



Roj: **SJM SS 1183/2016** - ECLI: **ES:JMSS:2016:1183**

Id Cendoj: **20069470012016100097**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2016**

Nº de Recurso: **716/2015**

Nº de Resolución: **73/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **ITZIAR OTEGUI JAUREGUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012

TEL.: 943 00 07 29

FAX: 943 00 43 86

NIG PV/ IZO EAE: **20.05.2-15/010040**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20069.47.1-2015/0010040**

Procedimiento / Prozedura : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 716/2015 - B**

Materia: **CONTRATOS BANCARIOS**

Demandante / Demandatzailea : **María del Pilar**

Abogado/a / Abokatua : **MAITE ORTIZ PEREZ**

Procurador/a / Prokuradorea : **AINHOA KINTANA MARTINEZ**

Demandado/a / Demandatua : **KUTXABANK S.A.**

Abogado/a / Abokatua :

Procurador/a / Prokuradorea : **SANTIAGO TAMES ALONSO**

SENTENCIA Nº 73/16

JUEZ QUE LA DICTA : Dª ITZIAR OTEGUI JÁUREGUI

Lugar : DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN

Fecha : dos de marzo de dos mil dieciséis

PARTE DEMANDANTE : María del Pilar

Abogado : MAITE ORTIZ PÉREZ

Procurador : AINHOA KINTANA MARTÍNEZ

PARTE DEMANDADA KUTXABANK S.A.

Abogado : IGOR ORTEGA OCHOA

Procurador : SANTIAGO TAMÉS ALONSO

OBJETO DEL JUICIO : CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN



Dña. **ITZIAR OTEGUI JÁUREGUI**, Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario registrados con el número 716/2015, promovidos por Dña. María del Pilar representada por la procuradora de los tribunales Dña. Ainhoa Kintana Martínez y asistida por los letrados Dña. Maite Ortiz Pérez y D. José María Erausquin Vázquez contra CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUPÚZCOA Y SAN SEBASTIÁN (en la actualidad KUTXABANK, S.A.), representada por el procurador de los tribunales D. Santiago Tamés Alonso y asistida por el letrado D. Igor Ortega Ochoa, sobre condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de septiembre de 2015 la procuradora de los tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra la demandada. Alegó, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia:

"por la que se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto: **1.-** La **cláusula tercera Bis**, rotulada como "TIPO DE INTERÉS VARIABLE". Con ello, y declarado nulo el tipo de interés referido al IRPH Cajas, sea de aplicación el índice sustitutivo que establece el propio contrato de préstamo. Entendiendo que es del interés de esta parte la subsistencia del contrato de préstamo suscrito, sea tenido en cuenta el referido sustitutivo establecido en el propio contrato (EURIBOR MÁS UNO) desde el inicio del período a interés variable tal y como se indica en el último párrafo transcrito de la cláusula tercera bis, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (que en ejecución de sentencia serán determinadas) por razón de intereses ordinarios, en aplicación del interés de referencia (IRPH Cajas) declarado abusivo, por lo tanto nulo, y sin que haya podido desplegar eficacia jurídica alguna en el señalado contrato de préstamo. En el presente caso, se debe tener en cuenta como fecha de referencia el 5 DE MAYO DE 2009, que es la fecha en que empezó a aplicarse el interés al tipo variable IRPH Cajas. **2.-** La **cláusula Cuarta**, rotulada como "COMISIONES" en el apartado correspondiente a la "COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS". **3.-** La **cláusula Sexta**, rotulada como "INTERESES DE DEMORA". **4.-** La **cláusula Décima**, rotulada como "CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA Y OTRAS GARANTÍAS", el apartado correspondiente a la fianza.

Y por ello como consecuencia inherente a la declaración de nulidad: 1.- Las partes se reintegren, con los correspondientes intereses, cuanto por aplicación de las citadas cláusulas hubieran recíprocamente intercambiado. 2.- El préstamo continúe su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas del contrato".

Los hechos alegados en la demanda son, sucintamente, los siguientes:

El 27 de abril de 2006 la actora firmó como fiadora un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 349.000 euros y 40 años de plazo de amortización con Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (hoy Kutxabank, S.A.).

Pone de manifiesto su disconformidad con una serie de condiciones del contrato: 1) la cláusula de interés variable referenciado al IRPH Cajas una vez finaliza el período a tipo fijo inicial por falta de transparencia y su carácter influenciado, 2) la cláusula de comisión de 15 euros por reclamación de posiciones deudoras que considera contraviene la normativa bancaria, pues no da respuesta a un servicio solicitado por el prestatario, se trata de un beneficio adicional para la entidad en caso de descubierto que no cubre el coste real del servicio y resulta desproporcionado, 3) la cláusula por la que el interés de demora se fija en un 17,250% y su capitalización, al considerar que resulta una indemnización desproporcionada y 4) la cláusula por la que la actora se constituye en fiadora con renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y de extensión.

Considera que son condiciones generales de la contratación que le fueron impuestas y generan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe y perjudicial para su posición como consumidora.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 1 de octubre de 2015 se dio traslado de ella a la parte demandada para que compareciese y contestase a la misma, lo que hizo en el sentido de oponerse.

En su contestación, de 3 de noviembre de 2015, expuso en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso y terminó suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia por la que:

"se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora, condenándole al pago de las costas causadas".

Su contenido se sintetiza a continuación:



Kutxabank informa que el contrato de préstamo hipotecario concedido a D. Gabino y Dña. Nuria fue afianzado por los padres de cada uno de ellos, siendo la actora madre del Sr. Gabino . Sostiene que las condiciones financieras que afectan al objeto principal de la operación fueron negociadas y entregó a los clientes la oferta vinculante de la operación antes de la firma en la notaría.

En relación al índice IRPH Cajas, defiende que se trata de una condición negociada y que no puede ser analizada su abusividad por afectar al objeto principal del contrato y venir regulado por normas imperativas. Alega que el discutido índice estaba entre los siete índices oficiales regulados en el apartado tercero de la Norma sexta bis Circular 8/1990, del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela vigente cuando se firmó el préstamo. Pone de manifiesto que la forma de cálculo del IRPH Entidades es transparente, lo realiza el Banco de España conforme a las fórmulas y cálculos aprobados por una Circular del Banco de España sin que Kutxabank intervenga ni resulte manipulable. Recalca que el índice IRPH Conjunto de Entidades continúa vigente y que la desaparición del IRPH Cajas obedece a la práctica desaparición de las Cajas de Ahorros. Finalmente, informa de que el índice fue modificado por el sustitutivo el 8 de julio de 2014.

En cuanto al afianzamiento, sostiene que la cláusula fue negociada y se exigió a la vista de las circunstancias del caso. Defiende que afecta al objeto esencial del contrato y ello impide controlar su abusividad. En todo caso, sostiene que se trata de una cláusula redactada de forma clara y sencilla, acomodada a los requisitos de la buena fe y justo equilibrio entre las partes, ajustada a las normas del Código Civil, de uso habitual en todos los ámbitos de la contratación y admitida por la jurisprudencia. Destaca que era conocida por la actora, pues su marido, también fiador, era empleado de Kutxabank.

Reconoce el carácter de condición general de la contratación de las cláusulas de comisión y de intereses moratorios, pero se opone a que sean consideradas abusivas y contrarias a la buena fe y sostiene su validez.

Defiende la validez de los intereses de demora, en atención a su finalidad y equilibrio así como su legalidad al haberlos adecuado a la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Por último alega la licitud de la comisión por reclamación de deuda al acomodarse a la normativa bancaria, responder a un servicio y no generar un desequilibrio contractual.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio el día 16 de noviembre de 2015 comparecieron todas a la misma. No se alcanzó acuerdo entre ellas y la audiencia prosiguió para el resto de sus finalidades. La parte actora modificó su petición en relación a la declaración de nulidad de la fianza, reduciéndola a la parte referida a la renuncia de los beneficios y la parte demandada se ratificó en su escrito. No se impugnó ninguno de los documentos y una vez fijados los hechos controvertidos, se resolvió sobre la prueba propuesta en los términos que obran en autos. Finalmente, se señaló día para el juicio.

CUARTO.- El día 22 de febrero se celebró el juicio en el que se practicó como única prueba la testifical de D. Luis Andrés .

QUINTO.- La tramitación de los autos ha seguido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del pleito.

El presente juicio ordinario versa sobre la demanda interpuesta por Dña. María del Pilar contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxabank, S.A.) en el ejercicio de una acción de nulidad de las cláusulas relativas al índice de referencia IRPH Cajas (tercera bis) a la comisión por posiciones deudoras (cuarta), intereses de demora (sexta) y constitución de fianza), en relación a la renuncia a los beneficios del fiador (décima) incluidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito como fiadora el 27 de abril de 2006.

La demanda invoca la aplicación de la *Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC) y con base en su artículo 8 interesa la nulidad de determinadas cláusulas del contrato. Según dicho precepto:

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

"2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el 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".



Concretamente, interesa la nulidad, con base en el apartado segundo, de las cláusulas de afianzamiento y de comisión por reclamación de posiciones deudoras y con base en ambos apartados, en el caso de los intereses de demora y de interés variable. En relación al segundo motivo, la demanda considera aplicable el *Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)* para determinar la abusividad de las cláusulas, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que al tiempo de la firma del contrato regía la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* de 1984 (LGDCU) hoy refundida en aquel. Además, cita diversa jurisprudencia interna y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la que se interpreta la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* que las citadas normas nacionales transponen y que, en efecto, resulta también determinante para concluir sobre la validez o nulidad de las cláusulas.

A la vista de la oposición de Kutxabank el objeto del pleito se limita a resolver sobre la validez de las diferentes cláusulas impugnadas, previa decisión en el caso de la cláusula tercera bis y décima sobre su carácter negociado o impuesto y la posibilidad de su control.

SEGUNDO.- Cláusula tercera bis. Índice IRPH Cajas.

1. Carácter de condición general de la contratación.

Se procede a aclarar si la cláusula controvertida tiene o no el carácter de condición general de la contratación partiendo de la definición que de las mismas ofrece el artículo 1.1. de la LCGC:

"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".

De este precepto se extraen los requisitos de las condiciones generales de la contratación, que tal y como fueron expuestos por el Tribunal Supremo en su **Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo**, serían:

- -La contractualidad: han de ser cláusulas contractuales y no la inserción de una norma imperativa.
- -La predisposición: tratarse de una cláusula prerredactada, con independencia de su autoría, y no el resultado del pacto alcanzado entre las partes.
- -La imposición: la cláusula ha de ser impuesta a la otra parte, de manera que no pueda sino aceptarla para celebrar el contrato.
- -La generalidad : han de ser redactadas con vocación de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Las partes en el presente procedimiento discrepan sobre si la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario es o no una condición general de la contratación. La cláusula es del tenor siguiente:

"CLÁUSULA TERCERA BIS. Tipo de interés variable.

El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, al **IRPH-CAJAS**.

Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

*Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para períodos **ANUALES** contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo".*

Del texto se deduce que nos hallamos ante una cláusula contractual y de su terminología, que la misma fue predispuesta, objeto de redacción previa por la caja, con finalidad de incluirse en todos aquellos contratos de préstamo en los que se fijara el IRPH Cajas.

El hecho de si fue fruto o no de la negociación es un aspecto discutido. La actora dice que fue impuesta y Kutxabank responde que fue pactada y se incluyó en la oferta vinculante entregada (documento 1 de la contestación).

Ante esta discrepancia, conviene aclarar que de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE el profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente asume plenamente la carga de la prueba.



La **STS, del Pleno, núm. 265/2015, de 22 de abril** desarrolla cuáles son los requisitos necesarios para poder hablar de una cláusula negociada en los siguientes términos:

*"Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad **es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario.**"*

Lo cierto es que de la documental obrante en autos no se desprende que la cláusula fuera negociada, no constan las razones por las que se optó por este índice de referencia. El testigo Sr. Luis Andrés , fiador del préstamo y marido de la actora, se limitó a indicar al respecto que observó los términos económicos del contrato y le parecieron correctos.

Resulta destacable que al inicio de su intervención el testigo depuso que fue empleado de Kutxabank durante 38 años, habiendo desempeñado sus funciones primero en ventanilla y después como director en dos oficinas de Mondragón. Apuntó que cuando se aproximó su jubilación, actuó como apoderado de la entidad en la firma de préstamos hipotecarios en la zona de Eibar, Bergara y Mondragón.

La falta de prueba de la negociación de la cláusula conlleva que sea considerada una condición general de la contratación.

2. Posibilidad de control de validez de la cláusula.

El hecho de que la cláusula discutida sea una condición general de la contratación no conlleva consecuencia alguna en relación a su validez. Simplemente, implica que le sea de aplicación la LCGC, que tiene por objeto aquellos contratos que incluyen este tipo de condiciones predispuestas a fin de tutelar la posición del adherente (no necesariamente un consumidor) mediante la exigencia de una serie de condiciones para que dichas cláusulas puedan ser incorporadas al contrato y se consideren válidas.

La demandada aprecia que no cabe que se lleve a cabo un control de la validez de la cláusula por dos motivos: tratarse de una cláusula que refleja el contenido de normas imperativas y que además, versa sobre el objeto principal del contrato. Ante estas alegaciones resulta necesario resolver si cabe la referida supervisión.

a) Imposibilidad por reflejar disposiciones normativas de naturaleza imperativa.

El artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE establece un límite al control de las condiciones generales en los siguientes términos:

"Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Su considerando decimotercero, alude a esta misma cuestión:

"Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo"

Su transposición al ordenamiento interno la vemos en el artículo 4.2 de la LCGC:

"Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas



específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

Kutxabank sostiene que dado que tanto la comunicación de los datos relativos a la operaciones de préstamo hipotecario que las entidades de crédito realizan cada mes al Banco de España, como la fórmula de cálculo del índice IRPH CAJAS por parte del organismo supervisor se encuentran reguladas por normas imperativas, no son condiciones generales de la contratación ni pueden ser objeto de un control de abusividad. Las normas a las que se refiere la entidad serían las siguientes:

Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. (Vigente hasta el 29 de abril de 2012, fecha de entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)

En ella se regulaban los requisitos de validez que han de cumplir los tipos de referencia oficiales para las operaciones financieras. En concreto en su *artículo 6.2* :

"2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) *Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.*

b) *Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo".*

Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Su *norma sexta bis*, en su apartado tercero, establece los tipos de referencia oficiales entre los que se incluyen el IRPH Entidades (apartado c) y el IRPH Cajas (apartado b). Conviene aclarar que en la actualidad los tipos de referencia oficiales se recogen en el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta misma orden regula en su anejo octavo la definición y forma de cálculo de los referidos índices oficiales.

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Vigente hasta el 28 de Junio de 2014, como consecuencia de su derogación por la Ley 10/2014, de 26 junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito)

Su artículo 48 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para " *establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito".*

Así, ha de decidirse si cabe el control judicial con base en la Directiva 93/13/CEE de la cláusula en la que se dice que el índice de referencia será el IRPH Cajas a la vista de que el mismo estaba previsto legalmente como un índice de referencia oficial en el momento en el que se celebró el contrato y también resultan reguladas su definición y forma de cálculo.

El artículo 1.2. de la Directiva ha sido interpretado por el TJUE, en su **sentencia de 10 de septiembre de 2014, Caso Monika Kuzionová y SMART Capital a.s . (C-34/2013)**, en la que partiendo de la necesaria interpretación restrictiva de la excepción al control de abusividad recuerda cómo ya en la **sentencia de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG)** declaró que para que sea de aplicación la referida exclusión es necesaria la concurrencia de dos condiciones: La cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y ésta debe ser imperativa. Dice a continuación que para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa .

En consecuencia, concluye que *"debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que figura en un contrato concluido por un profesional con un consumidor está excluida del ámbito de aplicación de esa*



Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente"

Aplicado este pronunciamiento al caso de autos, se llega a la conclusión de que la cláusula referente al índice de referencia IRPH Cajas se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. Ello es así por el hecho de que no ha de confundirse la circunstancia de la regulación de algunos de sus aspectos, con el hecho de que la presencia de la citada cláusula en el contrato traiga causa de normas imperativas. No existía norma que exigiera aplicar dicha referencia, no era aplicable en todo caso y con independencia de la elección de las partes contratantes.

Siendo eso así, cabe en efecto llevar a cabo un control de abusividad de la referida cláusula mediante la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

b) Imposibilidad por tratarse del objeto esencial del contrato.

Kutxabank defiende que tratándose de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato (el precio que los prestatarios han de abonar a cambio del préstamo) no cabe llevar a cabo un control de abusividad de la cláusula de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva, según el cual:

"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".

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación que ha de darse al artículo 4.2. de la Directiva. En su **sentencia de 30 de abril de 2014, (C 26-13) dictada en el Caso Árpád Kásler**, declara la necesidad de someter a interpretación estricta la exclusión prevista en dicho precepto y entra más a fondo en la definición del concepto "objeto principal del contrato", que, teniendo en cuenta esta necesidad de interpretación restrictiva, dice, debe entenderse referida a las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Aclara que no forman parte del mismo las cláusulas accesorias y que corresponde al tribunal remitente valorar si es o no esencial la cláusula en cuestión (p. 42 y 49-51).

En la **sentencia de 26 de febrero de 2015 (C 143-13) Caso Matei**, el TJUE reitera la norma interpretativa expuesta y con remisión a la anterior sentencia, recuerda que la exclusión al control de abusividad tiene un alcance reducido: *"¿ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 54 y 55) y concluye: "Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista"*. (p. 55 y 56).

Se comparte con la parte demandada que una cláusula relativa al tipo de interés que ha de abonar el prestatario incide en el objeto principal del mismo y así lo entiende la **Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección 2ª, entre otras en su Sentencia nº 157/2015, de 10 de julio** :

"Esta Sala conoce el criterio de interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1.993, mantenido en la STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, caso Arpad Kásler, pero entiende que en el caso sometido a nuestra consideración en el que las partes han pactado expresamente el devengo de interés, la cláusula que establece el interés variable constituye una cláusula que determina el precio que debe pagar el prestatario y, en cuanto tal, no cabe calificarlo como pacto accesorio, porque define el objeto principal del contrato".

Ello no impide sin embargo que la cláusula pueda ser sometida al control de doble transparencia que fijó el Tribunal Supremo precisamente para este tipo de cláusulas suelo en su **Sentencia, de Pleno, número 241/2013 de 9 de mayo**, como sostiene la parte demandante.

Más recientemente la **STS, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 222/2015, de 29 de abril** explica nuevamente la forma en la que ha de aplicarse el control de abusividad a condiciones generales del contrato que afectan a su objeto principal. Su fundamento de derecho decimocuarto, en su tercer apartado, aclara cuáles son los parámetros de valoración en tales casos:

"3.- En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).



Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil (LEG 1889, 27) del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, 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». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960)). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960). Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845)"

De lo expuesto se colige que en tales casos ha de verificarse que la cláusula haya sido válidamente incorporada al contrato de conformidad con los artículos 5 y 7 de la LCGC y determinar si es transparente conforme a la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13/CEE, (artículo 5). Solo en el caso de que no lo fuera, podrá analizarse la posible abusividad de la misma (artículo 3 de la Directiva), no por razón de falta de equilibrio entre las prestaciones, pero sí desde un punto de vista de equilibrio subjetivo.

Este será por lo tanto, como se verá, el control limitado aplicable a la cláusula relativa al cálculo de los intereses ordinarios.

3. Análisis de la validez de la cláusula.

Como acaba de decirse se someterá a la cláusula al doble control de transparencia a fin de decidir sobre la alegación de abusividad sostenida por la parte demandante.

a) Primer control: control de incorporación.

A través del primer control se examina la claridad de la propia cláusula así como la manera en la que se incorpora al contrato. Los parámetros de valoración son los artículos 5.5 y 7 de la LCGC:



Artículo 5.5.: "La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".

Artículo 7: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

Si bien en la fecha de la firma (27 de abril de 2006) regía la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no resultaba de aplicación, dado que la norma tenía por objeto aquellos contratos en los que la cantidad prestada no superara el equivalente en euros de 25.000.000 de pesetas (artículo 1.3) y el importe del préstamo litigioso (349.000 euros) es superior. Fue la Ley 41/2007, de 7 de diciembre , la que modificó la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito, habilitadora de la Orden Ministerial, la que extendió los requisitos de transparencia informativa a todos los préstamos hipotecarios con independencia de su cuantía.

Se trata de comprobar que la cláusula cumpla con los requisitos de claridad y concreción en su redacción, que sean dadas a conocer al adherente y no resulten oscuras o incomprensibles.

El control de incorporación conforme a la LCGC se entiende superado por cuanto la redacción de la cláusula es clara, se limita a hacer referencia al índice aplicable para el cálculo del tipo de interés conforme a la definición dada por las normas arriba indicadas. Ello permite su conocimiento por los adherentes, en este caso consumidores, dado que no se aprecia ningún problema de ilegibilidad, ni de oscuridad que la oculte ni la haga incomprensible.

Por todo lo dicho, se supera el control de incorporación.

b) Control de transparencia.

Este segundo control tiene por base el artículo 5 de la Directiva:

"En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva").

El mismo ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de exigir una comprensibilidad real del significado económico de la cláusula, garantizándose por tanto una transparencia no solo formal sino material. Concretamente en su **Sentencia de 30 de abril de 2014, Caso Árpád Kásler** expuso:

" la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera".

Así, la Directiva exige que las cláusulas cumplan con la debida transparencia, en el sentido de que se redacten de manera clara y comprensible, de forma que la redacción unida a la información suministrada al consumidor, permitan a este acceder a comprender realmente su significado, funcionamiento y consecuencias económicas.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo al aplicar el segundo control a las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato, habiéndose pronunciado al respecto en sentencias en las que analiza la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés a la baja (cláusula suelo) (entre otras, **SSTS, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 241/2013, de 9 de mayo ; 222/2015, de 29 de abril y 705/2015, de 23 de diciembre**).

En el caso de autos la cláusula ha de entenderse transparente.

La cláusula tercera bis define el IRPH Cajas con uso de la definición contemplada en la norma sexta bis de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela antes referida. No incluye mayor explicación, pero la definición del índice que tiene en cuenta la media de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, ha



de entenderse suficiente, aun cuando no añada información relativa a la forma en la que se procederá al cálculo de la media y que se realiza según lo dispuesto en la propia Circular. La referencia a que se trata de la media de las operaciones de las propias Cajas de Ahorros pone de manifiesto que sus operaciones inciden en el cálculo.

Por este motivo no se comparten las alegaciones de la parte actora en relación a que no se garantizó la comprensibilidad real de la cláusula con explicaciones del funcionamiento del índice de referencia y su repercusión en la obligación de pago.

A mayor abundamiento, se tiene especialmente en cuenta que según indicó el propio testigo Sr. Luis Andrés , fue él quien como ex empleado de la entidad a la que es fiel se ocupó de la negociación del préstamo. Teniendo en cuenta su trayectoria profesional, a la que antes me he referido y que incluye labores de intervención como apoderado en firmas de préstamo hipotecario de la propia entidad demandada, ha de entenderse que en todo caso Kutxabank cumplió con la necesidad de garantizar la comprensibilidad real de la cláusula, pues se presupone que el Sr. Luis Andrés entiende el significado del índice de referencia.

No resulta admisible que las partes que delegaron las labores de negociación del préstamo en otra persona, en este caso en el Sr. Luis Andrés , aleguen después una falta de información por parte de la entidad.

Por lo tanto, ha de ser declarada una cláusula transparente sin necesidad de entrar a valorar su posible abusividad. En cualquier caso conviene aclarar que para que pudiera ser considerada abusiva sería necesaria la prueba, conforme al artículo 3 de la Directiva, de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes perjudicial para el consumidor y contrario a la buena fe. Ha de tenerse en cuenta también que conforme a la **sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014, caso Constructora Principado** ha de valorarse la posibilidad de que se produzca una lesión lo suficientemente grave de la posición jurídica del consumidor.

Ninguno de los dos aspectos se ha demostrado. La parte actora aporta las respuestas del Banco de España (documento 2 de la demanda) sobre la forma de cálculo del índice de referencia, mas no se acredita la influencia de Kutxabank en el cálculo, más allá de que sus operaciones, como las de las demás entidades, se tengan en cuenta para el cálculo de la media. Tampoco se demuestra una posición jurídica del consumidor lesionada, por cuanto la propia Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre si bien suprimió el índice IRPH Cajas mantiene el IRPH Entidades como oficial.

Esta postura viene siendo la mantenida de forma reiterada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Segunda, siendo de las más recientes las sentencias núm. 157/2015, de 10 de julio y núm. 137/2015 de 9 de junio .

Por todo lo expuesto, se declara la validez de la cláusula tercera bis.

TERCERO.- Cláusula cuarta. Comisión por reclamación de posiciones deudoras.

" *Comisión por reclamación de posiciones deudoras:* Se satisfará por la parte prestataria una comisión por reclamación de posiciones deudoras, vencidas o descubiertas y no satisfechas, por un importe de QUINCE EUROS (€15), por cada reclamación que se efectúe con ocasión de producirse estas posiciones"

1. Control de validez de la cláusula.

No se discute por las partes que dicha cláusula sea una condición general de la contratación y dado que no incide en el objeto principal del contrato, no existe en este caso límite alguno para que sea controlada su validez a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

Ello supone la necesidad de cumplir con el requisito de la transparencia de conformidad con el artículo 5 de la Directiva según el sentido antes expuesto de la garantía de comprensibilidad real de la cláusula, pero también superar el control de abusividad conforme al artículo 3 de la Directiva.

Para ello resulta necesario atender a los pronunciamientos del TJUE sobre qué criterios ha de seguir el Juez nacional a la hora de valorar si una cláusula cumple o no con el requisito del justo equilibrio y de la buena fe entre las prestaciones de las partes.

La **Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, (Caso Aziz , Asunto C-415/11)** recoge algunos de estos criterios:

"*para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si ¿y, en su caso, en qué medida¿ el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor*



a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas."

Esta misma línea mantiene en **la Sentencia de 16 de enero de 2014, (Caso Constructora Principado)**:

" Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra , como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".

La misma sentencia recuerda sus pronunciamientos anteriores y añade:

"En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46] , Banif Plus Bank, C-472/11 , apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz [TJCE 2013, 89], antes citada, apartado 71)".

La referencia al cumplimiento de las exigencias de la buena fe fue aclarada también en la sentencia dictada en el Caso Aziz , la que contiene el siguiente parámetro de cumplimiento de la premisa de buena fe contractual:

"En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que... el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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".

2.- Decisión sobre su validez.

La demanda sostiene que no se ajusta a la normativa bancaria por no dar respuesta a un servicio solicitado por el cliente, y de establecerse como penalización, la reputa desproporcionada. Kutxabank sostiene que se ajusta a la normativa, responde al servicio de reclamación prestado e informó de la misma a los prestatarios.

La normativa bancaria a tener en cuenta en la fecha de la contratación sobre esta materia es la siguiente:

- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la OM 2899/2011) . El apartado quinto de su primer capítulo decía:

"Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente.

No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

- La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone:

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

La cláusula establece una comisión por la reclamación de toda posición deudora creada por el prestatario dirigida a cubrir los gastos o costes que la misma ocasiona a la entidad. Considero por ello que no puede

decirse que se trate de un servicio no aceptado o solicitado por el consumidor y que tiene su razón de ser en la necesidad de reclamar en caso de impago y por el gasto que ello puede comportar.

Sin embargo, se aprecia la abusividad de esta cláusula a la vista de que en el momento de la adhesión al contrato se firma el cobro de la cantidad de 15 euros por cada reclamación de posición deudora sin especificar el importe de la cantidad adeudada y sin que se haga referencia al importe que supone la reclamación a la entidad. De manera que se transforma en una especie de penalización por el impago al que el deudor debe hacer frente al margen de los intereses de demora. No permite que el prestatario conozca qué tipo de deuda, al menos su importe mínimo, dará lugar a la posibilidad de reclamar con la consiguiente comisión, lo que no cumple con la necesidad de que se dote de información transparente al consumidor antes de la firma que exige el artículo 5 de la Directiva (**Sentencia TJUE, Caso Constructora Principado**).

La cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste y además se fija en 15 euros para todo el contrato, cuando su duración es de 40 años (cláusula segunda) y el coste, que, en principio justificaría una comisión, varía.

Considero que se trata de una cláusula abusiva por cuanto opera de modo automático con ocasión de cada reclamación por parte de la entidad sin necesidad de demostrar que para la misma se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzado por el mismo. Ello genera un desequilibrio entre las posiciones de las partes en el contrato que coloca a la parte prestamista y por derivación, a la fiadora, en una situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de la Directiva y el artículo 82 del TRLGDCU

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cláusulas similares, se cita la **Sentencia de la Sección Segunda 99/2015, de 20 de abril** en la que la abusividad se argumenta en términos semejantes a los expuestos:

"En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de la prestataria y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la demandada pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora.

Es patente que tal cláusula perjudica al consumidor, concurriendo las condiciones exigidas por el art. 10 bis de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, en la redacción vigente al tiempo de establecerse, para declarar nula por abusiva la indicada cláusula".

Por ello, se declara la nulidad por razón de abusividad del segundo párrafo de la cláusula cuarta del contrato.

En relación a los efectos de la nulidad, el contrato mantiene su vigencia y la cláusula se tiene por no puesta (artículo 10 de la LCGC y 83 del TRLGDCU).

La parte demandante solicita con carácter genérico en el suplico que como consecuencia de la declaración de nulidad las partes se reintegren recíprocamente lo que hubieran intercambiado con sus respectivos intereses. Sin embargo, no demuestra que dicha comisión se haya cobrado, por lo que no cabe acoger su pretensión de condena.

CUARTO.- Cláusula sexta. Intereses de demora.

"CLÁUSULA SEXTA.- Intereses de demora.

Las obligaciones dinerarias dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento y diariamente, un interés nominal anual moratorio de **17,250** puntos porcentuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1108 del Código Civil, a cuyo fin se establece esta condición. Estos intereses serán liquidados en las mismas fechas previstas para los ordinarios y si no fueran satisfechos se capitalizarán, conforme el ya mencionado artículo 317 del Código de Comercio, devengando a su vez intereses".

1. Parámetros de valoración.



Además de los criterios de valoración generales antes expuestos, en el caso del interés de demora conviene tener presente los específicos señalados para esta cláusula en la sentencia del TJUE dictada en el caso Aziz:

"74 En segundo lugar, en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos".

Así mismo, considero importante tener presente la finalidad que los mismos persiguen. En este sentido resulta interesante traer a colación el siguiente extracto de la **Sentencia núm. 56/2015, de 17 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa** :

"A la hora de determinar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios no debe perderse de vista que su devengo se produce por una previa conducta del deudor consistente en el incumplimiento de su obligación de pago en las fechas pactadas. Como señala la STS de 26 de octubre de 2011 (con cita de la STS de 2 de octubre de 2001), "los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones". O, en términos de la resolución de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012, "la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario)". En concreto, el art. 1.108 CC dispone que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta del convenio, en el interés legal, sin que el precepto efectúe distinción alguna por razón de la causa o motivo que ha llevado al deudor a incumplir su obligación (si éste obedece a la deliberada voluntad del deudor, aun cuando dispone de medios económicos para ello, o si se ha visto forzado a ello por las circunstancias familiares, laborales o de otro tipo)".

Además han de tenerse presentes los intereses moratorios que establece el legislador en otros ámbitos. Así lo considera el **Tribunal Supremo; Sección Primera, en sus sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril y núm.469/2015** , de 8 de septiembre , haciendo referencia a los siguientes:

- - Código Civil: el artículo 1.108 dispone que en defecto de pacto el interés de demora será el interés legal.
- -Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo: en su artículo 20.4 (art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo de 1995) establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal.
- -Ley Hipotecaria: en su artículo 114.3 (añadido por la ley 1/2013, de 14 de mayo) limita al triple del interés legal del dinero los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda y sólo permite que se devenguen sobre el principal pendiente de pago.
- - Ley del Contrato de Seguro 50/1980: el artículo 20 prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.
- -Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone en su artículo 7 un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.
- - Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 576 fija el interés de mora procesal en la suma de dos puntos porcentuales al interés legal.

El Tribunal Supremo ha establecido también que en los contratos de préstamo personal sin garantía real celebrados con consumidores resulta abusivo un interés de demora que supere en dos puntos el interés remuneratorio pactado tomando por referencia el interés de mora procesal del artículo 576 de la LEC (Sección Primera, núm. 265/2015, de 22 de abril)



2. Modificación del interés de demora por la Ley 1/2013.

Kutxabank expone en su escrito de contestación que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el interés de demora aplicable sería el fijado por el legislador, con la reducción a tres veces el interés legal del dinero y alude también a la circunstancia de que no se ha aplicado.

En efecto la disposición transitoria segunda de la ley dice así:

"La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos".

Teniendo presente que el análisis de las cláusulas ha de realizarse de forma abstracta de conformidad con el **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 11 de junio de 2015**, no cabe valorar la reforma legal para analizar la cláusula de interés de demora. El auto recoge la siguiente conclusión:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» ¿en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 ¿ de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Por ello, la cláusula se somete al control de abusividad.

3. Control del abusividad de la cláusula.

La parte actora considera abusiva la fijación de unos intereses de demora al 17,25%.

Aplicando los parámetros expuestos vemos cómo al tiempo de celebrarse el contrato (27 de abril de 2006) el interés legal del dinero estaba al 4,00%.

Los intereses de demora cumplen con las finalidades antes descritas y ello justifica que sean superiores al tipo de interés ordinario establecido (en este caso IRPH Cajas). La sanción motivada por el incumplimiento del deber de pago incluida en una condición no negociada entre las partes no puede resultar sin embargo desproporcionada, de manera que coloque al consumidor en una posición jurídica perjudicial

Considero que si bien han de tenerse en cuenta los diferentes tipos de interés de demora fijados por el legislador a los que me he referido en el apartado anterior, sobre todo hemos de fijarnos en el incluido en el tercer párrafo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, es decir, el triple del interés legal del dinero. El legislador, a fin de proteger el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, fijó un límite con el objetivo de poner fin a los abusos que venían estableciéndose. Se trata de una reforma derivada de los pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE (Sentencia Aziz) y se prevé concretamente para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual. El ámbito específico de aplicación hace que sea un criterio que debe prevalecer sobre los demás tipos de interés de demora.

En el contrato objeto de autos se fijó un tipo de interés de demora del 17,250 puntos, 5,25 puntos porcentuales superior a tres veces el interés legal del dinero en el momento de la firma (12,00%). Entiendo que la diferencia de 5,25 puntos respecto de lo que hoy sería considerado un interés de demora contrario a la ley, evidencia que resulta desproporcionado y por lo tanto no ajustado adecuadamente a la finalidad, lícita, que persigue.

Se tiene también presente que si bien el importe prestado fue elevado (349.000 euros), la operación fue avalada por cuatro fiadores con renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y extinción. También con la propia garantía de la hipoteca, si bien ello ya se tiene en cuenta en el límite fijado en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Por todo lo expuesto, se considera que la cláusula de interés de demora es abusiva por no respetar el debido equilibrio entre las prestaciones de las partes.

4. Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora.

De conformidad con el artículo 10 bis vigente en el momento de la contratación (artículo 83 del actual TRLGDCU) las cláusulas declaradas nulas no surten efecto y se tienen por no puestas.

Esta previsión se acomoda a las directrices de interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE marcadas por el TJUE. En efecto, tal y como se recuerda en la **sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015**,



Caso Unicaja Banco los jueces de los Estados Miembros deben dejar sin efecto la cláusula abusiva sin poder alterar su contenido:

"En este contexto, procede recordar 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 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 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 (sentencia Asbeek Brusse y de Man Garabito , EU:C:2013:341 , apartado 59). Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la *Directiva 93/13* impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito , EU:C:2012:349 , apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai , C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 78).

De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la *Directiva 93/13* . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito , EU:C:2012:349 , apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai , EU:C:2014:282 , apartado 79).

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la *Directiva 93/13* se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito , EU:C:2012:349 , apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai , EU:C:2014:282 , apartado 77). (P 28 a 32)

De esta sentencia cabe también extraer la improcedencia de que sea objeto de sustitución con carácter automático, por la previsión de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, es decir, que sea sustituida por el triple del interés legal del dinero al tiempo de celebrar el contrato, pero además en el presente caso la ley no resulta de aplicación a la vista de la finalidad del contrato.

Esta conclusión se colige de las propias manifestaciones del TJUE en el sentido de prever la aplicación del derecho nacional supletorio en aquellos casos en los que de otro modo el contrato quede sin efecto y el consumidor sea penalizado. En definitiva, se persigue salvaguardar el objetivo del artículo 6 de la Directiva:

"Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la *Directiva 93/13* y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai , EU:C:2014:282 , apartados 82 a 84)"(P.33)

La Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, Sección Segunda, **núm. 265/2015, de 22 de abril y núm. 469/2015, de 8 de septiembre** analizan las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula de intereses de demora incluida en un contrato de préstamo personal y la doctrina que sientan ha sido ratificada y extendida a los casos de préstamos con garantía hipotecaria en la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala Primera, núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015** .



La primera de ellas dedica su fundamento de derecho sexto a esta cuestión y con análisis de la Sentencia del TJUE expuesta, ratifica la imposibilidad de integrar el contrato salvo en el caso de que el consumidor se vea perjudicado por la declaración de nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato (punto 4).

Dicho esto, el Alto Tribunal recuerda la necesidad de interpretar las normas del derecho interno de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de manera que en los casos en los que la integración sea necesaria, esta cabría por vía del artículo 10.2 de la LCGC y en caso de que no lo fuera, se suprimiría sin más del contrato.

Así, el Tribunal Supremo establece el siguiente efecto a la declaración de nulidad:

"La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.

¿

Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada".

En la segunda sentencia indicada, **STS núm. 469/2015, de 8 de septiembre** concluye de forma semejante (FD 4, punto 6) y la **STS, del Pleno de la Sala de lo Civil, núm. 507/2015, de 23 de diciembre** considera aplicable dicha doctrina también a los intereses de demora de los préstamos hipotecarios:

*"3.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. **Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado" (DF 5º).***

Por lo tanto, siguiendo la doctrina jurisprudencial fijada por el alto tribunal procede suprimir el tipo de interés demora declarado abusivo con la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

QUINTO.- Cláusula décima. Constitución de hipoteca y otras garantías.

"Se constituye en fiadora de la parte prestataria las siguientes personas: DON Luis Andrés, su esposa DOÑA María del Pilar, DON Luis Pablo y su esposa DÑA. Patricia.

Los fiadores o garantizadores de la presente operación, por sí y por sus herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por la parte prestataria en virtud de este contrato y de las consecuencias de aquellas y de este, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por la falta de pago de la parte prestataria y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1851 del Código Civil que legalmente les pudieran asistir por su condición de fiadora.

El aval aquí regulado está sujeto a las mismas estipulaciones de la obligación principal, en tanto en cuanto sean de aplicación"

La demanda interesa la nulidad del párrafo final de la cláusula referida a la constitución de la demandante como fiadora de la operación, si bien en la audiencia previa redujo su petición en el sentido de interesar la nulidad del inciso referido a *"renuncia expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente le pudiera asistir por su condición de fiadora"*.

1. Carácter de condición general de la contratación.

Ha de resolverse si la renuncia de los beneficios de excusión, orden y división fue objeto de negociación partiendo de la definición de las condiciones generales de la contratación dada por el artículo 1.1. de la LCGC y



los requisitos jurisprudenciales expuestos con ocasión del estudio de la cláusula relativa al índice de referencia IRPH Cajas (fundamento de derecho segundo) y la norma en materia de carga de la prueba (artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE).

Kutxabank sostiene en su escrito que la fianza en los términos contenidos en el contrato fue el resultado de la negociación entre las partes y se apoya en los documentos 3 a 6 adjuntados a la contestación para justificar la negociación. Explica que fueron las circunstancias económicas de los prestatarios las que motivaron la exigencia de la fianza.

El documento 3 es la solicitud de autorización de la operación que se remitió por la oficina al departamento de riesgos el 10 de abril de 2006, en ella se informa del aval del 100% y se indica que los padres del solicitante se comprometen a abonar 600 euros todos los meses con posibilidad de aumento de la cantidad si los intereses suben. Se indica también que los avalistas cuentan con un patrimonio muy consolidado. Se une asimismo la autorización concedida el 18 de abril.

En el documento 4, de fecha de 21 de marzo de 2006, la actora y su marido, ambos fiadores y padres del prestatario, firman el compromiso del abono de los 600 euros antes referido. El testigo, Sr. Luis Andrés , afirmó en el acto del juicio que firmó este documento. En el documento siguiente se autoriza el cobro del importe en su cuenta, como también reconoció el testigo apuntando que lo hizo a pesar de considerarlo excesivo y el documento 6 es la declaración de bienes de los fiadores.

El testigo Sr. Luis Andrés declaró que el aval era esencial, que sabía que era lo normal si se solicitaba el 100% de la financiación, como era el caso. Explicó que por eso se pidieron dos avales.

De dicha documental y de la declaración del testigo se desprende que la fianza se pidió en atención a las circunstancias económicas de los prestatarios y ello impide considerar que la cláusula de afianzamiento sea una condición general de la contratación.

Sin embargo, el hecho de que el pacto de afianzamiento fuera negociado no implica que también lo fuera la parte referida a la renuncia de derechos. No se exponen los motivos concretos por los que se optó por una fianza de tales características y ello conduce a considerar que se trata de una condición general de la contratación conforme a la antes citada **STS del Pleno, núm. 265/2015, de 22 de abril** que incide en la insuficiencia de la mera referencia al carácter negociado de una cláusula, requiriendo prueba de los motivos para su acuerdo.

Esta diferenciación entre la naturaleza negociada del afianzamiento y la consideración de condición general de la contratación de la renuncia de los beneficios, encuentra su apoyo en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Segunda, núm. 180/2015, de 30 de septiembre** que diferencia entre el contrato de fianza y la previsión de renuncia de los beneficios del fiador en el sentido expuesto:

"Ahora bien, debemos distinguir entre la fianza (accesoria del contrato de préstamo) y la renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y extinción por parte del fiador.

En relación a la primera, no constituye condición necesaria para la formalización de un préstamo que un tercero afiance la obligación contraída por el prestatario. La intervención del fiador es voluntaria, si quiere interviene en la operación y si no quiere no lo hace, por lo que cabe concluir que si participa es perfectamente consciente de lo que ello significa, esto es, que se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste (art. 1.822 CC). Ahora bien, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor (art. 1.830 CC) y el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer (art. 1837 CC), salvo que así se pacte expresamente. Por tanto, la constitución de la fianza no exige ineludiblemente la renuncia a los beneficios de excusión y división por parte del fiador, y no cabe deducir que ha habido negociación sobre dichos extremos del mero hecho de la constitución de aquélla.

Sentado lo anterior, de lo actuado no cabe concluir que hubo una negociación entre las partes respecto a dicha cuestión".

Por lo tanto, la parte referida a la renuncia de los beneficios del fiador sí se considera una condición general de la contratación.

2. Imposibilidad de control por afectar al objeto principal del contrato.

Kutxabank se opone a que pueda llevarse a cabo un control sobre la abusividad de la cláusula en el marco de la Directiva 93/13/CEE, al considerar que la fianza suscrita es un elemento esencial del contrato de préstamo y forma parte de su objeto principal, que según dice en su página 63 de la contestación a la demanda, consistiría en *la concesión de un préstamo a un deudor, y la extensión de la responsabilidad de su evolución al deudor y al garante solidario* .

Con remisión a la jurisprudencia expuesta en relación al artículo 4.2. de la Directiva en el análisis de la cláusula tercera bis, no cabe entender que la fianza, ni en concreto la parte referida a la renuncia de derechos, forme parte del objeto principal del contrato.

La fianza se caracteriza por ser un contrato de carácter accesorio, siempre aparece ligado a un contrato principal cuyas obligaciones garantiza para el caso de no cumplirlas el obligado de manera principal, o en el caso de constituirse como fianza solidaria, a su mismo nivel. En el presente caso, la cláusula de afianzamiento se incluye en un contrato de préstamo hipotecario, como garantía adicional a la real y a la personal de los prestatarios. Así, no se sostiene la idea de que afecte al objeto principal del contrato. En el contrato de préstamo las prestaciones de las partes serían la entrega del dinero y la devolución de la misma cantidad, a lo que pueden sumarse los intereses, si así se pacta (art.1740 y 1.755 del CC). De manera que la fianza acordada no puede calificarse de elemento esencial del contrato y menos aún la parte referida a los beneficios de orden, excusión y división predispuesta. Siendo un aspecto accesorio no puede incluirse dentro del ámbito de exclusión del artículo 4.2. de la Directiva según lo expuesto por el TJUE.

Por todo ello, cabe llevar a cabo el control de abusividad de la renuncia a los beneficios incluida en la cláusula.

3. Análisis de validez.

La acción de nulidad se basa, por un lado, en el déficit informativo y en la confusa redacción de la cláusula suscrita, lo que considera implica el incumplimiento de los deberes de transparencia y por otro, en el desequilibrio importante que, en contra de las exigencias de la buena fe, le genera en su posición contractual como fiadora.

El control se desarrolla en el marco de la Directiva 93/13/CEE en los términos antes expuestos.

Partimos de que la renuncia a los beneficios en la cláusula de afianzamiento es una condición general de la contratación, impuesta a la parte demandante y que para reputarse válida, ha de cumplir con el requisito de transparencia (art.5 de la Directiva) y de superación del canon de justo equilibrio y buena fe (art. 3 de la Directiva), de modo que no quede la consumidora en una situación perjudicial que le genere un desequilibrio importante.

El contrato de fianza se define en el artículo 1.822 del CC como aquel por el que se *obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este*. La fianza se caracteriza por ser un contrato accesorio, dado que aparece siempre unido a otro cuya obligación garantiza y por la nota de la subsidiariedad, de manera que el fiador responde en el caso de incumplimiento del deudor, es decir, la deuda solo será exigible al fiador previo incumplimiento del deudor.

Conviene tener presente también que una vez surgido el incumplimiento, el artículo 1.830 del CC dice que *el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de bienes del deudor*, esto es, goza del beneficio denominado de excusión por el que, en primer lugar, el acreedor deberá acudir al patrimonio del deudor y solo cuando este no permita satisfacer su deuda, podrá acudir al fiador.

Existen sin embargo supuestos en los que se pierde el beneficio de excusión, según lo previsto en el artículo 1.831 del CC :

- 1º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ello.
- 2º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.
- 3º En el caso de quiebra o concurso del deudor.
- 4º Cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

En el caso que nos ocupa, entra en juego el supuesto del número 1º, es decir, la renuncia al beneficio de excusión.

Ha de resolverse si la renuncia que da lugar a la pérdida del beneficio fue insertada de forma transparente en el contrato, en los términos exigidos por la jurisprudencia del TJUE. En definitiva, si se posibilitó que la consumidora conociera el significado real y las consecuencias económicas de la firma de la fianza con la renuncia a los beneficios que le venían impuestos.

En primer lugar, resulta necesario distinguir la posición del fiador que carece del beneficio de excusión y la del deudor solidario que sostiene la parte actora, dado que el fiador no se coloca en igual posición que el deudor principal, como se explica a continuación.

En efecto, antes del pago, el fiador puede proceder, a diferencia de un deudor solidario, frente al deudor en determinadas circunstancias (artículo 1.843 del CC) y una vez efectuado el pago nace en favor del



fiador la acción de reembolso del importe satisfecho con intereses y gastos (artículo 1.838 del CC) y la de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor tenía con el deudor (artículo 1.839 del CC). Además, de conformidad con el artículo 1.852 del CC , los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo.

Como puede verse, la similitud del fiador con el deudor se da en la relación respecto del acreedor, pero no ha de olvidarse que a través de la fianza se constituye una garantía personal y que de ella nace también una relación entre deudor y fiador dirigida a que este quede reparado de la garantía prestada.

En segundo lugar, entrando a analizar la transparencia de la cláusula en el presente caso, ha de tenerse en cuenta que el préstamo hipotecario concedido a D. Gabino y Dña. Nuria , no fue negociado por ellos sino por D. Luis Andrés , padre del prestatario y fiador de la operación junto a su esposa, la actora, y los padres de la coprestataria.

Así lo puso de manifiesto el propio D. Luis Andrés , testigo en el procedimiento. Según indicó, fue él quien se reunió con el director de la entidad y depuso que su lealtad con la caja debido a su relación profesional era tal, que no pensó en ir a otra entidad. Reiteró que la negociación la llevó él y que su hijo solo acudió cuando estaba todo hecho.

Considero que esta circunstancia omitida en el escrito de demanda interpuesta por su esposa es relevante para valorar el nivel de transparencia de la cláusula, pues las negociaciones con la prestamista las desarrolló su marido, fiador junto a ella y empleado durante 38 años de en la entidad.

Entrando en el análisis de su declaración, preguntado por el letrado de Kutxabank sobre si conocía lo que implicaba el aval, respondió diciendo que se sorprendió por el hecho de que con posterioridad se dio cuenta de que no existe limitación de responsabilidad de los avalistas al 80% como era lo habitual. Preguntado nuevamente sobre si conocía que respondían directamente, contestó que sí.

Cuando el letrado de la actora le preguntó si sabía lo que implicaba la renuncia de los beneficios contenida en la cláusula, se refirió nuevamente al límite de responsabilidad del 80% sin contestar expresamente a la pregunta. Reiterada la misma, contestó que no sabía lo que era y que no recordaba que nadie hubiera renunciado a tales beneficios durante sus años de trabajo en la entidad. A la pregunta sobre lo que hubiera dicho si durante su función como apoderado alguien le hubiera planteado alguna duda sobre el significado de la renuncia en la notaría, respondió que preguntaban al notario y que él hubiera dicho que no sabía lo que era. Añadió también que él no explicó a su mujer lo que era la renuncia de derechos.

Valorada la declaración del testigo, partiendo de su relación matrimonial con su mujer y de su previa relación de trabajo con la entidad demandada, se llega a la conclusión de que la cláusula se insertó de forma transparente.

El testigo contestó con seguridad que conocía que como fiadores respondían directamente de la obligación (se entiende en caso de impago) y declaró que asumieron el pago de la cuota en el importe fijado desde un inicio, autorizando el cargo en su cuenta. Si bien más adelante depuso que desconocía el significado de la renuncia de los beneficios, ello supone una contradicción respecto del previo reconocimiento del alcance de su responsabilidad en caso de impago.

Además, no resulta verosímil que un empleado de Kutxabank que en su última etapa profesional intervino como apoderado en la firma de préstamos hipotecarios, no conozca el significado de la renuncia a los beneficios de excusión, orden, división y extinción. Máxime, cuando él mismo señaló que era esencial el afianzamiento cuando se superaba un determinado porcentaje de financiación. En todo caso, no puede decirse que la entidad no posibilitara la comprensibilidad real de la cláusula si la comercialización del préstamo se desarrolló con un empleado de la propia entidad precisamente por dicha condición.

A pesar de que la falta de transparencia la alegue la actora, esposa del testigo, no puede sostenerse la falta de transparencia si la negociación, con su consentimiento, la asumió el Sr. Luis Andrés como él mismo reconoció.

La **Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Segunda**, en su **sentencia 180/2015, de 30 de septiembre** razona en el fundamento de derecho cuarto que, partiendo de la definición de fiador ofrecida por el diccionario de la lengua española, el consumidor cuando firma una fianza o aval entiende que responderá en el caso de no hacerlo el deudor principal. De este modo, aun cuando conste la renuncia en términos claros, se exigiría una información adicional sobre la repercusión de la renuncia a los derechos que le serían propios y así se ha considerado también por este Juzgado (entre otras, en la reciente Sentencia núm. 56/2016 de 18 de febrero).

Sin embargo, en el supuesto de hecho que se analiza en este juicio, no puede decirse que D. Luis Andrés precisara de una información adicional sobre la repercusión de la renuncia a los derechos que le serían propios a él y al resto de fiadores, pues su trayectoria profesional en la propia entidad le presupone dicho conocimiento.



La circunstancia de que la actora no participara en la gestión del préstamo y delegara la función negociadora, como el resto de contratantes, en el Sr. Luis Andrés , no permite concluir que la transparencia no se cumplió respecto de ella, pues no participó en la negociación por su propia decisión, confiándola a su esposo.

Considerándose que los fiadores conocían la repercusión de la renuncia de los beneficios, no cabe declarar la nulidad por abusividad de una renuncia de derechos que cuenta con un amparo legal en el Código Civil como se ha expuesto.

Por todo ello, se declara la validez de la cláusula décima.

SEXTO.- Costas procesales.

La estimación parcial de la demanda conlleva que cada parte abone las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes conforme al artículo 394.2 de la LEC .

Procede estimar la demanda parcialmente.

FALLO

1. ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. María del Pilar contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxabank, S.A).
2. DECLARO la validez de la cláusula tercera bis (Tipo de interés variable) del préstamo hipotecario firmado entre las partes el 27 de abril de 2006.
3. DECLARO la nulidad de la cláusula cuarta (Comisiones) del contrato en la parte referida a "Comisión por reclamación de posiciones deudoras". Se tiene por no puesta en el contrato.
4. DECLARO la nulidad de la cláusula sexta (Intereses de demora) debiendo devengarse el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.
5. DECLARO la validez de la cláusula décima (Constitución de hipoteca y otras garantías) del contrato firmado entre las partes.
6. COSTAS: dada la estimación parcial de la demanda cada parte abonará las propias y la mitad de las comunes.

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

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2196 0000 00 071615, 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).

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

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

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sra. JUEZA que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a 2 de marzo de 2016.