



Roj: **SJM SS 178/2014 - ECLI:ES:JMSS:2014:178**

Id Cendoj: **20069470012014100003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2014**

Nº de Recurso: **136/2014**

Nº de Resolución: **327/2014**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

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: **20.05.2-14/001521**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20.069.47.1-2014/0001521**

Procedimiento / *Prozedura* : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 136/2014 - H**

Materia: **CONTRATOS BANCARIOS**

Demandante / *Demandatzailea* : **María Inmaculada y Calixto Abogado / Abokatua : MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ**

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

AINHOA KINTANA MARTINEZ

Demandado / *Demandatua* : **CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIAN-KUTXABANK S.A.-**

Abogado / *Abokatua* :

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

SENTENCIA Nº 327/14

En Donostia / San Sebastián, a treinta de septiembre de dos mil catorce

El Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo

Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº

136/2014, instados por el Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de Dª María Inmaculada y D. Calixto , mayores de edad, domiciliados en Lasarte - Oria (Gipuzkoa), asistida de la letrada Dª MAITE ORTÍZ, frente a KUTXABANK S.A., domiciliada en Donostia / San Sebastián, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido de la letrada Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRÍZAR, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de Dª María Inmaculada y D. Calixto , interpuso demanda frente a KUTXABANK S.A., alegando que el 10 de abril de



2007 habían suscrito, en calidad de fiadores de sus familiares D. Lorenzo y D^a Modesta, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con un clausulado que afirma redactado unilateralmente por la demandada, sin posibilidad de negociación individualizada o modificación, que considera contiene cláusulas abusivas.

SEGUNDO .- La demanda fue admitida, tras subsanarse la omisión de tasa, mediante decreto de 6 de marzo de 2014 en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

TERCERO .- En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., que se opone a la demanda, alegando que efectivamente se firmó el contrato referido en la demanda, que la cláusula cuya nulidad se insta es válida, que la renuncia a los derechos de los fiadores es admisible y que por ello no puede prosperar la demanda.

CUARTO .- En diligencia de 16 de abril se tuvo por personado y parte a la demandada y se citó a las partes a audiencia previa el 30 de mayo, en la que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, y que no se impugnaban los documentos aportados por una y otra. No se realizaron alegaciones complementarias, se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, en ambos casos exclusivamente documental, y quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia tras breves alegaciones por una y otra parte a modo de conclusión.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- El 10 de abril de 2007 D^a María Inmaculada y D. Calixto suscriben como fiadores un contrato con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en el que afianzaban el préstamo que tal entidad concedía a sus familiares D. Lorenzo y D^a Modesta, por importe de 410.000 €, para el cual se constituía hipoteca sobre un inmueble que este último adquirirían gracias a tal préstamo.

SEGUNDO .- La cláusula décima del citado contratos recoge que " *Se constituyen en fiadores de la parte prestataria las siguientes personas D^a María Inmaculada y D. Calixto. Los afianzadores o garantizadores de la presente operación, por si y por su herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el prestatario en virtud de este contrato, y de las consecuencias de aquellas y de éste, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor afianzado y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado estará sujeto a las mismas estipulaciones de la operación principal, en tanto en cuanto sean de aplicación* ".

TERCERO .- La parte prestamista, cuya sucesora es KUTXABANK S.A., inicia demanda de ejecución de título no judicial nº 1392/2011, ante el Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Donostia / San Sebastián, frente a D^a María Inmaculada y D. Calixto, sin haberse dirigido frente a los prestatarios y sin haber instado ejecución del bien hipotecado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Hechos probados

El art. 217 de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC, tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El **primero de los hechos que se han declarado probados** se desprende del doc. nº 1 de la demanda (folios 24 y ss), no impugnado por las partes, donde se recogen los términos del préstamo, el nominal prestado, el plazo para la restitución, la garantía hipotecaria y los intervinientes.

El **segundo hecho probado** aparece en el citado doc. nº 1 de la demanda, folio 39 de los autos.

El **tercer hecho probado** se constata de la alegación de la actora en el hecho tercero de su demanda, corroborada por la alegación correlativa de la parte demandada en su contestación.

Lo demás se desprende del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

SEGUNDO .- Sobre la posibilidad de control de abusividad del pacto de afianzamiento

La primera cuestión que hay que abordar, por ser presupuesto lógico para resolver el recurso, es la alega imposibilidad de controlar el carácter abusivo de lo que la parte actora entiende como condición general, es decir, la cláusula de afianzamiento de los actores del préstamo de sus familiares, hermano y madre de los



fiadores, préstamo garantizado con hipoteca sobre el bien inmueble, una vivienda, al que se destina el importe del crédito.

Cuestionan los demandantes, en efecto, la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión que recogen los arts. 1830 y ss del Código Civil (CCv) como derechos característicos del fiador. Esa renuncia, mantiene la demanda, vulnera lo previsto en el art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), norma que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en cuanto que, según el demandante, considera nulas las condiciones generales abusivas, como las previstas en el art. 10 bis y DA 1ª de la Ley 27/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), norma vigente al suscribirse el contrato, refundida en la actualidad en el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

Cuando se firma el contrato el art. 10 bis LGDCU señalaba en su apartado 1 que se consideran abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de derecho y obligaciones, en particular la señalada en la DA 1ª. En tal disposición se entiende abusivo, en su apartado 14º, " *La imposición de renunciaciones o imitación de los derechos del consumidor* ". Los actores entienden que la renuncia a los derechos de excusión, división y orden, coloca a los fiadores solidarios en una situación semejante a la del deudor principal, pese a no serlo, lo que supone un desequilibrio injustificado que perjudica al consumidor.

Dice la caja demandada que no es posible el control judicial de las cláusulas de garantía, en tanto que constituyen objeto esencial del contrato suscrito. Al respecto previene el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 lo siguiente: " *Considerado no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la Directiva* ".

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

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

La mencionada Directiva establece de esta forma un umbral mínimo para armonizar los diversos ordenamientos jurídicos de los estados miembros, dejando no obstante una amplia libertad que subraya en el considerando duodécimo al expresar que " *... es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la Directiva*". Al respecto argumenta el § 9 de la STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid, que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad, que el Reino de España no incorporó el art. 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación). En su § 28 precisa que la Directiva " *... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva* ". En el § 32 añade: " *Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible* ".

La misma resolución, en su § 35, termina concluyendo: " *De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2* ". Coherentemente el apartado 1 del fallo dice: " *Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del*



carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

Continúan con tal argumentación las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, caso Árpád Kásler, C-26/13, en su § 35, cuando expresa que *"... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición".* En particular menciona el ordenamiento jurídico español el § 37: *"El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".*

Tras las conclusiones del Abogado General, la STJUE 30 abril 2014, C-26/13, caso Árpád Kásler, entiende que la exclusión que pretende la parte demandada debe ser objeto de una *"interpretación estricta"* (§ 42), por lo que *"las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan"* (§ 49). En particular el § 50 afirma que *"las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13"*, correspondiendo según § 51 al juez nacional apreciar si la cláusula constituye un componente esencial.

De ahí que el TJUE admita que las cláusulas del art. 4.2 de la Directiva pueden ser analizadas por los tribunales del Reino de España debido a la exclusión que nuestro legislador ha dispuesto al efecto, lo que además mantiene nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, que citando las anteriores, expresa en su FJ 3º: *"La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto, con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".* En el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que indica: *"En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 /CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom -), sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".*

Finalmente debe afirmarse que una previsión como la discutida, un aval a un contrato de préstamo con ya contaba con garantía hipotecaria, en absoluto puede considerarse *"definición del objeto principal del contrato"* del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, pues en definitiva se trata de un préstamo al que se añaden dos garantías, una real, hipotecaria, y otras personales, las fianzas de los actores, que podría subsistir sin tales avales, sin la hipoteca e incluso sin el interés remuneratorio, puesto que el contrato de préstamo es esencialmente gratuito según el art. art. 1755 CCv, que establece *"no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado"*.

De todo lo anterior se deduce, en consecuencia, que cabe analizar la cláusula denunciada por los demandantes, que no es el objeto esencial del contrato, pero que podría estudiarse incluso si lo fuera.

TERCERO .- Sobre la renuncia a los derechos



La cuestión de fondo es si la cláusula de garantía, que contiene una renuncia de derechos, se acomoda a las previsiones de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y las normas que la transponen al ordenamiento jurídico español, es decir, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la de protección de consumidores y usuarios.

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

Partiendo de esta protección que de salida ampara a los demandantes, hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante una condición general de la contratación, en el modo que diseña el art. 1 LCCG. Lo afirma la actora en el hecho tercero de la demanda y no lo niega la demandada al contestarlo, aunque matice que sí se negociara. Reconocido tal hecho conforme al art. 405.2 LEC , se partirá de tal consideración para analizar la cuestión controvertida.

Al respecto dispone el art. 8.2 LCGC " *En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* ". Esa la ley aplicable cuando se firma la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y garantía añadida que ahora se discute. Y en DA 1º.14 se considera abusiva " *La imposición de renunciaciones o imitación de los derechos del consumidor* ".

Los demandantes argumentan que hubo tal imposición a derechos que atañen a todo avalista o fiador, es decir, los beneficios de excusión, división y orden. Hay que añadir que la fianza otorgada es solidaria, conforme al art. 1822 CCv, de modo que, en definitiva, el acreedor puede dirigirse indistintamente frente al prestamista o los avalistas. La cuestión tiene sustancial relevancia, porque quien signa un aval de esta naturaleza hace algo más de lo que comúnmente se entiende por avalar o afianzar, que al margen de su significado jurídico, en la RAE se define como " *dar fianza por alguien para seguridad o resguardo de intereses o caudales, o del cumplimiento de alguna obligación* ".

Si se firma una fianza, aval o garantía, un consumidor medio razonablemente bien informado creerá que tendrá que responder en caso de que no lo haga otro, el deudor principal. Pero al constituirse la fianza en el modo que consta en los dos préstamos de autos, no sucede así. El fiador solidario que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden no es un simple avalista, sino que se transmuta en auténtico deudor. Se coloca en idéntica situación que el deudor principal. En la escritura aquí controvertida, confiaría en que respondiesen los deudores principales, con su patrimonio, y en su caso, con la garantía real, la hipoteca sobre el inmueble. De esas circunstancias cabe concluir que un fiador que otorgue fianza solidaria a un prestatario cuya deuda está garantizada por hipoteca consideraría, con razón, que sólo en caso de incumplimiento del deudor principal, de insuficiencia de su patrimonio y de falta de valor suficiente de la garantía real habría de responder.

Sin embargo la redacción de la cláusula, por el carácter solidario de la fianza con renuncia a todos los derechos que protegen al fiador, supone colocarle en una situación semejante al deudor principal, situación que es improbable haya querido realmente. Esos derechos, que desde el siglo XIX amparan a los fiadores, son renunciados sin explicación, porque desde luego la garantía general del art. 1911 CCv respecto de los deudores principales, y la hipoteca que otorga garantía sobre el inmueble, convierten en desproporcionada la renuncia realizada. Se suman y superponen garantías, pues tiene la general del citado art. 1911 CCv respecto a la totalidad del patrimonio del deudor principal, la real sobre el bien hipotecado, y la personal añadida de los avalistas, acumulación que también considera abusiva la DA 1ª LCGDU en su apartado 18: " *La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido* ", sin que sea aplicable al aval la excepción (" *se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica* "), que solo afecta a la garantía hipotecaria.

Volvamos entonces a los criterios reiteradamente señalados por el TJUE, del que es muestra, entre otras, la STJUE de 14 marzo 2014, C-415/11, caso Aziz. Dice la sentencia que para determinar la abusividad de la cláusula hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias de su celebración, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, mediante un análisis comparativo que ponga de manifiesto si se deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable, medios de los que dispone el consumidor para que cese el uso de cláusula abusivas,



y ponderar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

La cláusula controvertida es una fianza, es decir, no es esencial para el contrato suscrito. Se trata, por el contrario de una garantía, que se añade a una garantía anterior, la hipotecaria, por lo que resulta inexplicable que se renuncie a todos los derechos que recoge. Se otorga en sede de un contrato de préstamo que viene garantizado con hipoteca que cubre la totalidad del importe prestado, por lo que las circunstancias evidencian que no era presumible que se iba tener que atender la totalidad de la deuda, ya que en algún importe, por mucho que haya bajo el valor del inmueble, habría de satisfacerse al prestamista, sin que la situación concursal le impida hacer efectiva su garantía hipotecaria.

Los consumidores, con su renuncia, quedan en una situación jurídica menos favorable de la que sería razonable suponer atendida la existencia de un deudor principal y un refuerzo de las garantías mediante la hipoteca. Si se hubiera negociado de forma leal y equitativa, no es fácil presumir que se hubieran aceptado dichas renunciaciones, que colocan al que se cree avalista en idéntica situación que el deudor solidario, pero sin percibir las contraprestaciones de aquel, porque el deudor principal al menos dispone del importe del préstamo, pero el fiador ninguna prestación obtiene a cambio de comprometer la totalidad de su patrimonio en responder de la deuda ajena. Es decir, se trata de una fianza gratuita, no obstante lo cual se renuncia a todos los derechos que el Código Civil reconoce al fiador, de modo que no se respeta el justo equilibrio de prestaciones.

Tampoco hay constancia de que la renuncia a derechos que cualquiera se representaría tener, derive de una negociación individualizada, cuya prueba incumbe a la demandada conforme al art. 217.7 LEC, como dicen las SAP Asturias, Secc. 5ª, 15 marzo 2013, rec. 65/2013, SAP Madrid, Secc. 10ª, 24 marzo 2014, rec. 91/2014, SAP Salamanca, Secc. 1ª, 25 marzo 2014, rec. 55/2013, SAP Burgos, Secc. 3ª, 3 diciembre 2010, rec. 383/2010, SAP Barcelona, Secc. 17ª, 30 enero 2014, rec. 216/2013 o la SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 4 abril 2013, rec. 107/2013.

En definitiva utilizando cada uno de los parámetros que exige la jurisprudencia del TJUE para pondera la existencia de abusividad, y por todas las razones expuestas, se concluye que la cláusula de autos es abusiva, pues supuso una renuncia injustificada, impuesta por la entidad prestamistas, de derechos del consumidor, sin que haya habido una negociación individual que la justifique.

El art. 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Por ello procede acordar la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, estimando la demanda.

CUARTO .- Costas

Conforme al art. 394.1 LEC las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey pronuncio el siguiente

FALLO

1 .- **ESTIMAR íntegramente** la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de Dª María Inmaculada y D. Calixto, frente a KUTXABANK S.A.

2.- **DECLARAR** la nulidad del último párrafo de la estipulación décima del contrato de 10 de abril de 2007, dejándola sin efecto en cuanto dice *"Se constituyen en fiadores de la parte prestataria las siguientes personas Dª María Inmaculada y D. Calixto. Los afianzadores o garantizadores de la presente operación, por si y por su herederos, en su caso, responden del cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por el prestatario en virtud de este contrato, y de las consecuencias de aquellas y de éste, relevan a Kutxa de toda obligación de notificación por falta de pago del deudor afianzado y renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción determinado por el artículo 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores. El aval aquí regulado estará sujeto a las mismas estipulaciones de la operación principal, en tanto en cuanto sean de aplicación"*.

3. - **CONDENAR** a Kutxabank S.A. al pago de las costas de este procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455.1 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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número -, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

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

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION .- La sentencia transcrita fue leída y publicada por SSª en audiencia de hoy. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ