

**JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE DONOSTIA DONOSTIAKO  
1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA**



TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST JAUREGIA 1 3' Planta - C.P./PK: 20012 TEL.:  
943 00 07 29 FAX: 943 00 43 86

Procedimiento / Prozedura: Proc. Ordinario/ Prozedura arrunta XXX

Materia: CONTRATOS BANCARIOS

Demandante /Demandatzailea: XXXXXXXXXX

Demandado/ Demandatua: CAJA LABORAL POPULAR COOPERATIVA DE CREDITO

**S E N T E N C I A      N° 56/16**

JUEZ QUE LA DICTA: D<sup>a</sup> ITZIAR OTEGUI JAUREGUI

Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

**Fecha: dieciocho de febrero de dos mil dieciséis**

PARTE DEMANDANTE: XXX XXXX XXX

Abogado: MAITE ORTIZ PÉREZ

Procurador: AINHOA KINTANA MARTINEZ

PARTE DEMANDADA CAJA LABORAL POPULAR COOPERATIVA DE CRÉDITO  
Abogado: IÑAKI OLABARRIA FERNANDEZ

Procurador: JUAN RAMÓN ALVAREZ URIA

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 XXX/2015, promovidos por XXXX XXXX XXXXX XXX, representados por la procuradora de los tribunales Dña. Ainhoa Kintana Martínez y asistidos por los letrados Dña. Maite Ortiz Pérez y D. José María Erausquin Vázquez, contra CAJA LABORAL POPULAR, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, representada por el procurador de los tribunales D. Juan Ramón Álvarez Uría y asistida por el letrado D. Iñaki Olabarria Fernández, sobre condiciones generales de la contratación.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de julio 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 entidad 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:

se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto:

1. La Cláusula Cuarta, el inciso referido a la "Comisión por reclamación de posiciones deudoras".
2. La Cláusula Sexta, rotulada como "Intereses de demora".
3. La Cláusula Séptima Bis, rotulada como "Afianzamientos"

... y que 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". Los hechos alegados en la demanda son, sucintamente, los siguientes:

El 14 de junio de 2007 los demandantes firmaron en su condición de avalistas el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la entidad Caja Laboral Popular como prestamista y Dña. Xxxxx xxxx xxxx en su condición de prestataria. Defienden que son consumidores y que el contrato incluye tres cláusulas que, siendo condiciones generales de la contratación, resultan abusivas e interesan su declaración de nulidad por dicho motivo. Concretamente:

1. La cláusula cuarta, referida a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, por considerar que contraviene la normativa bancaria y resulta desproporcionada.
2. La cláusula sexta, referida a los intereses de demora, debido a su desproporción, a su cálculo teniendo en cuenta el año de 360 días, lo que supone un enriquecimiento injusto para la entidad y a su capitalización
3. La cláusula de afianzamiento en su modalidad de fianza solidaria con renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, lo cual reputan abusivo.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto de 7 de septiembre 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 la contestación, de 21 de octubre 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 acuerde:

- "1º.- Estimar la excepción de caducidad planteada, archivando el procedimiento.
- 2º.- Subsidiariamente, estimar la excepción de falta de legitimación activa, archivando el procedimiento.
- 3º.- Subsidiariamente, desestimar íntegramente la demanda.
- 4º.- Condenar a los actores al abono de las costas causadas en cualquier caso.

Los hechos expuestos son, de forma sintética, los siguientes:

Caja Laboral Popular informa de que el préstamo se halla impagado desde septiembre de 2015 sin que se haya procedido a la ejecución ni liquidación del mismo. Defiende que todas las cláusulas del contrato fueron aceptadas por los actores plena y expresamente, de forma consciente, voluntaria e informada, con entrega de la oferta vinculante, por lo que no hubo ningún tipo de abuso ni de falta de transparencia.

Alega que la finalidad del préstamo no fue la adquisición de la vivienda hipotecada, sino la financiación de deudas anteriores. Opone también que la parte demandante omite que los fiadores solo garantizan hasta un máximo del 18% del importe total (32.400,00 euros) por principal, intereses ordinarios y de demora, comisiones y costas. Así, la fianza garantiza la devolución del porcentaje superior al 80% del valor de tasación. Plantea por este mismo motivo la falta de legitimación activa de los demandantes.

Sostiene la validez de la fianza constituida como solidaria con renuncia a los beneficios de orden, excusión y división, prevista en el Código Civil y defiende que los efectos de una eventual declaración de nulidad deberían limitarse a la parte referida a la renuncia. Reputa igualmente válida la cláusula de intereses fijados al 18%, no desproporcionada en atención a sus fines. En todo caso, entiende que no procedería su eliminación sino su adecuación a la Ley 1/2013, a tres veces el interés legal del dinero. En cuanto a la cláusula de comisión por reclamación de deuda, sostiene su validez dado que se incluyó de forma transparente y para su cobro ha de mediar reclamación.

Plantea finalmente que la acción estaría caducada al haber transcurrido el plazo de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil para solicitar la nulidad, el que ha de contarse desde la fecha del contrato.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio el día 2 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. Las partes se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación, formularon su petición de prueba y tras su resolución en los términos que constan en autos se señaló día para el juicio.

CUARTO.- El día 29 de enero de 2016 se celebró el juicio en el que se practicó la prueba consistente en las declaraciones de los testigos D. xxx xxxx y D. xxxx xxxxxx.

Emitidas las conclusiones de las partes el juicio quedó visto para sentencia.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto de debate.

El presente juicio ordinario versa sobre la demanda interpuesta por xxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxx contra Caja Laboral Popular en el ejercicio de una acción de nulidad de diversas cláusulas (afianzamiento, intereses de demora y comisión por reclamación de posiciones deudoras) incluidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la entidad Caja Laboral Popular como prestamista y Dña. Xxxxxx xxxx como prestataria el 14 de junio de 2007 y que ellos firmaron como avalistas.

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. 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, tal y como aduce la parte demandada, 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 Caja Laboral Popular, las cuestiones a resolver serían:

- La posible caducidad de la acción.
- La excepción de falta de legitimación activa de los demandantes.
- La naturaleza negociada o impuesta de cada una de las cláusulas impugnadas y su validez; con determinación de los efectos en caso de declararse la nulidad.

## **SEGUNDO.- Falta de legitimación activa de los demandantes.**

Caja Laboral Popular alega la falta de legitimación activa de los actores para el ejercicio de la acción de nulidad, al garantizar únicamente un máximo del 18% de la deuda, dado que la entidad solo financiaba hasta el 80% del valor de tasación y la fianza se solicitó para cubrir la devolución del resto. Ello impide a su entender que puedan interesar la nulidad íntegra de las cláusulas impugnadas si la prestataria no es demandante. Considera que el interés jurídico le corresponde al deudor principal y en todo caso, de declararse la nulidad de la fianza, no cabría entrar a analizar las restantes cláusulas que no vincularían a los demandantes.

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC) dedica a la legitimación su artículo 10, según el cual:

"Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso".

La legitimación ad causam se puede definir como el nexo que ha de existir entre el actor y la pretensión que ejercita, vínculo que permitiría su estimación, lo sea después o no en función de la valoración del aspecto fáctico y jurídico en la sentencia.

En este sentido resulta claro el siguiente pronunciamiento contenido en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, 223/2005, de 30 de diciembre.

"Se considera al examinar la legitimación activa que la cuestión procesal afecta al orden público. Tal poder concreto, en los asuntos civiles, se considera ínsito en quien por afirmar la titularidad del derecho pretende acreditar por ello el máximo interés en su satisfacción. Pero la legitimación no radica en la mera afirmación de un derecho sino que, también, depende de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden.

En suma, la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, lo que se traduce en que el tema de la legitimación comporta una «questio iuris» y no una «questio facti» que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen".

En el presente caso, los demandantes firman el contrato en el que se insertan las cláusulas cuya validez cuestionan y que les vinculan en su condición de fiadores en los términos recogidos en la cláusula de afianzamiento, una de las impugnadas. Ello hace que sean parte del contrato y que resulte legítimo su interés, como obligados a cumplir las prestaciones derivadas del mismo, a instar la nulidad de las cláusulas que les vinculan y que califican de abusivas. No obsta a ello que según los términos del contrato no garanticen la totalidad de la deuda.

Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.302 del Código Civil (CC) legitima para el ejercicio de la acción de anulabilidad de los contratos a los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, lo que se entiende extrapolable a la solicitud de declaración de nulidad de una condición general de la contratación por quien aparece vinculado por ella.

Se comparte con la parte demandada que en el caso de declararse la nulidad de la fianza, con la consiguiente liberación de los fiadores de las obligaciones inicialmente contraídas, carecerían de legitimación para instar la nulidad de las restantes cláusulas del contrato.

La perpetuatio legitimationis, que exige analizar la relación entre el objeto del litigio y las partes en el momento de la interposición de la demanda, sin que resulte alterada por innovaciones introducidas por las partes, se vería exceptuada en tal caso por la pérdida de interés legítimo de los demandantes para interesar la nulidad de cláusulas contractuales que habrían dejado de vincularles (artículo 413 de la LEC). Ello no obsta a declarar su legitimación y a entrar a resolver sobre la validez de las cláusulas, comenzando por la referida al afianzamiento por el efecto que su declaración de nulidad podría tener en la legitimación según lo expuesto.

### **TERCERO.- Caducidad de la acción.**

La entidad defiende que la acción de nulidad de las cláusulas estaría caducada por transcurso del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1.301 del Código Civil (CC), excepción que no puede prosperar por los motivos que se exponen.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que los actores ejercitan una acción de nulidad de determinadas cláusulas del contrato con base en el artículo 8 de la LCGC y no una acción de anulabilidad del contrato por vicios de consentimiento. Ello hace que no resulte de aplicación el artículo invocado que concede un plazo de cuatro años para entablar la acción desde la consumación del contrato, plazo que además no se habría ni siquiera iniciado, dado

que el contrato de préstamo, de tracto sucesivo, aún no se ha consumado (STS del Pleno, Sala de lo Civil, núm.769/2014, de 12 de enero de 2015).

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta la aplicación al caso del artículo 19.4 de la LCGC, el cual dispone el carácter imprescriptible de la acción declarativa.

Los dos motivos expuestos hacen decaer la excepción de caducidad planteada.

**CUARTO.- Sobre el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas.**

Se procede a aclarar si las cláusulas controvertidas tienen o no el carácter de condiciones generales de la contratación partiendo de la definición que de las mismas ofrece el artículo 1.1. de la LCGC:

"cláusulas predisuestas 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.

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 predisuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predisuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predisuestas, 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."

Las partes adoptan diferentes posturas en relación al carácter impuesto o negociado de las mismas. La Directiva 93/13/CEE, de aplicación en los contratos celebrados con consumidores, como sería el caso, dispone en su artículo 3.2 que el profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba. En este sentido se pronuncia también el TJUE, entre otras, en la Sentencia de 16 de enero de 2014, p. 19 Caso Constructora Principado.

En relación a la carga de la prueba, conviene aclarar que no se trata de normas que obliguen a acreditar un extremo determinado a una de las partes en el proceso, sino que imponen a una de ellas las consecuencias de que la totalidad del marco probatorio no permitan considerarlo probado. En este sentido, la STS 834/2009 de 22 de diciembre: "La jurisprudencia suele destacar que las normas sobre reparto del onus probandi [carga de la prueba] no pueden considerarse infringidas en aquellos casos en los que el tribunal considera acreditados los hechos fundándose en distintos medios de prueba, sino solamente en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien correspondería proporcionar dicha prueba".

Resulta necesario hacer un pronunciamiento separado en relación a cada una de ellas. Las cláusulas impugnadas en el presente caso son:

"CUARTO: COMISIONES.- Comisión por reclamación de posiciones deudoras: Si durante la vida de esta operación se produjera la existencia de importes vencidos e impagados, ya fuesen por capital o intereses y siempre que mediara reclamación, se dará lugar al cobro de una comisión por reclamación de posiciones deudoras que se percibirá una sola vez por cada importe vencido y no satisfecho que se produzca y sea reclamado y por un importe máximo de 30,05 euros cada vez que se liquide esta comisión".

Se trata de una cláusula contractual cuyo texto no ofrece duda acerca de que fue objeto de redacción previa por la entidad de crédito con finalidad de incluirse de manera general en una pluralidad de contratos. Además, la parte demandada no expone los motivos por los que cabría considerar que se trata de una cláusula negociada entre las partes, ni se refirieron a la misma los testigos, empleados de la entidad, en sus respectivas intervenciones. Por lo tanto, concluyo que es una condición general de la contratación.

"SEXTO.- INTERESES DE DEMORA.- Todos los importes vencidos e impagados, ya fuese por capital o intereses devengarán desde luego y sobre la suma vencida un interés igual al resultado de sumar un extratipo de DIECIOCHO ENTEROS POR CIENTO NOMINAL ANUAL al interés retributivo vigente el día de vencimiento de cada cuota no atendida. Dicho tipo de interés de demora así calculado permanecerá fijo para cada cuota impagada hasta el día en que sea satisfecha liquidándose estos intereses a la fecha de su pago y se calcularán los importes impagados por el número de días de demora y el tipo de interés aplicable y dividiendo este producto entre 36.000".

Con reiteración de la argumentación expuesta para la cláusula anterior, se concluye que se trata de una condición general de la contratación.

"SÉPTIMO BIS: AFIANZAMIENTOS.- Además de la garantía hipotecaria que en esta escritura se establece y sin perjuicio de la misma, XXXXX XXXXXX XXXX XXXX como fiadores garantizan personal y solidariamente a CAJA LABORAL el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte PRESTATARIA en virtud de la presente escritura de préstamo hasta un importe máximo igual a 18% del importe total que, por principal, intereses ordinarios y de demora, comisiones y costas les sea en deber la parte PRESTATARIA a CAJA LABORAL con motivo del préstamo antes señalado. Esta fianza es aceptada por el representante de CAJA LABORAL.

La fianza se presenta con el carácter SOLIDARIO, y consecuentemente con expresa renuncia a los beneficios de orden, excusión y división.

La concurrencia en cualquiera de los fiadores de las circunstancias establecidas en la letra A) de la cláusula SEXTA BIS faculta igualmente a CAJA LABORAL para el vencimiento anticipado del préstamo ..."

La parte demandada argumenta que la cláusula de afianzamiento no es una condición general de la contratación, y explica que fue requerida a la prestataria porque solo financiaban el 80% del valor de tasación y la fianza garantizaba la devolución del resto hasta los 180.000 euros. Aporta como documento 1 de su contestación el informe de tasación de la finca hipotecada, por valor de 185.000 euros y como documento 2, la minuta del préstamo en el que se indica que el 18% del afianzamiento garantiza la devolución de 32.400,00 euros.

Se comparte con la entidad demandada que la previsión de un afianzamiento del 18% de la cantidad debida, evidencia que nos hallamos ante una cláusula que fue el resultado de la negociación entre las partes. Se estima que sería la insuficiencia de la garantía hipotecaria lo que provocó la necesidad de acudir a una garantía personal accesoria, limitada al importe que no quedaría cubierto por la garantía real y con la que la prestamista, la prestataria y los fiadores se mostraron de acuerdo.

El hecho de que el pacto de afianzamiento fuera negociado no obsta sin embargo a considerar que la referencia concreta a la constitución de la fianza como solidaria con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división sí sería una condición general de la contratación. No se exponen los motivos concretos por los que se optó por una fianza de tales características y ambos testigos coincidieron al señalar que resultaba habitual que la fianza fuera solidaria, sin hacer mención alguna a los concretos motivos por los que pudiera optarse por dicha modalidad en este caso.

Esta diferenciación entre la naturaleza negociada del afianzamiento y la consideración de condición general de la contratación de la modalidad solidaria de la misma, 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 de la cláusula referida a la configuración de la fianza como solidaria y la renuncia a los beneficios de orden, división y extinción, aspecto que se considera motivo de abusividad y de nulidad de la cláusula por la parte actora, ha de considerarse una condición general de la contratación.

#### **QUINTO.- Control aplicable a las cláusulas impugnadas.**

La conclusión alcanzada en el fundamento de derecho anterior hace que resulte aplicable la LCGC, que tiene por objeto aquellos contratos que incluyen este tipo de condiciones predisuestas 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. En el caso en el que el adherente sea consumidor (como lo son los actores) las cláusulas han de ser analizadas también a la luz de la normativa protectora de los mismos (Directiva 93/13/CEE y TRLGDCU).

Comienzo con la exposición de los artículos de la Directiva que resultarían aplicables, y su interpretación jurisprudencial aclarando que no tratándose de condiciones que afecten al objeto principal del contrato no existe obstáculo para someterlos al control de la Directiva.

Artículo 3.1. "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Artículo 4.1. "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

Artículo 5. "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"...

Además, ha de tenerse presente el fundamento del sistema protector establecido en la Directiva, recordado por el TJUE, entre otras, en su Sentencia de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG):

"el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente 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 (sentencias de 15 de marzo de 2012, Pereniéová y Perenié, C-453/10, apartado 27, y de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33).

Explica que ante esta posición de inferioridad, la Directiva, a través de sus artículos 3 y 5, "establece la prohibición de cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y la obligación de redacción clara y comprensible de las cláusulas, a fin de que el consumidor cuente con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato".

A continuación se expone el resultado de la interpretación que el TJUE ha realizado de los citados artículos de la Directiva con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Comenzando por el control por la vía del artículo 5 de la Directiva, el TJUE recuerda en la sentencia dictada en el Caso Constructora Principado con cita a su sentencia de 21 de marzo de 2013, Caso RWE Vertrieb, C- 92/11) que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y sus consecuencias, al entender que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información.

Esta misma idea queda reforzada en la Sentencia de 30 de abril de 2014, Caso Árpád Kásler, en la que se dice que:

"toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva p. 72). Además aclara: "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".

Este sentido de la transparencia ha sido mantenido por el TJUE en su reciente Sentencia de 23 de abril de 2015, Caso Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances SA,

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 modo que la redacción unida a la información suministrada al consumidor, permitan a este acceder a comprender realmente su significado, funcionamiento y consecuencias económicas.

En relación a la abusividad a la que se refiere el artículo 3, 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".

Asimismo, ha de tenerse presente que recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que la no aplicación de una cláusula incluida en un contrato con un consumidor no es óbice para que el Juzgador lleve a cabo su control de abusividad.

Se trata del auto de 11 de junio de 2015, Asunto C 602-13 de la Sala Sexta mediante el cual el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander y en respuesta a la tercera cuestión, relativa precisamente a la cuestión que se analiza, en relación a una cláusula de vencimiento anticipado declara:

"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".

De ello se colige que el control de abusividad ha de aplicarse en abstracto, sin tener en cuenta si la cláusula ha llegado a aplicarse.

Si nos fijamos en la normativa nacional que transpone la Directiva, la LCGC recoge determinados requisitos para la incorporación de las cláusulas en sus artículos 5.5 y 7 que resultarían aplicables con independencia de que el adherente sea o no consumidor, dirigidas a la válida incorporación de la cláusula.

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".

El artículo 8 regula la nulidad de las condiciones generales por dos motivos: por contravención de normas imperativas en perjuicio del adherente (no necesariamente consumidor) salvo que la ley establezca otra consecuencia para el caso de la infracción (párrafo primero) y por razón de abusividad en el caso de contratos celebrados con los consumidores (párrafo segundo). El segundo párrafo remite al TRLGDCU cuyo artículo 82.1 dice:

"Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Se procede a resolver sobre la validez de las diferentes cláusulas conforme a los criterios de transparencia y de abusividad expuestos.

#### **SEXTO.- Cláusula de afianzamiento.**

La acción de nulidad se basa, por un lado, en el déficit informativo y en la confusa redacción de la cláusula suscrita, lo que consideran 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, les genera en su posición contractual como fiadores. Consideran que no se trata de una fianza solidaria en la que los fiadores renuncian a sus beneficios, porque siendo solidaria no serían titulares de los mismos, sino una fianza en la que se impone una renuncia a los beneficios que les son propios como fiadores, convirtiéndose en obligados solidarios.

Caja Laboral Popular sostiene que resulta indiscutible que la fianza se constituyó como solidaria y la renuncia no hace sino reforzar tal carácter. Defiende que cumplió con los deberes de transparencia y que los fiadores no fueron colocados en la posición del deudor, ya que solo garantizan el 18%.

#### **A) Análisis de validez.**

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 del 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, la fianza se configura como solidaria, motivo por el que los demandantes carecen de beneficio de excusión. La parte demandante defiende que no puede entenderse que la fianza sea solidaria si va seguida de una renuncia de derechos de los que no es titular el obligado solidariamente y por ello sostienen que se trata de una fianza común o simple con renuncia impuesta de los beneficios.

Dicha conclusión no se comparte. La cláusula hace referencia primero a la solidaridad entre los fiadores e incluye después una referencia expresa al carácter solidario de la fianza:

" ...La fianza se presta con el carácter de SOLIDARIO, y consecuentemente con expresa renuncia a los beneficios de orden, excusión y división".

La referencia expresa a la solidaridad no permite entender que nos hallemos ante una fianza ordinaria. Si bien es cierto que no resulta del todo acorde con el CC hablar de renuncia de beneficios con los que no cuenta el fiador solidario, la interpretación conjunta de la cláusula permite concluir que el término consecuentemente no supone sino la descripción de lo que implica una fianza solidaria, a la que es inherente la inexistencia de tales beneficios y a los que necesariamente se renunciaría, si bien es cierto que no existiría una renuncia propiamente dicha.

Ha de resolverse si la modalidad de fianza solidaria en la que no existen beneficios de orden, división y excusión fue insertada de forma transparente en el contrato, en los términos exigidos por la jurisprudencia del TJUE. En definitiva, si se permitió que los consumidores conocieran el significado real y las consecuencias económicas que implicaban la firma de la fianza.

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

Partimos de que la modalidad de afianzamiento solidario 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 el consumidor en una situación perjudicial que le genere un desequilibrio importante.

Por un lado, 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 solidario 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.

Pero por otro lado, se aprecia que la redacción de la cláusula de afianzamiento, sin explicaciones adicionales sobre la incidencia del carácter solidario y a la renuncia de los beneficios (que le serían inherentes), no permite que un consumidor medio sin conocimientos financieros perciba el alcance de la obligación que asume.

La Audiencia Provincial de Gipúzkoa, 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.

Si nos fijamos en las exigencias marcadas por la Jurisprudencia del TJUE sobre el deber de transparencia en los contratos celebrados con los consumidores (Caso Árpád Kásler, y Caso Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances S.A., antes citadas, entre otras) se aprecia la necesidad de una explicación sobre el significado económico que la condición general tendrá en la posición contractual del consumidor que la firma.

En el presente procedimiento no queda acreditado que se diera ninguna explicación adicional sobre el significado de la configuración de la fianza como solidaria, con la renuncia a los beneficios de orden, excusión y división que conlleva, de modo que el consumidor pudiera comprender que surgido el incumplimiento por la prestataria, la entidad podría acudir, indistintamente, a la deudora o a uno o ambos fiadores a reclamarla.

Por ello, se considera que la cláusula no supera el control de transparencia.

En cuanto a su carácter abusivo, ha de tenerse en cuenta que si bien se trata de una modalidad de fianza que cuenta con un amparo legal, el hecho de que se incluya en una condición general impuesta por la entidad agrava la situación del consumidor, quien pierde una serie de beneficios que en principio le correspondían, haciendo que la obligación de afianzamiento contraída resulte más onerosa sin que se haya demostrado que la opción por la fianza solidaria se tratara de una condición necesaria para el otorgamiento del préstamo, de lo que se hubiera podido deducir que eran conscientes de ello.

En este sentido, cabe apreciar que la privación al fiador de los beneficios que le hubieran correspondido de optar por una fianza ordinaria, genera un desequilibrio entre los derechos entre las partes resultando contraria a la buena fe, al entender que de haber sido informados con la suficiente transparencia de la obligación que asumían no la hubieran aceptado (criterio para apreciar la buena fe fijado en la sentencia dictada en el Caso Aziz).

**B) Consecuencias de la declaración de abusividad del carácter solidario de la fianza con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división.**

La parte actora interesa en su demanda que se declare la nulidad de la cláusula de afianzamiento dejándose sin efecto. Caja Laboral, considera que en su caso la nulidad solo debe afectar a la renuncia de los beneficios. La propia parte actora matizó en fase de conclusiones, momento en el que no se permite la variación del objeto del proceso, que la nulidad afectara a la mención relativa a la renuncia a los beneficios.

Se considera que la nulidad ha de afectar solamente a la mención arriba transcrita en la que la fianza se configura como solidaria con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división.

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 e/ 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 vigésimocuarto 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 v 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 Kás/er y Káslerné Rábai . EU:C:2014:282, apartado 77) (P 28 a 32)

En este caso, conviene tener presente que el único aspecto que se ha considerado no negociado y se ha sometido al control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE ha sido el referido a la opción por la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios. Su nulidad no afecta al pacto de fianza entre las partes que puede subsistir sin que ello genere un desequilibrio contractual y sin que ello pueda considerarse una modificación del contrato.

Por lo tanto, la declaración de nulidad se limita al inciso:

"La fianza se presenta con el carácter SOLIDARIO, y consecuentemente con expresa renuncia a los beneficios de orden, excusión y división".

El mantenimiento de la validez del pacto de afianzamiento hace que la legitimación de los actores subsista respecto de las restantes cláusulas, como se adelantaba en el fundamento de derecho segundo.

## **SÉPTIMO.- Interés de demora.**

### **A) 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 Abogada 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 moratorias 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)".

Resulta también interesante fijarnos en los intereses moratorias 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).

## **B) Control del abusividad de la cláusula.**

La parte actora considera abusiva la fijación de unos intereses de demora de un extratipo de un 18% a sumar a los intereses remuneratorios pactados, su cálculo conforme al año comercial así como su capitalización. Caja Laboral sostiene que la fijación de los intereses moratorios al 18% era normal en el año 2007 y en su caso considera que tendrían que ajustarse al triple del interés legal del dinero conforme a la Ley 1/2013.

Aplicando los parámetros expuestos vemos cómo al tiempo de celebrarse el contrato (14 de junio de 2007) el interés legal del dinero estaba al 5,00% (en la demanda se indica el 4%).

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 4,500% durante los primeros 12 meses, Euribor más un diferencial de 0,550 puntos a partir de dicha fecha). 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 y en este caso sí lo es.

En el contrato objeto de autos se fijó un tipo de interés de demora de 18 puntos adicionales al remuneratorio, por los que se supera muy notablemente cualquiera de los criterios antes expuestos. Resulta destacable que el criterio del triple del interés legal del dinero aplicable a los préstamos destinados a la adquisición de vivienda habitual ascendería al 15%. Si bien en la contestación a la demanda se indica que la finalidad de la hipoteca era la financiación de

las deudas anteriores, el resumen de minuta indica que el destino era la compra de una vivienda habitual y en la consulta general interna de la entidad (documento 3 de la contestación) se hace referencia a la reagrupación de préstamos en el préstamo hipotecario objeto de autos, lo cual no lo desliga del destino de adquisición de la vivienda cuando uno de los préstamos anteriores tenía dicha finalidad.

Se valora también que tanto la contestación a la demanda como las declaraciones de los testigos, hacen referencia a que el interés de demora se fijó en 18 puntos porcentuales, cuando en realidad, se trata de un porcentaje adicional a sumar al interés remuneratorio.

Además, la operación ya contaba con una garantía hipotecaria y un aval solidario de dos personas por el importe no garantizado con la garantía real.

Por todo lo expuesto, se considera que la cláusula de interés de demora fijada en 18 puntos porcentuales a sumar al remuneratorio es abusiva por no respetar el debido equilibrio entre las prestaciones de las partes.

### **C) 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) y el contenido de la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, Caso Unicaja Banco (analizado con ocasión del estudio de las consecuencias de la nulidad de la configuración de la fianza como solidaria con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división), el efecto de la declaración de nulidad ha de ser la desaparición de la cláusula. 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.

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 v Káslerné Rábai , EU:C:2014:282, apartados 82 a 84)"(P.33)

Es cierto que la sentencia considera acomodada a la Directiva una disposición nacional como la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 en virtud de la que se recalculen los intereses de demora en un procedimiento de ejecución hipotecaria siempre que ello no

impida al juez apreciar la abusividad de la cláusula y dejar de aplicar la previsión legal en caso de estimar que resulta abusiva. Ahora bien, entiendo que en el presente caso la supresión de la cláusula relativa a los intereses de demora no acarrea la ineficacia del contrato ni coloca a los consumidores en una situación perjudicial, por lo que no concurrirían los presupuestos para los que el TJUE prevé la posibilidad de integración de la cláusula.

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 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 LGCG y en caso de que no lo fuera, se suprimirla sin más del contrato.

En el caso analizado por el Alto Tribunal el contrato establecía un interés de demora a calcular mediante la suma de diez puntos porcentuales al interés ordinario pactado. 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):

"La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora consiste en la adición de veinte puntos porcentuales al tipo de interés ordinario aplicable en cada momento, puesto que a partir del primer año, el interés remuneratorio es variable.

En la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360), consideramos que suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, teniendo en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio, en caso de demora, suponía una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 2007, 2164) ). En consecuencia, lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución".

Las anteriores sentencias analizaban la abusividad de los intereses de demora en préstamos personales, mas 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 moratoria 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 5°).

Por lo tanto, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo procede suprimir el tipo de interés demora "pactado" por abusivo con la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

La declaración de nulidad del interés de demora hace innecesario entrar a analizar las alegaciones de abusividad del anatocismo y de la forma de cálculo del mismo, que se ven afectadas por tal declaración.

**OCTAVO.- Comisión por reclamación de posiciones deudoras.**

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. Caja Laboral 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 declara:

"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 una cantidad máxima de 30,05 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, ni la cantidad concreta de esta, ya que solo se establece un máximo.

Ello incumple 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).

Además, la cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste.

Considero que se trata de una cláusula abusiva por cuanto opera de modo automático con ocasión de cada reclamación por parte de la caja 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 en una situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de la Directiva y el artículo 10 bis de la LGDCU

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, actual art. 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 alega ni prueba que se haya procedido al cobro de alguna cantidad a los demandantes por tal concepto, por lo que no cabe declarar ninguna consecuencia de la nulidad de la cláusula.

## **NOVENO.- Costas procesales.**

De conformidad con el artículo 394.2 de la LEC cada parte abonará sus costas y la mitad de las comunes al haberse estimado parcialmente la demanda.

Procede la estimación parcial de la demanda.

### **FALLO**

1. ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D.xxxxx xxxxxx xxxxxx xxxx contra Caja Laboral Popular.
2. DECLARO la validez de la cláusula séptima bis (afianzamientos) salvo en la parte siguiente cuya nulidad se declara: "La fianza se presenta con el carácter SOLIDARIO, y consecuentemente con expresa renuncia a los beneficios de orden, excusión y división". Se tiene por no puesta manteniéndose la validez de la cláusula en la parte restante.
3. DECLARO la nulidad del incremento de los 18 puntos porcentuales que supone el interés de demora previsto en la cláusula sexta bis (intereses de demora) debiendo devengarse el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.
4. DECLARO la nulidad de la cláusula cuarta en la parte referida a la "Comisión por reclamación de posiciones deudoras". Se tiene por no puesta en el contrato.
5. COSTAS: cada parte abonará las propias y la mitad de las comunes dada la estimación parcial de la demanda.
6. De conformidad con el artículo 22 de la LCGC diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

**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 062215, 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 18 de febrero de 2016.

[www.abogadosres.com](http://www.abogadosres.com)