

**UPAD CIVIL - JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE VITORIA-GASTEIZ  
ZIBILEKO ZULUP - GASTEIZKO LEHEN AUZIALDIKO 5 ZENBAKIKO  
EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - CP./PK: 01008 TEL.: 945-004875

FAX: 945-004927

Pro.ordinario / Proz.arrunta XXX/2017 - L

**S E N T E N C I A Nº 146/2017**

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE LUIS NUÑEZ CORRAL

Lugar: VITORIA-GASTEIZ

**Fecha: veintisiete de junio de dos mil diecisiete**

El Sr. D. José Luis Núñez Corral, Magistrado Juez de Primera Instancia número 5 de Vitoria, vistos los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de la procuradora de los tribunales, Sra. Martínez de Lizarduy, en nombre y representación de XXXXXXXXXX y de XXXXXXXXXX asistida del letrado, Sr. Erausquin, contra Kutxabank representada por el procurador de los tribunales, Sr. De las Heras, y asistido del letrado, Sr. Ortega. Objeto; nulidad cláusula contrato de hipoteca y reclamación de cantidad.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** La representación procesal de la parte actora interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad y nulidad de cláusulas, alegando los hechos en que se basa con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente, suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda decrete lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO: Presentada la demanda junto con los documentos que le acompañan y tras el correspondiente reparto, recae en este juzgado bajo número de autos 287/17. Se celebra el juicio. Ratificándose la parte actora en su escrito de demanda. La demandada formula oposición a la misma. Practicada la prueba y tras oír a las partes en informe sobre las pruebas practicadas se dejan los autos vistos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se plantea en la presente litis una acción de nulidad de cláusula suelo y reclamación de cantidad. Funda la parte actora su acción en los siguientes razonamientos y según su escrito de demanda. Las partes ahora litigantes suscribieron una escritura de constitución de hipoteca, con las condiciones financieras que se describen en el hecho primero. Se han impuesto a la parte actora cláusulas que no han sido negociadas individualmente ni se ha proporcionado a dicha parte información ni explicación alguna con transparencia y comprensión. El resultado es desproporcionado. Solicita, en fin, se estime la demanda. Con imposición de costas a la parte demandada.

La demandada contesta a la demanda allanándose parcialmente oponiéndose en lo que no es objeto de allanamiento. Señala que el cliente fue debidamente informado, que el cliente no ha manifestado discrepancia alguna, no hay desequilibrio alguno. Solicitan, en fin, se desestime la demanda. Con imposición de costas a la parte actora.

**SEGUNDO:** La parte demandada se allana en lo relativo a la nulidad de las cláusulas 5,7, 8, 9. Resulta aplicable, a la vista del allanamiento, el art 21 de la Lecv, admitiendo este juzgador el mismo ya que no se aprecia en el mismo fraude de ley, renuncia contra el interés general o perjuicio para tercero.

**TERCERO: En cuanto al resto de las cláusulas, la parte demandada se opone.**

Es obvio y evidente que existen posturas contrapuestas entre demandantes y demandado en orden a la forma de su causación, así las cosas, rige en materia de distribución de la carga de la prueba- el Principio del "Onus Probandi", ahora consagrado en los números 2 y 3 del artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los cuales corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. Todo lo cual significa que corresponde a la parte actora (y a la reconviniente) acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada (y a la reconvenida), los impeditivos o extintivos del mismo.

En cuanto a la cláusula gastos. Reclama la parte actora los honorarios que abonó en concepto de registro, notaria y actos jurídicos documentados. La cláusula objeto de nulidad señala ""Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos ocasionados por la tasación de las fincas hipotecadas, su conservación y el seguro de daños; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por este préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación, y todos los derivados del incumplimiento por las partes prestataria de su obligación de pago. Son igualmente de cuenta de la parte prestataria los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de esta clase de contratos, aun cuando por Ley se impusieren directamente a la Entidad prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir de la parte prestataria el reintegro de lo que hubiera satisfecho".

Entiende la parte actora que es cláusula abusiva y no negociada. La parte demandada, por el contrario, la estima lícita, razonable y no abusiva.

A una cláusula semejante se refiere el FJ 5º e) 7, de la STS 23 diciembre 2015, que dice al respecto: " En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto ". Tras citar el art. 89.3 TRLGCU señala que el precepto atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, a " la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º) "

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

razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)".

Respecto a los tributos dicho fundamento en su apartado 3 dice que "- nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan". Añade el Tribunal Supremo que de tal manera la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante, lo que lleva a concluir que se contraviene normas que en parte son imperativas, infringiendo el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Procede declarar la nulidad ya cláusula 5ª dispone atribuir a la prestataria obligaciones que no siempre le corresponden, en términos semejantes a los ya resueltos en el caso señalado por el Tribunal Supremo. Su doctrina es de plena aplicación a esta cláusula, puesto que atribuye idénticas obligaciones a la actora que las que se analizaron en la STS 23 diciembre 2015, considerándose abusivas, calificación que también merece la ahora analizada.

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

Los actores ostentan la condición de consumidores. Pese a la suscripción de la oferta vinculante, al igual que el resto de las cláusulas, no acredita la parte demandada la razón o negociación de tal inclusión. La STS es clara en este punto y debe ser aplicada por un estricto concepto de seguridad jurídica.

No es dable la mención de la parte actora no refiere con exactitud a que otros impuestos se refiere y que no resulten ser obligados tributarios. La concesión de la reclamación de la cantidad es la relativa a los gastos referidos única y exclusivamente en la estipulación quinta de la escritura de constitución de hipoteca.

En cuanto a la comisión de apertura. Señala la cláusula quinta "que se devengará por una sola vez una comisión de apertura del cero con veinte % sobre el importe del préstamo, pago que se realiza en el presente acto".

A simple vista, la cláusula cumple los requisitos, entre otros de incorporación, a que se refiere el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sin perjuicio de su posible control sobre su contenido que realizará a continuación.

A este respecto, dos son las opiniones que esta cláusula genera en la jurisprudencia menor. Una primera interpretación se basa en que, a diferencia de la previsión sobre cláusula suelo, tales cláusulas permiten al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real contenido negocial. Es tal la interpretación que cabe deducir del A.A.P. de Barcelona, Sección 16ª, del 15 de julio de 2015 "La cuantía de la comisión es una de las prestaciones pactadas y no puede ser enjuiciada por abusiva desde el punto de vista de la legislación de consumidores. La Directiva 93/13 de la Unión Europea, relativa a la protección de los consumidores, establece en su artículo 4.2 que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la relación existente en los contratos entre precio y servicio o cosa; criterio recogido por distintas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013

."Asimismo la nulidad de la cláusula se ha descartado en virtud de otras alegaciones, por ejemplo, el supuesto que valora la SAP de Madrid, Sección 9ª, del 20 de septiembre de 2002, "En cuanto a la comisión de apertura del 1 %, no puede entenderse que incurra en la nulidad que establece el art. 1 de Ley de represión de la Usura, toda vez que tal comisión aparte de ser pactada por las partes, no es un intereses sino una comisión por la prestación del servicio y el estudio del préstamo y demás actividades desarrolladas como consecuencia de dicha concesión."

Sin embargo, otro sector jurisprudencial discrepa de la precedente interpretación. Así, procede la cita de la SAP de Asturias, Sección 5ª, del 30 de julio de 2015, "Desde luego, en absoluto se ha acreditado que hubiese sido negociada, y respecto de su legitimidad ya nos pronunciamos en nuestro auto de 14-11-2.014 (nº 112/14, Rollo de Apelación 331/14 ) en el que analizamos la O.M. 12-12-1.989, la Circular del BE 8/1990 y la OM 9-5-1.994 (vigentes a la fecha de la suscripción del préstamo de autos y hoy sustituidas por la OM 2899/2011 de 28 de octubre y la circular 5/2012 de 27 de junio), y decíamos " Por el contrario, la comisión de apertura genera serias dudas sobre su legitimidad y esto porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria.

La Circular 8/1.990 de 7 de junio, que desarrolla la Orden Ministerial 12- 12-89, en su Norma 3-bis B que establece que se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo, repite su mención la Norma 8.4 C y, lo hace también el Anexo de la orden 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios. A su vez, la Ley 3/2.009, de 31 de marzo, después de reiterar los principios de liberalización y realidad del Servicio o gasto repercutidos en su art. 5.1., en el ordinal 2 , al referirse a los

préstamos o créditos hipotecarios vinculados a la adquisición de viviendas, se refiere a la comisión de apertura en términos sustancialmente idénticos a como lo hace la precitada circular. Es dable dicha circular, no la ley toda vez que la hipoteca se constituyó en 2006.

Señala la mejor doctrina que la comisión de apertura responde a la disponibilidad inicial del nominal que conlleva la concesión del préstamo o crédito, siquiera la limitación cuantitativa establecida tanto en la Circular como en la Ley citada, al disponer que integrará cuantos gastos genere la concesión o tramitación del préstamo o crédito, sugiere que, desde el plano normativo, la tan dicha comisión tanto comprende el servicio de poner a disposición del prestatario o acreditado el nominal como los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente bancario este servicio (pues al respecto conviene recordar como la normativa sectorial distingue las comisiones de los gastos que, en alguna ocasiones, en los contratos impropriadamente se nombran como comisiones). Esta referencia explícita de la normativa a "la comisión de apertura " no puede sin embargo soslayar la exigencia legal de que responda a un servicio efectivamente prestado al cliente bancario, ni menos la protección que al consumidor dispensa la L.G.D.C.U respecto de la que el art. 1 de la ley 2/2.009 declara su preferencia si otorga mayor protección. Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC como en el Código de Comercio , no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero. Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún mas evanescente la identificación del gasto.

Asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2.013, al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

En definitiva, a la vista de la ninguna prueba aportada por la parte demandada, carga de la prueba que le incumbe, ex art 217 de la lecv, dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamos) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, procede declarar la nulidad de la misma, ni se ha acreditado su negociación y sí su imposición.

Por tanto, atendidas las circunstancias expuestas, la acción debe ser sustancialmente estimada. Y es que este juzgador ha acotado lo relativo a la reclamación por gastos. Igualmente, no es dable insertar en el fallo de la sentencia la respetable manifestación contenida en el punto segundo que obedece a una pura y simple manifestación y reflexión personal sin contenido jurídico alguno.

**CUARTO:** En cuanto a las costas, procede imposición de costas a parte demandada, conforme al art 394 de la Lecv, atendida la estimación sustancial de la demanda.

## FALLO

Estimo sustancialmente la demanda formulada por XXXXXXXXXX y XXXXXXXXXX contra Kutxabank y, en su virtud,

1. Declaro la no incorporación y nula y no aplicable al crédito hipotecario suscrito las siguientes cláusulas:

- Cláusula quinta, relativa a comisión de apertura y comisión de reclamación de posiciones deudoras.

- Cláusula séptima. Gastos relativos a la constitución, modificación y cancelación de hipoteca, más concretamente gastos relativos a aranceles notariales y registrales, impuestos y tributos en los que la parte actora no resulte ser obligado tributario, y el inciso en que se obliga a los actores al pago de todos los gastos derivados del incumplimiento por parte del prestatario de su obligación de pago.

- Cláusula octava, relativa a los intereses de demora.

- Cláusula novena, referida a causa de resolución anticipada, referida al apartado a, donde se recoge como causa de resolución anticipada el hecho de transcurrir 30 días desde el vencimiento de cualquiera de los meses sin efectuarse el correspondiente abono de intereses y amortización de capital.

2. Condeno a la demandada al reintegro de las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas señaladas anteriormente, así como de la totalidad de los impuestos que abonó no siendo obligado tributario de los mismos y en la forma dispuesta en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.

Con imposición de costas a la parte demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LECn). 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 LECn).

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 0004 0000 04 0287 17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

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

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