

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA



SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007 Tel.: 943-000712 ---Fax /Faxa: 943-000701

R.apelación XXX/2015 -R

O.Judicial origen /Jatorriko Epaitegia: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia

Autos de Procedimiento ordinario XXX/2015 (e)ko autoak

Recurrente/ Errekurtsogilea: XXXXX XXXXXXXX Prokuradorea:FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE --Abogado/a/ Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

Recurrido/a I Errekurritua: KUTXABANK

Procurador/a/Prokuradorea: SANTIAGO TAMES ALONSO Abogado/a/ Abokatua: ITZIAR SANTAMARIA IRIZAR

S E N T E N C I A N º 180/2015

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dª. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

Dª. TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a treinta de septiembre de dos mil quince. La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as

Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Juicio Ordinario nº XXX/2015 sobre condiciones generales de la contratación del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián, a instancia de Dña. XXXXX XXXXXXXX (apelante - demandante), representada por la Procuradora Dña. Francisca Martínez del Valle y defendida por los Letrados Dña. Maite Ortiz Pérez y D. José María Erauskin Vázquez, contra KUTXABANK S.A. (apelada - demandada), representada por el Procurador D. Santiago Tamés Alonso y defendida por la Letrada Dña. Itziar Santamaría Irizar; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 4 de mayo de 2015.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de mayo de 2015 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián dictó Sentencia, que contiene el siguiente Fallo:

"1. DESESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña.

XXXXXX XXXXXX XXXX contra Kutxabank S.A.

2. CONDENO a Dña. XXXXXX XXXXXXXX XXXXX al pago de las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 15 de septiembre de 2015.

TERCERO.- Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D. Felipe Peñalba Otaduy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate en esta instancia

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián desestimatoria de la demanda interpuesta por D^a XXXX XXXXXX XXXX ejercitando, al amparo del art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), una acción de nulidad de las cláusulas de afianzamiento incluidas en los contratos de préstamo hipotecario suscritos por la demandante, en calidad de fiadora, con CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIAN-GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA (actualmente KUTXABANK, S.A.) el 13 de octubre de 2004 (cláusula undécima) y el 26 de diciembre de 2006 (cláusula décima), se alza el recurso de apelación interpuesto por aquélla en solicitud de que se dicte una nueva sentencia revocatoria de la de instancia por la que se declaren nulas las indicadas cláusulas, con imposición de costas a KUTXABANK, S.A.

La parte apelante fundamenta su recurso con base en las consideraciones que, en síntesis, son las siguientes:

1.- Tanto el beneficio de excusión (arts. 1.830 y 1.831 CC), como el beneficio de división (art. 1.837 CC), constituyen derechos a los que el fiador podrá renunciar, debiendo valorarse, en el caso en que lo haga, las condiciones de tal renuncia. Y comprometer solidariamente el patrimonio del consumidor por la vía de una renuncia de derechos y beneficios que transmuta la figura del fiador hacia la del obligado solidario, desvirtuando la percepción que el consumidor (en este caso sin apenas formación y dedicado básicamente a labores domésticas) tiene de lo que significa ser "avalista", supone una causa de nulidad de la cláusula por abusiva en los términos del art. 8.2 LCGC.

2.- Se ha infringido el art. 86.7 TRLGDCU, pues no se aplica el mismo, aun cuando la sentencia impugnada concluye que no existió negociación previa entre KUTXABANK y su representada y está admitiendo que: a) la cláusula ha sido impuesta; b) Su contenido recoge la renuncia a los beneficios que asisten al fiador; y c) ello perjudica al consumidor.

3.- En el presente supuesto concurren los requisitos para poder estimar el carácter abusivo de las cláusulas impugnadas que se desprenden de la lectura del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del art. 82.1 TRLGDCU: a) Ha sido impuesta por el profesional; b) resulta contraria a la buena fe, pues el profesional estimaba con total seguridad que el fiador no hubiera aceptado las renunciaciones contenidas en las cláusulas controvertidas, en un marco de negociación libre e individual, de haber conocido que ello suponía, en caso de incumplimiento del deudor, situarse a su mismo nivel, respondiendo incluso con todo su patrimonio; y c) genera un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en los derechos y deberes que se derivan del contrato, lo que resulta evidente, pues pierde los beneficios que le reconoce el ordenamiento jurídico y no recibe ninguna contraprestación por ello (lo que determina su abusividad por falta de reciprocidad -art. 87 TRLGDCU- y por establecerse garantías desproporcionadas al riesgo asumido -art. 88.1 TRLGDCU-).

4.- El mantenimiento de la fianza, eliminadas las renunciaciones que contiene, resultaría contrario al objetivo recogido en el art.7 de la Directiva 93/3/CEE y sólo su eliminación conseguirá disuadir al profesional de su empeño en continuar utilizando cláusulas abusivas en los contratos suscritos con consumidores (así, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, caso Banesto).

La representación de KUTXABANK, S.A. se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario e interesa su desestimación con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Planteamiento de una cuestión nueva

Como recuerda la STS de 31 de enero de 2014, "los hechos y la causa de pedir quedan fijados inexorablemente en la primera instancia y no pueden ser objeto de variación posterior (lite pendente, nihil innovetur), como esta Sala ha declarado reiteradamente

(por todas, las sentencias nº 662/2010, de 27 octubre, 678/2009, de 3 noviembre) (STS 17-2-2011, recurso 1503 de 2007)".

Igualmente, tiene declarado la STS de 31 de marzo de 2014, "En la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se precisa, en cuanto al principio dispositivo, que es a quienes creen necesitar tutela a quienes se atribuyen las cargas de pedirla y de determinarla con suficiente precisión -además de alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela-, dado que el Tribunal no está gravado con el deber y la responsabilidad de decidir cual, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponda en el caso. Ese principio aparece reflejado en el artículo 216 de la Ley, invocado en el motivo, en cuanto impone a los Tribunales civiles decidir los asuntos en virtud de las pretensiones de las partes.

Se refleja dicho principio en varias exigencias procesales: ...

(b) En el rechazo, en los recursos de apelación y casación, de las llamadas cuestiones nuevas, en el sentido de ajenas al debate en las instancias, en beneficio del derecho de defensa y de los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia -sentencias 388/2012, de 26 de junio, 703/2012, de 14 de noviembre, 147/2013, de 20 de marzo, 737/2013, de 11 de diciembre, entre otras muchas-."

La parte apelante en su escrito de recurso mantiene que las cláusulas controvertidas infringen el art. 88.1 TRLGDCU generando un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en los derechos y deberes que se derivan del contrato por el hecho de establecer garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Ahora bien dicha cuestión no se suscitó en el escrito demanda, planteándose por vez primera en la alzada, por lo que esta Sala no puede entrar a valorarla.

TERCERO.- Condiciones generales de contratación

El tenor literal de las cláusulas controvertidas es el siguiente:

"Cláusula undécima del contrato de 13 de octubre de 2004:

AFIANZAMIENTO

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

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

El presente aval tendrá vigencia y carácter vinculante en tanto el saldo deudor de la operación incluido principal e intereses sea superior a CIENTO TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA EUROS (131.940) y solo por la cantidad que exceda de ese importe".

Cláusula décima final del contrato de 26 de diciembre de 2006:

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

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

El apartado 1 del art. 1 LCGC dispone que son condiciones generales de la contratación las 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.

La STS 241/2013, de 9 de mayo, establece que constituyen requisitos de las mismas los siguientes: a) contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (apartado 137).

Igualmente, como indica la referida sentencia: "es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157)".

Constituye doctrina pacífica y consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (así SSTs de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015) que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o

empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, como el TRLCU (art. 82.2).

En concreto, la última resolución declara: "Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde 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. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitarse la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial".

La sentencia impugnada mantiene que la cláusula controvertida tiene carácter de condición general de la contratación, mientras que la entidad bancaria apelada lo niega por entender que la misma no fue predispuesta, ni impuesta, existiendo una verdadera negociación entre las partes.

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. 1.837 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 aquella.

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

KUTXABANK, S.A. sostiene que la prueba de la negociación queda acreditada mediante la prueba documental acompañada junto con su escrito de contestación a la demanda. Entre los citados documentos se encuentran declaraciones de bienes de la actora, así como informes favorables de la entidad a la concesión de los préstamos solicitados (en uno de ellos se indica que "Los padres de la solicitante y avalistas de la operación, apoyan totalmente la operación"). De la indicada documental en modo alguno se deduce que fuese objeto de negociación entre la fiadora y la entidad prestamista la renuncia por parte de aquella a los beneficios recogidos en la cláusula controvertida.

Por todo lo cual, esta Sala considera totalmente acertada la conclusión del Juzgador de instancia de que la cláusula controvertida es condición general de la contratación.



CUARTO.- Nulidad de las cláusulas controvertidas por abusividad en contratos celebrados con consumidores

Como se ha expuesto, la parte demandante-apelante ejecuta una acción de nulidad al amparo del art. 8.2 LCGC alegando, por una parte, déficit informativo y confusión en la redacción de la cláusula suscrita, lo que estima que conlleva el incumplimiento de los deberes de transparencia; y por otro, en el desequilibrio importante que, en contra de las exigencias de la buena fe, genera en su posición como fiadora.

El citado precepto dispone que 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 art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Al tiempo de celebrar los contratos de préstamo de los que trae causa la demanda se encontraba en vigor la Ley 26/1984, de 19 de julio, y no el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLUCU). De acuerdo con el artículo décimo de la citada norma las cláusulas deberán cumplir los siguientes requisitos, entre otros: a) corrección, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa y b) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye, las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre los controles de inclusión (control de transparencia formal o documental) y de transparencia (control de transparencia real) y la validez de las denominadas cláusulas suelo en diversas resoluciones, entre ellas, las sentencias nº 241 de 9 de mayo de 2013 y nº 464 de 8 de septiembre de 2014, muchas de cuyas consideraciones son extrapolables al caso de autos.

En concreto, por lo que respecta al control de transparencia real la STS de 9 de mayo de 2013, indica que dicho control tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (210). Por ello, es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (211), de forma que se garantice que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la

información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa (213).

Y la STS de 8 de septiembre de 2014 precisa: "6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)".

En el caso de autos, en ambos contratos de préstamo se identifica a D^a xxxxx xxxx xxxx como fiadora. En el segundo de los préstamos se dice que interviene en su propio nombre y derecho y como fiadora. Ambos contratos contienen un pacto de compensación (cláusula novena en ambos casos) en el que se establece que "Los prestatarios responden solidariamente del cumplimiento de las obligaciones dimanante de este contrato". Por el contrario, en la cláusula que recoge el afianzamiento se omite utilizar el término "solidario", limitándose a señalar que renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción que legalmente les pudiera asistir.

Resulta evidente que ostentar la condición de fiador o fiador obligado a pagar al acreedor sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor es sustancialmente diferente, y que la trascendencia económica y jurídica que ello comporta tiene notoria trascendencia. Según el diccionario de la lengua española de la Academia la segunda acepción de la palabra fiador es: persona que responde otra de una obligación de pago, comprometiéndose a cumplirla si no lo hace quien la contrajo, por lo que resulta lógico y razonable concluir que un consumidor, salvo que se acredite que tiene conocimientos específicos, entiende que su obligación nace si el prestatario no cumple. Y, de hecho, en los préstamos hipotecarios concertados en el caso de autos la solidaridad sólo se predica expresamente de los prestatarios. Es cierto que las cláusulas recogen que expresamente los fiadores renuncian a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción que legalmente les pudiera asistir, pero no consta que se les haya dado explicación alguna sobre la significación jurídica y económica que ello comportaba, ni que se mantuviera como condición necesaria para la concesión del crédito la renuncia a dichos beneficios, lo que hubiera hecho suponer que eran conscientes de ello. Por otra parte, como señala la STS de 8 de septiembre de 2014, "sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su

caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

Por todo lo cual, se ha de concluir en el presente supuesto que la cláusula controvertida adolece de falta de transparencia. Y, apreciada ésta, procede realizar un control de abusividad de la misma.

Como se ha expuesto, se entiende que son abusivas aquellas cláusulas que, en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, siendo evidente que la renuncia a los beneficios de excusión y división supone gravar de manera sustancial la posición jurídica del fiador en beneficio del acreedor, sin que conste qué beneficio obtiene aquél renunciando a los derechos que la ley le reconoce. No existen elementos de hecho para afirmar que, de haber conocido el consumidor las consecuencias jurídicas y económicas de su renuncia, hubiera suscrito la misma. Tampoco se puede concluir a la vista de la prueba practicada que la renuncia a los indicados beneficios fue condición necesaria para la concesión de los préstamos.

Por otra parte, que jurídicamente no quepa equiparar fiador a deudor solidario por las facultades que la ley reconoce a éste frente a aquél, y que se ponen de manifiesto en la sentencia impugnada (arts. 1.838, 1.839 y 1.843 CC), no excluye, tal y como también señala dicha resolución, la similitud que se da, como consecuencia de la renuncia al beneficio de excusión, entre el fiador y el deudor en relación con el acreedor.

Por último, que la normativa del Código Civil contemple la posibilidad de renunciar a los beneficios de excusión y división no excluye la abusividad en la medida en que mediante dicha renuncia se están restringiendo los derechos que la misma norma reconoce al consumidor.

A tenor de lo expuesto, es claro que la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción por parte de la fiadora perjudica de manera no equitativa a la misma gravando su situación sin causa que lo justifique, por lo que, procede, con estimación del recurso de apelación, revocar la sentencia de instancia y declarar la misma nula por abusiva.

QUINTO.- Consecuencias de la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción.

La LGDCU en su redacción vigente a la firma de los contratos objeto de controversia disponía en su artículo 10.4 que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo".

El vigésimo primer considerando de la Directiva 93/13/CEE indica que "... los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguiría siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia.

El art. 6.1 de la indicada Directiva 93/3/CEE dispone que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas"

La parte apelante sostiene que el mantenimiento de la cláusula de fianza, eliminadas las renunciaciones, resultaría contrario al objetivo recogido en el art.7 de la Directiva 93/3/CEE y entra en contradicción con lo declarado por el TJUE en sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, caso Banesto.

Como señala la STS de 9 de mayo de 2013, en relación a la ineficacia de las cláusulas abusivas, "109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que "(l)os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas ". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36 EDJ2006/281725; 4 junio 2009, Pannon, apartado 25 EDJ2009/91752; 6 octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30 EDJ2009/216356; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 47 EDJ2010/219186; 15 de marzo de 2012, Perenieová y Perenie, apartado 28 EDJ2012/27257; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34 EDJ2012/70166; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40 EDJ2012/109012; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20 EDJ2013/9874; y 14 marzo 2013, Aziz vs. CatalunyaCaixa, apartado 45 EDJ2013/21522)".

En concreto, la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, caso Banesto, dispone: "65.- Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible".

En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes.

Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión por parte de los fiadores, pero no la cláusula de afianzamiento en sí.

SEXTO.- Costas

La estimación parcial del recurso determina, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC, que no se imponga a ninguna de las partes las costas derivadas del mismo.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.2 LEC, dada la estimación parcial de la demanda, no procede imponer a ninguna de las partes las costas derivadas de la misma.

SEPTIMO.- Depósito

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso, que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª xxxxxx xxxxx contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2015 dictada por la Jueza Sustituta en funciones de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián en autos número 116/2015, REVOCANDO la misma y, en su lugar, se dicta nueva resolución por la que, con estimación parcial de la demanda interpuesta por Dª xxxxxx xxxxxxxx frente a KUTXABANK, S.A., se acuerda:

1.- Declarar la nulidad del inciso "renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción, determinado por el art. 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores" obrante en la cláusula undécima del contrato de préstamo hipotecario suscrito con fecha 13/10/2004 entre D^a xxxxxx xxxxxx, en calidad de fiadora, y CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIAN-GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA.

2.- Declarar la nulidad del inciso "renuncian expresamente a los beneficios de orden, excusión, división y al de extinción, determinado por el art. 1.851 del Código Civil que legalmente les pudiera asistir por su condición de fiadores" obrante en la cláusula décima del contrato de préstamo hipotecario suscrito con fecha 26/12/2006 entre D^a xxxxx xxxxxx, en calidad de fiadora, y CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIAN-GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA.

3.- No efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas causadas.

No se efectúa expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a D^a xxxxx xxxxxxxx el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial, certifico.