumidora, y por tanto, no puede analizarse la



eventual abusividad de las cláusulas que contiene el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que impugna.

En este caso, en tanto el préstamo se suscribe el 23 de enero de 2007, la definición legal aplicable se contiene en el art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Tal norma decía: " *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, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden* ". La definición se precisaba, en sentido negativo, en el art. 1.3 LGDCU, al señalar que " *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* ".

La norma enfatizaba, entonces, en la condición de destinatario final, de manera incoherente con las directivas que pretendía incorporar a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, considera consumidor a " *toda persona física que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional* ". En el mismo sentido el art. 2 b) de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas que define como consumidor a " *toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional* ". También el art. 2.2. de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y el art. 1.2.a) de la Directiva 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo coinciden, como las anteriores, en considerar consumidor a la persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Esa diferencia entre la nota que caracterizaba el art. 1 LGDCU de 1984, ser destinatario final, y las exigencias del derecho de la Unión Europea que debían haber sido transpuestas, que partían de una actuación ajena a la actividad profesional, motivaron que nuestro Tribunal Supremo, cuando tuvo que decidir qué concepto aplicar, optara por el más conforme al acervo de la Unión Europea. En la STS 18 abril 2013, rec. 1979/2011, se explica que " *- esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13 / CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* ".

Todo ello ha conducido a que, en la actualidad, el art. 3 del RDL 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, haya establecido que " *- son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión* ". De forma coherente con las directivas europeas, la nota esencial que caracteriza al consumidor es actuar con un propósito diverso a su actividad comercial, empresarial o profesional habitual.

Este cambio se explica en el apartado III del preámbulo del mencionado RDL 1/2007, donde se dice: " *el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros* ".

Todo ello lo hemos dicho en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 septiembre 2015, rec. 266/2015, 9 diciembre 2015, rec. 618/2015, y AAP Álava, Secc. 1ª, 20 enero 2016, rec. 667/2015, como lo han hecho, también, las SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 octubre 2014, rec. 377/2014, SAP León, Secc. 1ª, 20 julio 2015, rec. 245/2015, SAP Albacete, Secc. 1ª, 20 junio 2014, rec. 53/2014, y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14 o ATJUE 19 noviembre 2015, C- 74/2015.

Tal doctrina sirve al caso de autos, en el que la sentencia niega la consideración de consumidora a la prestataria puesto que dedicó el préstamo a un negocio y había arrendado su local y esporádicamente incluso su vivienda. Habrá que partir del hecho incontestado, por incontrovertido, como dispone el art. 281.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), de que la prestataria era traductora, de modo que cualquier contrato en el que actúe con un propósito ajeno a esa condición interviene en calidad de consumidora.

La prueba permite concluir la finalidad del préstamo era financiar el arrendamiento de un bar. Así lo afirma Kutxabank, aparece en la oferta vinculante aportada como doc. nº 11 de la contestación a la demanda (folio 190) en el que aparece la expresión "proyecto taberna", y lo ratifica al declarar en juicio la avalista, Dª Vicenta, hermana de la apelante.



Encuadrada jurídicamente la cuestión y expresada su base fáctica, la cuestión es si quien se ha convenido se dedicaba profesionalmente a la traducción, puede ser considerada consumidora si toma un préstamo con un propósito ajeno, que sin duda es un negocio. Antes de continuar se apartaran las objeciones que hacen sentencia y apelada respecto a que se alquilaba también un local comercial o incluso su propia vivienda en alguna ocasión, porque estos datos no convierten a quien tiene como profesión la traducción en un empresario inmobiliario, que vive de las rentas. Se trata simplemente de una persona que, en un ámbito ajeno a su profesión, rentabiliza su propiedad mediante el arrendamiento, dato que no la convierte en empresaria del sector inmobiliaria, como no lo es quien compra un inmueble como inversión (SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 octubre 2014, rec. 377/2014), o para rehabilitarlo (SAP León, Secc. 1ª, 20 julio 2015, rec. 245/2015), para irse de vacaciones y arrendarlo en verano (SAP Álava, Secc. 1ª, 9 diciembre 2015, rec. 618/2015), o lo arrienda para obtener un complemento a su salario como funcionario público (SAP Albacete, Secc. 1ª, 20 junio 2014, rec. 53/2014).

Apartada la objeción se considera que la profusión de traductora no impide que como particular se realicen inversiones. Dice Kutxabank que se quería financiar el arrendamiento de un bar en el marco de un programa de asistencia financiera a trabajadores desempleados como revela la cláusula adicional de la escritura (reverso folio 52 y ss). Sin embargo no consta que Dª Catalina hubiera abordado las exigencias administrativas precisas para actuar como empresaria de hostelería, que se diera de alta en licencia fiscal, que tributase por ese concepto, que constituyera una sociedad o cualquier otro dato que permita vislumbrar que iba a cambiar de profesión y constituirse en el comerciante que define el art. 1 del Código de Comercio (CCom).

No parece, por ello, que nos encontramos ante una zona intermedia, en la que al tiempo se pueda considerar profesional y consumidor como la referida por la STJCE 20 enero 2005, C-464/01 , asunto Gruber. Por el contrario, se tomó el préstamo, era para una propósito ajeno para su actividad profesional de traductora, y no hay prueba respecto a que finalmente se iniciara un negocio que cambiara aquélla, convirtiéndola en profesional de la hostelería.

Esto supone que el préstamo que se discute fue tomado por Dª Catalina con la cualidad de consumidora, de modo que debe acogerse este motivo del recurso y resolver la controversia aplicando las disposiciones legales que les amparan.

TERCERO .- Sobre la legitimación para impugnar la fianza como cláusula abusiva

Apartando momentáneamente el tercer motivo del recurso, se pasará al cuarto, en el que el recurrente denuncia la cláusula que dispuso como garantía para la devolución del préstamo, además de la hipotecaria, la personal otorgada por un avalista, su hermana. Dicha cláusula 14ª (folio 52 de los autos) reza: " *Don (sic) Vicenta , garantiza la obligación contraída por los prestatarios en la presente escritura con las condiciones expresadas, constituyéndose en fiador obligado solidariamente con la parte deudora principal, al pago, con renuncia expresa de los beneficios de división, orden y excusión con arreglo a los arts. 439 y siguientes del Código de Comercio, relativos a los fianzamientos mercantiles y 1114 , 1822 y 1831 y concordantes del Código Civil , mientras no quede totalmente cancelada la obligación "*.

En este caso no sólo la deudora principal, sino quien se obligó personalmente como si lo fuera, es decir, la avalista, tiene la condición de consumidora. Cabe escindir el contrato accesorio del principal, como ha admitido el ATJUE 19 noviembre 2015, C- 74/15 , caso Tarcau, si el avalista nada tiene que ver con el contrato que garantiza, siendo persona ajena a la actividad profesional que garantiza, lo que ya hicimos en SAP Álava, Secc. 1ª, 10 septiembre 2015, rec. 266/2015 , en el caso de unos padres que hipotecaron su patrimonio para avalar la empresa de su hijo, y han admitido también las SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 6 abril 2016, rec. 128/2016 , o el AAP Álava, Secc. 1ª, 2 junio 2016, rec. 210/2016.

En este caso no consta que Dª Vicenta participe en las actividades de su hermana, sea socia o beneficiaria de las mismas. Se trata, por los datos que se desprende de autos, de un familiar que apoya a otro económicamente pero de forma desinteresada, sin obtener ningún beneficio del contrato que avala.

Sostiene la apelada que la deudora principal no puede solicitar la nulidad de esta cláusula por carecer de legitimación activa, al no ser parte del contrato. Al margen de que sea sorprendente que se pretenda que el prestatario no es parte del préstamo que toma, en el que se incorporó esta cláusula 14ª, hay dos impedimentos procesales para acoger la alegación. En primer lugar, no se ha impugnado la sentencia conforme al art. 461.1 LEC , de modo que no cabe procesalmente que la parte apelada discuta un pronunciamiento de la instancia que no cuestionó.

Además esta alegación de falta de legitimación de la actora para impugnar la cláusula 14ª es nueva, por lo que conforme al art. 456.1 LEC no tiene cabida en el litigio. En efecto, los términos del debate se fijan en la demanda, reconvencción y contestaciones, sin perjuicio de la introducción de hechos nuevos (STS 19 abril 2000, rec.



1626/1995, 10 junio 2000, rec. 167/1996, entre muchas otras), respondiendo al principio "*pendente appellatione nihil innovetur*" al que aluden las STS 21 marzo 2012, rec. 536/2009, 12 febrero 2014, rec. 1568/2011.

No cabe, por ello, introducir hechos nuevos en segunda instancia (STS 30 enero 2007, rec. 1416/2000). De este modo se evita la vulneración de los principios de contradicción y defensa, pues no se habría dado a la otra parte la posibilidad de alegar y probar lo que estimara conveniente a su derecho sobre las nuevas cuestiones (STS 19 de febrero de 2004, rec. 883/1998 y 18 de mayo de 2005, rec. 4544/1988). La cuestión tiene además relevancia constitucional, y sobre el recurso de apelación dice la STC 3/1996, de 15 enero (RTC 1996\3), que "*en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura... como una revisio prioris instantiae en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, pero sin que la cognición del tribunal superior pueda extenderse a extremos distintos de los que fueron objeto del litigio en la primera*".

En consecuencia el óbice que esgrime la parte apelada no puede ser acogido.

CUARTO .- Sobre la fianza como objeto principal del contrato

La apelada opone también que no cabe analizar la pretendida abusividad de la renuncia que dispone la cláusula 14ª del contrato por no tratarse de condición general de la contratación y afectar al objeto principal del contrato, de modo que no es de aplicación al respecto ni la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, ni su parcial incorporación por Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Los beneficios de orden, división y excusión se conceden a todo fiador en los arts. 1830 y ss del Código Civil (CCv). Se trata por lo tanto de facultades que ostenta cualquier fiador, pero que pueden ser objeto de renuncia. Al suscribirse el contrato era de aplicación el art. 10 bis LGDCU, cuyo apartado 2 consideraba abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de derecho y obligaciones, en particular la señalada en la DA 1ª. Esa remisión suponía considerar abusiva (apartado 14º) "*La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor*".

Dice la apelada que no cabe el control de la eventual abusividad de dicha renuncia por constituir la fianza objeto esencial del contrato que suscriben las partes. Pero nos encontramos ante un contrato de préstamo, al que se añaden dos garantías: una hipotecaria y otra personal, mediante la fianza. Si cualquiera de esas garantías, o sólo la fianza, desaparecieran, el contrato de préstamo seguiría subsistiendo conforme al art. 1753 CCv, porque se mantendría la obligación del prestatario de restituir el *tantundem eiusdem generis* a que se refiere el precepto. Con o sin garantía, y por lo tanto, incluso suprimiendo la fianza contenida en la cláusula 14ª del contrato de préstamo, el contrato subsiste, de modo que no es admisible que se pretenda que la cláusula señalada es parte de su objeto esencial.

Pero incluso si no se aceptara ese argumento, cabría en nuestro ordenamiento jurídico nacional el control de la cláusula citada. Como expresa el considerando duodécimo de la Directiva 93/13: "*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 las de la - Directiva*".

Más adelante el considerando decimonoveno precisa que: "*Considerando que, 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-*".

En virtud de tales consideraciones, el art. 4.2 de la Directiva 93/13 reza: "*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 Directiva, por ello, dispone un umbral mínimo de armonización de los diversos ordenamientos jurídicos de los estados miembros, dejando no obstante amplia discrecionalidad a los Estados miembros pues como insiste el considerando decimosegundo "*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*".



Esa protección más elevada del ordenamiento jurídico interno se reconoce en § 9 de la STJUE 3 junio 2010 , C-484/08 , caso Caja Madrid, que declaró nula la cláusula de redondeo, afirmando 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). En su § 28 precisa 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*". En el § 32 añade: "*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*".

También recoge en su § 35 que "*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*". Por esa razón en el apartado 1 el fallo recoge: "*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*".

La STJUE 30 abril 2014 , C-26/13 , caso Árpád Kásler, abunda en § 41 en tal opinión pues asegura que "*el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esa Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en dicha disposición, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. De esa disposición resulta que las cláusulas a las que se refiere no son objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo, pero, como ha precisado el Tribunal de Justicia, están comprendidas en el ámbito regulado por esa Directiva (véase en ese sentido la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, EU:C:2010:309, apartados 31, 35 y 40)*".

Y en el § 42 entiende que la exclusión debe ser objeto de una "*interpretación estricta*", por lo que "*las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan*" (§ 49). Luego el § 50 afirma que "*las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13*", correspondiendo según § 51 al juez nacional apreciar si la cláusula constituye un componente esencial.

En definitiva, el TJUE admite que las cláusulas del art. 4.2 de la Directiva pueden ser analizadas por los tribunales del Reino de España debido a la exclusión que nuestro legislador ha dispuesto al efecto, lo que además mantuvo nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007 , cuando declara nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003 , que citando las anteriores, expresa 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 2.010 -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/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 esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un 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 el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que indica: "En este contexto, la literalidad de 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 semejantes términos se expresa la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , que concluye al respecto en el párrafo 144 del FJ 7º: " *El hecho de que [las condiciones generales de contratación] 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 definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo* " .

Si la fianza fuera, por tanto, objeto principal del contrato, podría no obstante y por las razones expuestas, ser objeto de control, en tanto el legislador español ha decidido elevar el nivel de protección de la directiva y permite el control que niega la apelada.

QUINTO .- Sobre la fianza como condición general de la contratación

También objeta la apelada la imposibilidad de analizar la abusividad de la cláusula por entender que no es condición general de la contratación en el sentido que dispone el art. 1.1 LCGC que establece " *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos* " .

La jurisprudencia que recoge la citada STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , considera que de dicho precepto se desprenden algunas notas esenciales, como la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. En cambio, como dijimos en SAP Álava 9 julio 2013, rec. 283/13 , " *sería irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o consumidor; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones Generales de Contratación opera para ambos* " .

Todos los requisitos señalados se atienden en este caso, puesto que la fianza cuestionada forma parte del contrato de préstamo suscrito el 23 de enero de 2007 (doc. nº 3 de la demanda, folios 37 y ss de los autos), se ha reconocido venir predispuesta por la entidad concedente del préstamo, no se entiende que no haya sido impuesta porque el préstamo ya contaba con la garantía personal de la prestataria y la hipotecaria sobre dos fincas, de modo que la sobregarantía que supone la fianza sólo se explica por exigencia del prestamista, y además aparece en una generalidad de contratos pues la propia Kutxabank cita en sus escritos varias resoluciones judiciales que atañen a la cláusula controvertida, de modo que no sólo se usó en este préstamo, sino en muchos otros.

Nos encontramos, por tanto, ante una condición general de la contratación en los términos que recoge el art. 1.1 LCGC, aunque las partes discutan sobre su validez porque la apelante sostiene no se negoció y la prestamista que sí.

SEXTO .- Sobre la abusividad de la cláusula de fianza

Cabe entrar entonces a la cuestión esencial, que es si la cláusula por la que se incluye la fianza con renuncia a los derechos que al fiador reconoce el Código Civil se negoció. Sobre esta clase de previsiones generales nos hemos pronunciado en AAP Álava, Secc. 1ª, 2 junio 2016, rec. 210/2016 (pte. Sra. Guerrero). Como en aquel caso, debe señalarse ahora que se debate si una renuncia semejante se acomoda a las previsiones de la Directiva 93/13/CEE y las normas que la transponen al ordenamiento jurídico español, es decir, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, y las ya citadas de protección de consumidores y usuarios.

Recordemos al respecto el criterio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que afirma que " *el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas* " (STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores , C-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006 , caso Mostaza Claro, C-168/05, 30 abril 2014 , C-26/13, caso Árpád Kásler).

La renuncia a unos derechos reconocidos por el Código Civil debe tener alguna explicación, máxime cuando el prestamista ya contaba con otras garantías, como la personal y la hipotecaria, para la devolución del préstamo. Dice la apelada que esa cláusula, y por lo tanto la renuncia, fue negociada con la prestataria y su garante. Sin embargo ninguna prueba se ha practicado al respecto, pues no se reconoce por las afectadas.



No hay documentos u otros testimonios que corroboren semejante afirmación, huérfana de prueba. Tampoco constituye prueba que D^a Vicenta, la avalista, entregara declaración de bienes al prestamista, dato que permite constatar que conocía, como luego revela su firma en la escritura, que iba a constituirse en avalista, pero no que ella o la prestataria hubieran negociado los términos de la cláusula y las renunciaciones que acarrearía.

Opera, por tanto, la previsión que dispone el art. 82.2 del RDL 1/2007, que dispone " *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba* ". Si conforme a tal precepto debe acreditar su afirmación de que la cláusula se negoció, y no lo ha hecho, opera el art. 217.3 LEC, de modo que debe perjudicarse tal ausencia de prueba, lo que supone considerar que la cláusula no fue negociada.

Se aplica, en consecuencia, el art. 8.2 LCGC, cuando dispone " *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 artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* ". Esa es la ley aplicable cuando se firma la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y garantía añadida que ahora se discute.

La fianza otorgada era solidaria, conforme al art. 1822 CCv, lo que supone que el acreedor puede dirigirse indistintamente frente al prestamista o la avalista. Es decir, se coloca en una situación diversa que el simple avalista o fiador. El fiador que renuncia a todos los derechos que le concede el Código Civil se convierte en deudor solidario del principal, sin percibir, sin embargo, las contraprestaciones que han convertido al avalado en deudor.

Siendo la fiadora consumidora, entenderá que en tal posición se sitúa del modo que, en sentido vulgar y no jurídico, define la RAE, que considera afianzar " *dar fianza por alguien para seguridad o resguardo de intereses o caudales, o del cumplimiento de alguna obligación* ". El consumidor medio, razonablemente bien informado, entiende que como fiador habrá de responder si no lo hace el deudor principal. En definitiva, que un fiador que otorgue fianza solidaria a un prestatario cuya deuda está garantizada con hipoteca consideraría, con razón, que sólo en caso de incumplimiento del deudor principal, de insuficiencia de su patrimonio y de falta de valor suficiente de la garantía real, habría de responder.

Pero con la cláusula controvertida, que supone la renuncia de todos sus derechos, no acontece así. En la cláusula 14^a nos encontramos con un fiador solidario, que ha renunciado a los beneficios de excusión, división y orden, de modo que se constituye en auténtico deudor. El acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación principal, ni siquiera tiene que dirigirse al deudor, sino que puede afectar directamente el patrimonio de la fiadora. Tal y como está redactada la cláusula, la fiadora, que confiaba que del préstamo de 40.000€ respondiera su hermana, prestataria, o los dos inmuebles que se habían gravado con hipoteca, puede ver su patrimonio disminuido por el importe adeudado de modo directo.

La cláusula aquí analizada, por el carácter solidario de la fianza, y por la renuncia a todos los derechos que protegen al fiador, supone situar al fiador en una situación semejante al deudor principal, situación que es improbable haya querido realmente. Esos derechos, que desde el siglo XIX amparan a los fiadores, son renunciados sin explicación, porque desde luego la garantía general del art. 1911 CCv respecto de los deudores principales, y la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada.

No oscurece tal consideración, como señala la apelada, que el avalista que cumple por el deudor principal tenga acción contra éste. Desde luego que así lo disponen los arts. 1838 y 1839 CCv, lo que no impide ponderar si la cláusula controvertida, que no se ha probado se negociara, supone una renuncia a derechos del consumidor que carece de justificación.

Atendiendo entonces a los criterios reiteradamente señalados por el TJUE, recogidos entre otras por la STJUE de 14 marzo 2014, C-415/11, caso Aziz, para determinar la abusividad de la cláusula hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias de su celebración, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, mediante un análisis comparativo que ponga de manifiesto si se deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable, medios de los que dispone el consumidor para que cese el uso de cláusulas abusivas, y ponderar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

La cláusula 14^a contiene una fianza, es decir, una garantía accesoria que podría no existir sin afectar a la subsistencia del préstamo afianzado. Es una garantía añadida a la personal del deudor principal, y sobre todo, a la hipotecaria, pues hay dos fincas que responden del préstamo. No hay razón inteligible para la renuncia de todos los derechos del fiador, y a falta de prueba sobre la negociación o las razones que pudieran conducir



a la misma, cabe concluir que no era presumible para la fiadora que fuera consciente de que iba a tener que atender la totalidad de la deuda, ya que en algún importe, por mucho que haya bajo el valor del inmueble, habría de satisfacerse al prestamista.

La consumidora, con la renuncia a sus derechos, jurídicamente queda en una posición menos favorable que sin aquélla. De existir una auténtica negociación no habría existido en una situación de normalidad tal renuncia, salvo explicaciones o justificaciones que no se han facilitado. Puede entenderse la fianza sin tal renuncia por el vínculo familiar con la prestataria, su hermana. Pero no que sin recibir a cambio el préstamo, la fiadora esté dispuesta a devolver todo su importe. Nos encontramos ante una especie de fianza gratuita, con renuncia a todos los derechos, lo que evidencia que no se acata el justo equilibrio de prestaciones que exige la norma. Se trata, por ello, de una renuncia de las previstas en la DA 1^o.14 LGDCU, que se considera abusiva " *La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor*". Es decir, de una cláusula que merece la calificación de abusiva.

A mayor abundamiento, el préstamo discutido acumula y superpone diversas garantías para el pago de la deuda principal. El acreedor dispone de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CCv respecto a la totalidad del patrimonio del deudor principal. A esa garantía suma la real sobre los bienes hipotecados. Y además, la personal añadida de la avalista, lo que supone incurrir en la abusividad que describe la DA 1^a LCGDU en su apartado 18, pues se considera tal " *La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*", ya que no es de aplicación la excepción (" *se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*"), que solo afectaría a la garantía hipotecaria, no al aval.

Todo ello conduce a considerar abusiva la cláusula de fianza, lo que supone conforme al art 9.2 LCGC aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato, por lo que pudiendo subsistir el mismo sin la fianza, lo procedente es declarar la nulidad de la cláusula 14^a del mismo.

Entiende no obstante la apelada, con cita de la STJUE 14 junio 2012, C-618/10, caso Banesto, que lo procedente sería declarar la nulidad de la renuncia a los derechos de exclusión, orden y división, no de la fianza misma. Sin embargo el § 65 de la sentencia, que Kutxabank reproduce literalmente, lo que concluye es que " *el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*".

Ya se ha dicho que el contrato de préstamo puede subsistir sin la garantía personal añadida que supone la fianza. Lo procedente, por tanto, es la supresión de la cláusula abusiva, en este caso la 14^a del contrato. De hecho la mencionada sentencia obligó a la modificación del art. 83 LGDCU porque no se acomodaba al acervo de la Unión y la jurisprudencia del TJUE, lo que se verifica por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que impide a partir de entonces "integrar" las cláusulas que merezcan la consideración de abusivas.

No deja lugar a dudas el § 71 de la STJUE 14 Junio 2012, C-618/10, caso Banesto, que esgrime la apelada, que literalmente dice: " *-el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor*".

Poco después el § 57 de la STJUE 30-5-13, C-488/11, caso Asbeek Bruse, insiste en que " *los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*", porque como explica en § 58, " *si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (sentencia 14 junio 2012, C- 618/10, Banco Español de Crédito, apartados 66 a 69)*".

La STJUE 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja, en § 28 mantiene que " *- en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y a un profesional de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno,*



ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 57) ".

En el mismo sentido los AAP Álava, Secc. 1ª, de 3 marzo 2014, rec. 27/2014, 11 de septiembre 2014, rec. 232/14, 22 de septiembre 2014, rec. 275/2014, 24 septiembre 2014, rec. 268/2014, 9 diciembre 2014, rec. 385/2014, 19 diciembre 2014, rec. 400/2014, 13 noviembre 2015, rec. 556/2015, 4 diciembre 2015, rec. 604/2015, entre otros. Así lo sostienen, igualmente, el AAP Castellón, Secc. 3ª, 18 diciembre 2013, rec. 455/2013, SAP Girona, Secc. 1ª, 3 marzo 2014, rec. 1/2014 , la SAP Palma de Mallorca, Secc. 3ª, de 25 julio 2014, rec. 108/2014, AAP Cantabria, Secc. 2ª, 21 octubre 2015, rec. 119/2015, o el AAP Pontevedra, Pleno, 30 octubre 2015, rec. 504/2015, entre otros muchos.

En definitiva, lo procedente es declarar la abusividad de la cláusula 14ª del contrato, lo que supone su nulidad y apartamiento del contrato en su integridad.

SÉPTIMO.- Sobre el pacto de liquidez

En el motivo del tercero la recurrente reclama se revise la desestimación por la sentencia de instancia de su denuncia de abusividad del pacto de liquidez. Éste se contiene en la cláusula 9ª, que dispone que para ejercitar la acción hipotecaria, la cantidad líquida se determina por la prestamista en atención a sus libros, conforme a certificación que extiende la entidad de acuerdo con los artículos 572 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Argumenta la apelante que la cláusula deja a merced de una de las partes la interpretación del contrato contrariando el art. 1256 CCv. El precepto dispone que " *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes* ", por lo que la cláusula no lo conculca, ya que ni la validez ni el cumplimiento se supeditan en la misma a la voluntad de la prestamista.

Añade la apelante que la cláusula es oscura o falta de claridad, considerando que la remisión a los arts. 572 y ss LEC beneficia a la entidad bancaria. Sin embargo la remisión lo es a una norma legal, y cabe la posibilidad de oponerse al cálculo en el modo que hace la ejecutante. No hay oscuridad en lo pactado, y si hay discrepancia, puede esgrimirse en la oposición a la ejecución para poner de manifiesto el defecto que pueda existir.

Los reproches que hace la apelante no serán por ello acogidos.

OCTAVO .- Sobre el interés de demora

También denuncia en el motivo quinto la abusividad del interés de demora convenido en la cláusula 6ª, que asciende al 17,50 % anual. La apelada niega que sea posible analizar la cuestión por considerar que este índice constituye objeto principal del contrato. Han de reproducirse, por ello, las razones expuestas en el fundamento jurídico quinto, y resaltar que el interés de demora no puede ser objeto del contrato de préstamo por ser éste naturalmente gratuito según el art. 1755 CCv. Si el contrato de préstamo se reconoce sin interés remuneratorio, es posible igualmente sin el interés de demora, que no constituye por ello ni objeto esencial (que es la restitución de lo recibido), ni precio (que será el tipo de interés remuneratorio si se conviene).

Señalado lo anterior debemos mantener la reiterada doctrina que ésta y otras Audiencias mantienen al respecto. Dijimos en AAP Álava, Secc. 1ª, 19 diciembre 2014, rec. 400/2014, que " *El fundamento de la declaración apelada es que se trata de un interés desproporcionado para las circunstancias del caso, conforme al art. 82.1 RDL 1/2007 que considera "-abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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"*.

La recurrente defiende la validez de la previsión de un interés de demora, citando la jurisprudencia al respecto, que no está en discusión. La introducción de un interés de esa clase es admisible, tiene por finalidad indemnizar los perjuicios que padezca el acreedor, incentivar el abono y servir de pena al deudor que incumple, a diferencia de la finalidad remuneratoria del interés pactado para retribuir el préstamo.

Pero la declaración del auto recurrido no se basa en que no quepa interés de demora, sino en su consideración de desproporcionado para las circunstancias del caso, sin que conste haya sido objeto de negociación de buena fe. Revisando lo resuelto por el auto, se constata que el interés señalado se añade una importante garantía, la hipotecaria, que no justifica una elevación por encima de lo habitual en otras disposiciones normativas. Éstas, además, evidencian que el interés legal en 2011 era del 4 %, de modo que el de demora casi lo cuadruplica. Ese año, para situaciones de mora, el art. 1108 del Código Civil (CCv) establece como importe en defecto de pacto el interés legal, es decir, el 8 %. En el caso de empresarios, cuya protección al efecto es inferior que los consumidores, el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés que en el primer semestre de 2011 es del 8 %



(BOE 31/12/2010). Y a efectos tributarios la mora que señala el art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), era en esa fecha del 5 %.

Tal comparativa pone de manifiesto lo acertado de la argumentación judicial apelada y desmiente la pretendida vulneración del art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, puesto que se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes. El interés pactado supera notablemente cualquiera de las referencias señaladas. Si atendemos al interés legal, casi lo cuadruplica. En cuanto a los moratorios, también los supera sobremanera. Dispone el art. 85.6 del RDL 1/2007, que el interés moratorio ha de calificarse de abusivo, y en consecuencia nulo, en la medida en que suponga "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", indemnización que es la razón de ser de los intereses de demora. El esfuerzo que ha de hacer el profesional para recobrar lo debido no justifica ese importe, pues puede verse resarcido con otro interés más proporcionado, como ponen de manifiesto los datos citados. No es razonable suponer que los ejecutados hubieran aceptado el importe del interés atendido el marco normativo antes expresado, de haber existido una negociación en términos de igualdad. En definitiva, el interés demora a 18 % en 2011 merece la consideración de abusiva que le atribuye el auto recurrido".

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en los AAP Álava, Secc. 1ª, 27 mayo 2015, rec. 121/2015, 13 noviembre 2015, rec. 556/2015, 21 mayo 2016, rec. 218/2016, o 2 junio 2016, rec. 210/2016, entre otros. También lo ha dispuesto la STS 11 septiembre 2014, rec. 1438/13 en un supuesto en que alcanzaba el 29 %.

Si aplicamos esa doctrina a los préstamos del año 2007, resulta que el interés legal en era del 5 %, lo que supone que el previsto en el préstamo lo triplique. La mora del art. 1108 CCv era del 6,25 %, de modo que el pactado casi lo triplica. El interés de la Ley 3/2004 era del 11,07 % (BOE 30 junio 2007), y la mora tributaria del 5 %. Es decir, el pactado es un interés desproporcionado para las circunstancias del momento. Y además tal interés de demora pretende incentivar el cumplimiento de las obligaciones del prestatario que, de forma reforzada, está asegurada con dos garantías concurrentes, real sobre las fincas hipotecadas y personal de la avalista.

Todas estas razones justifican considerar estos intereses de demora como abusivos. Las consecuencias de tal abusividad son la desaparición íntegra de la cláusula, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE que se ha citado en el Fundamento Jurídico 6º.

No obstante la jurisprudencia en ocasiones ha reducido el importe del interés de demora en el modo que señalan la STS 8 septiembre 2015, rec. 1687/13, que limita hasta dos puntos más que el interés legal el de demora para préstamos sin garantía hipotecaria, con doctrina que luego amplía a préstamos hipotecarios la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 y la STS 18 febrero 2016, rec. 2211/14.

Pero posteriormente a tales resoluciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado resoluciones que impiden que el tribunal nacional "integre" la cláusula abusiva para que deje de serlo, reiterando su jurisprudencia anterior ya citada. Así el ATJUE 17-3-16, C-613/15, asunto Ibercaja Banco, que resolviendo una cuestión de un juzgado de Alcobendas sobre nuestra ley concluye que puede haber abusividad en el importe del interés de demora pese a las previsiones del art. 114 Ley Hipotecaria (LH) y 693 LEC, que limita el importe al triple del interés legal, puesto ambas normas pueden aplicarse a préstamos que no afecten a consumidores, que también se verían amparados por sus disposiciones.

Además su jurisprudencia, ya expuesta, se ratifica por ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13, asunto BBVA, que en § 34 afirma: "En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C 482/13, C 484/13, C 485/13 et C 487/13, EU:C:2015:21, apartado 29)".

Consecuencia de tal jurisprudencia, que garantiza el principio de no vinculación que garantiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13, es que la cláusula de interés de demora no puede mantenerse reduciendo su importe, sino que debe ser extrañada en su totalidad, por abusiva y nula, del contrato de autos.

NOVENO .- Sobre el vencimiento anticipado

En el sexto motivo del recurso se cuestiona la cláusula de vencimiento anticipado que figura como sexta bis del préstamo (folios 47 y ss de los autos). Dice la cláusula: "La parte acreedora podrá exigir el pago de la totalidad de la deuda, considerándola vencida en cualquiera de los siguientes casos: a) Transcurrir treinta días desde el vencimiento de cualquiera de los meses anteriormente señalados, sin efectuarse el correspondiente abono de interés y amortización de capital. B) Incendio de las fincas hipotecadas o cualquier otro acontecimiento que pueda influir notoria y poderosamente en el valor de las mismas. C) Falta de pago por la parte deudora hipotecante de la prima del seguro o de las contribuciones e impuestos que graven en la actualidad o en lo



sucesivo las fincas hipotecadas, o de las cuotas de propiedad horizontal, en su caso; así como el impago de los gastos e impuestos originados por la presente escritura o de las previas que fueren imprescindibles par al inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso la Caja prestamista podrá optar por satisfacerlos por cuenta de la parte deudora hipotecante con cargo a este préstamo. D) Si esta escritura no llegara a inscribirse en el Registro de la Propiedad en un plazo de seis meses, por cualquier causa no imputable a la Caja. E) La existencia de alguna carga o gravamen de cualquier carácter que tuviera rango registral prioritario a la hipoteca a constituir a favor de la Caja acreedora y que no sea recogida en esta misma escritura. F) la presentación ante el órgano judicial correspondiente de solicitud de suspensión de pagos o, en su caso, de concurso de acreedora, y asimismo la solicitud de quiebra. G) La infracción por la parte deudora de cualquiera de las obligaciones consignadas en esta escritura".

La apelante, como en la instancia, califica de abusiva esta cláusula. La apelada mantiene que no cabe analizarla, puesto que ninguna de las previsiones de la misma se aplicó en el procedimiento de ejecución hipotecaria que antecedió al actual. Esta objeción no puede acogerse, pues es palmaria la jurisprudencia que recoge, entre otras, el ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13 , asunto BBVA, que considera que el control de abusividad de una cláusula se hace en abstracto, es decir, al margen de que se haya aplicado en el asunto concreto en que se analiza, pues dice en § 47: " *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 mencionada cláusula* ".

En cualquier caso, no se dispone en autos de copia íntegra del citado procedimiento de ejecución hipotecaria. De lo que se dispone es de la escritura de préstamo que contiene tal previsión, que el apelante considera contradice el art. 85.4 del RDL 1/2007 y art. 3 Directiva 93/13 , el primero de los cuales entiende abusivas " *Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable* ".

Cierto es que en general la jurisprudencia no ha negado la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, como recuerda Kutxabank con cita de las sentencias que así lo destacan, a las que se pueden agregar las STS 2 enero 2006, rec. 1641/1999 , 4 junio 2008, rec. 731/2001 , 12 diciembre 2008, rec. 2027/2003 , 16 diciembre 2009, rec. 2114/2005 , o 17 febrero 2011, rec. 1503/2007 . A esa misma jurisprudencia se refiere la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , pese a lo cual expresa en su FJ 5º e) 4, donde se explica que " *- aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorias, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*".

El cambio hermenéutico es claro, pues sin negar la falta de validez general de la previsión del vencimiento anticipado, la jurisprudencia a partir de esta última sentencia entiende que es posible que, según la forma en que se redacte, pueda merecer el calificativo de abusiva. En este caso la cláusula sexta bis del préstamo supone que cualquier incumplimiento del deudor, por nimio que fuera, incluso si no fuera de su responsabilidad como en el caso de un incendio del que no fuera responsable, permite la resolución de la totalidad del aplazamiento acordado por las partes conforme al art. 1129 CCv.

Ese pacto no resiste comparación con las previsiones legislativas vigentes al tiempo de adoptarse. El art. 693.2 LEC , antes de su reforma por Ley 1/2013, disponía que podía reclamarse la totalidad si se hubiese convenido el vencimiento total " *en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes* ", de modo que era preciso al menos el impago de un plazo, no sólo de parte del mismo como dispone la cláusula en su apartado 1 cuando facilita tal vencimiento sin " *- el correspondiente abono de interés y amortización de capital*". La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM), dispuso en su art. 10.1 que el vencimiento anticipado es posible se demora el pago de al menos dos plazos, o el último de ellos. Las leyes, por tanto, exigían un incumplimiento serio y grave, y en cualquier caso, superior al impago de una parte, capital o interés, de una mensualidad.

Precisamente sobre esta cláusula de vencimiento anticipado la STJUE 14 marzo 2013, C-415/11 , caso Aziz, decía en su § 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".

Siguiendo tales indicaciones del TJUE se aprecia, para comenzar, que la cláusula no exige que el incumplimiento sea grave o esencial, pues cualquier incumplimiento de lo pactado en la escritura (apartado g), por nimio que sea, permite que opere. No es tampoco una previsión general, como se ha dicho, pues lo establecido por los antes citados arts. 693.1 LEC y 10.1 LVPBM, no opera ante cualquier incumplimiento, sino sólo en los de entidad. Es, por ello, una previsión contractual que merece la consideración de excepcional. Y tampoco existe un remedio convencional que facilite al deudor apartar su eficacia, pues no hay previsión contractual que facilite la enervación caso de abonar estrictamente lo que se adeuda, y no la totalidad de lo aplazado.

En lo que afecta al incendio y otras situaciones que suponen una disminución del valor de la garantía, lo que parece proporcionado es que el acreedor pueda exigir sea sustituida por otro semejante, pero no que acontecimientos ajenos al deudor puedan suponer que se vea privado del aplazamiento convenido.

Lógica conclusión es que, dada la redacción de la cláusula sexta bis relativa al vencimiento anticipado, cualquier incumplimiento, incluso falto de gravedad, autoriza a exigir la totalidad del precio aplazado. Nos encontramos por ello con una cláusula que merece el calificativo de abusiva conforme al art. 85 del RDL 1/2007 y art. 3 Directiva 93/13 .

Así lo hemos entendido en AAP Álava, Secc. 1ª, 30 septiembre 2015, rec. 411/2015, AAP Álava, 22 diciembre 2015, rec. 373/2015, 20 enero 2016, rec. 667/2015, y mantienen otro tanto la SAP Córdoba, Secc. 1ª, 28 noviembre 2014, rec. 964/2014 , y los AAP Bizkaia, Secc. 5ª, 30 junio 2015, rec. 93/2015, AAP Valencia, Secc. 9ª, 14 julio 2015, rec. 343/2015, AAP Barcelona, Secc. 4ª, 22 septiembre 2015, rec. 515/2015, AAP Zamora, Secc. 1ª, 29 septiembre 2015, rec. 153/2015, AAP Cantabria, Secc. 2ª, 21 octubre 2015, rec. 119/2015, AAP Pontevedra, Secc. 1ª, 10 diciembre 2015, rec. 526/2015, AAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 8 abril 2016, rec. 2003/2016, aplicando las previsiones de los ATJUE de 11 junio 2015, C-602/13 y 8 julio 2015, C-90/2014.

Todo ello supone, por lo tanto, la estimación del motivo, acogiendo la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado sexta bis.

DÉCIMO . - Sobre la cláusula de gastos

Finalmente el apelante vuelve a reclamar en esta instancia en el motivo séptimo del recurso la nulidad de la cláusula de gastos, que contiene la cláusula 5ª, que dice : *"Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos ocasionados por la tasación de las fincas hipotecadas, su conservación y el seguro de daños; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por este préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación, y todos los derivados del incumplimiento por las partes prestataria de su obligación de pago. Son igualmente de cuenta de la parte prestataria los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de esta clase de contratos, aun cuando por Ley se impusieren directamente a la Entidad prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir de la parte prestataria el reintegro de lo que hubiera satisfecho".*

Entiende la apelante que es cláusula abusiva y no negociada. La apelada, por el contrario, la estima lícita, razonable y no abusiva, sin que discuta que no sea haya negociado como sostiene el apelante. En cualquier caso, no hay prueba de que hubiera tal negociación tampoco sobre esta cláusula, por lo que cabe reiterar lo expresado en anteriores ordinales.

A una cláusula semejante se refiere el FJ 5º e) 7, de la ya citada STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , que dice al respecto: *" En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto ".* Tras citar el art. 89.3 TRLGCU señala que el precepto atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, a *" la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de*



precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º) ".

Luego añade que *"en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)".*

Respecto a los tributos dicho fundamento en su apartado 3 dice que *"- nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan".*

Añade el Tribunal Supremo que de tal manera la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante, lo que lleva a concluir que se contraviene normas que en parte son imperativas, infringiendo el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

La extensa cita justifica la decisión de estimar el motivo, porque precisamente la controvertida cláusula 5ª dispone atribuir a la prestataria obligaciones que no siempre le corresponden, en términos semejantes a los ya resueltos en el caso señalado por el Tribunal Supremo. Su doctrina es de plena aplicación a esta cláusula, puesto que atribuye idénticas obligaciones a la apelante que las que se analizaron en la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , considerándose abusivas, calificación que también merece la ahora analizada.

En definitiva, aplicando dicha doctrina legal, lo procedente es acoger el recurso y declarar la nulidad por abusiva de la cláusula quinta relativa a gastos.

UNDÉCIMO .- Sobre la nulidad del préstamo

Volviendo entonces al primer punto del recurso de apelación, el recurrente discrepa de la sentencia, que no declara la nulidad absoluta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 23 de enero de 2007. La sentencia, en efecto, desestima esta alegación. Ahora se reitera que se ha visto comprometida la vivienda familiar, mencionando el art. 47 de la Constitución , el art. 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por España, informes de organismos internacionales sobre las ejecuciones hipotecarias en España y conclusiones del Consejo General del Poder Judicial al respecto.

También subraya la apelante la importancia que en el ámbito de la Unión Europea concede al derecho a la vivienda la STJUE 10 septiembre 2014, C-34/13 , asunto Kusionova, que resaltó la obligación de los tribunales, en particular en procedimientos de ejecución hipotecaria, de garantizar los derechos de su titular y su familia si se arriesga la pérdida de la vivienda que constituye su hogar.



Esas referencias indudablemente son de aplicación en nuestro derecho, pero no conducen indefectiblemente a la nulidad pretendida. Ésta debe basarse en la infracción de normas imperativas de derecho interno conforme al art. 7.1 Código Civil (CCv), en las previsiones legales que acarrearán la nulidad de los contratos (arts. 1268 y ss CCv), en situaciones que derivadas del error o dolo conduce a otorgar consentimiento contractual padeciendo tales vicios, o en cualquiera de las demás razones que permite el ordenamiento interno, incluso cuando incorpora previsiones normativas de la Unión Europea.

En este caso ninguna de tales vías se ha esgrimido para reclamar la nulidad. La defensa de la vivienda familiar, que sin duda está garantizada por nuestro ordenamiento jurídico, no se ha visto conculcada puesto que el ejecutante de la hipoteca acudió al procedimiento previsto con tal fin. La ejecutada, ahora apelante, pudo oponerse al mismo, de modo que no se le privó de ningún derecho de forma arbitraria.

Las razones que se presentan respecto a que nuestro ordenamiento no permite la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria si luego se interpone procedimiento ordinario no pueden ser tampoco acogidas, puesto que la ejecutada no planteó tal procedimiento, y por lo tanto no consta si el juzgado que conoció del ulterior procedimiento declarativo reclamó o no, conforme a la STJUE 14 marzo 2013, C-415/11, caso Aziz, la suspensión de tal procedimiento de ejecución y la eventual respuesta del juzgado que tramitaba la ejecución.

Tampoco puede haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que dimana del art. 24 CE si la parte que esgrime tal vulneración no denunció procesalmente, en los momentos en que era posible, la pretendida afectación de ese o cualquier otro derecho fundamental.

Las consecuencias que derivan de la declaración de nulidad de las cláusulas que antes se citaron al acoger varios motivos del recurso no afectarán, sin embargo, al procedimiento de ejecución hipotecaria ya finalizado, pues hay terceros implicados que no han sido traídos al procedimiento, y no se presentó testimonio íntegro del mismo que permita constatar qué cláusulas de las declaradas nulas fueron aplicadas durante el mismo o al despacharse ejecución.

Ante tales omisiones, el motivo tendrá que verse desestimado, lo que supone, al acogerse los demás, que el apartado primero de la solicitud la demanda se estimará parcialmente, de modo que sin considerar procedente la reclamada nulidad de la totalidad del contrato de préstamo suscrito el 23 de enero de 2007, se declarará la nulidad por abusivas de las cláusulas antes señaladas. No es procedente tampoco acoger la segunda y cuarta petición de la demanda, pero sí la tercera respecto de los intereses de demora indebidamente reclamados en el procedimiento de ejecución hipotecaria, que habrán de ser reintegrados a la apelante.

La estimación parcial de la demanda en este recurso supone, a la vista de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, que no se hará condena en costas.

DECIMOSEGUNDO .- Costas

Conforme al art. 398.2 LEC no se hará condena al pago de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- ESTIMAR en parte el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a NIKOLE CALVO GÓMEZ, en nombre y representación de D^a Catalina, frente a la sentencia de 29 de marzo de 2016 dictada en los autos de procedimiento ordinario n^o 1298/2015 por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 5 de Vitoria-Gasteiz.

2.- REVOCAR la mencionada sentencia, y en su lugar estimar en parte la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a NIKOLE CALVO GÓMEZ, en nombre y representación de D^a Catalina, frente a KUTXABANK S.A., y en consecuencia:

2.1.- Declarar la nulidad de la cláusula 14^a del contrato de 23 de enero de 2007 suscrito entre ambas partes, que dispone la fianza de D^a Vicenta.

2.2.- Declarar la nulidad de la cláusula 6^a del citado contrato, que dispone interés de demora, condenando a KUTXABANK S.A. a que reintegre a D^a Catalina el importe que por este concepto hubiera podido percibir.

2.3.- Declarar la nulidad de la cláusula 6^a bis de la mencionada escritura, relativa al vencimiento anticipado.

2.4.- Declarar la nulidad de la cláusula 5^a del contrato, sobre gastos.

2.5.- Desestimar lo demás que se solicitaba.

2.6.- No hacer condena en costas.



3.- NO HACER CONDENA al pago de las costas del recurso de apelación

MODO DE IMPUGNACION : Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo (art. 479 LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros por cada uno de ellos, sin cuyo requisito no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0008.0000 seguido de la clave 06 (casación) y nº del procedimiento, y / o 0008.0000 seguido de la clave 04 (ext. por infracción procesal) y nº de procedimiento, consignaciones que deberán ser acreditadas al interponer el/los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el ponente en el mismo día de su fecha, lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.