

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 LOGROÑO

SENTENCIA: 00483/2018

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, Nº 45-47 DE LOGROÑO

Teléfono: 941296584/76, Fax: 941296578

Equipo/usuario: JPA

Modelo: N04390

N.I.G.: 26089 42 1 2018 0003718

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000489 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE, MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. BILBAO BIZKAIA KUTXA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DON JAVIER PEGENAUTE ALLO, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Logroño y su partido HA PRONUNCIADO la siguiente

SENTENCIA Nº 483/2.018

En la ciudad de Logroño, a 9 de noviembre de 2.018; habiendo visto y oído los presentes autos de juicio declarativo ordinario, tramitado ante este Juzgado bajo el número 489/2.018, y entre partes; como demandante don

, representados por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Mendiola Olarte y asistidos por la Letrada doña Gisela Bernáldez Bretón; y como demandada la mercantil Kutxabank SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña

, y asistida por el Letrado don , sobre nulidad de condición general de la contratación, y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la representación procesal de la parte actora, se presentó en fecha 10 de mayo de 2.018 demanda de juicio ordinario contra la indicada demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluyó con la súplica al Juzgado de que tras los trámites oportunos se dictase sentencia por la que se:

“NULIDAD ABOSLUTA de la Cláusula Cuarta, en la parte que estable una COMISIÓN DE APERTURA de 445,00€, imponiendo un gasto que no se deriva de un servicio prestado al consumidor, sino que la valoración de riesgos y gestiones diversas son inherentes a la propia actividad del banco, además este cobra intereses remuneratorios en los que están incluidas las gestiones preparatorias del préstamo, y estas gestiones son útiles para el banco; y ordene al REINTEGRO DE 445,00€ INDEBIDAMENTE PAGADO más el interés legal.

NULIDAD ABSOLUTA de la cláusula quinta, que impone los GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO en exclusiva a la parte



prestataria, atribuyendo al consumidor todos los costes derivados de la elevación a público e inclusión en el registro, abusivamente impuestos sin que para nada beneficien al consumidor condenando a la indemnización de 2.199,21€ QUE FUE LA CANTIDAD ABUSIVAMENTE PAGADA más el interés legal.

Condene a la entidad al pago de las costas dada la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017, CAS 2425/2015 que establece como criterio general la imposición de costas a la entidad bancaria demandada, al ser lo más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión.”.

Segundo: El demandado presentó contestación, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó solicitando se dictase sentencia por la que se le desestimase los pedimentos recogidos en la demanda.

Tercero: Convocadas las partes a la correspondiente audiencia previa, las partes se ratificaron en sus pretensiones e interesaron el recibimiento del pleito a prueba. Por la actora se propuso documental y testifical. Por la demandada documental. Sólo se admitió prueba documental, quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por la parte actora interesa la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula relativa a comisión de apertura y gastos a cargo del prestatario, reflejadas en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes, y ello con las consecuencias inherentes a dicha de nulidad de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas. Se alega por la parte demandante que los actores concertaron, en su condición de consumidores en dicho préstamo sin conocer el alcance y contenido de dicha cláusula, de la que asimismo no fueron debidamente informados, sin que se produjera negociación al respecto. Sostiene que en ningún momento se produjo una negociación individual de dichas cláusulas, produciéndose un equilibrio en las prestaciones de las partes y sin correcta y adecuada información ni negociación.

Por la demandada en su contestación a la demanda se opone a la declaración de abusividad de la cláusula y se opone a las sumas reclamadas. Cuestiona la cuantía del procedimiento. En relación a los gastos de notario y registro, señala que están sujetos a arancel sus honorarios y que debe recaer su abono en los interesados según las normas sustantivas y fiscales, sin que pueda reclamarse de la entidad bancaria.

Segundo: Nos encontramos en este caso con el ejercicio de una acción de declaración de nulidad por abusiva de una condición general, con la consiguiente reintegración de las cantidades indebidamente cobradas por la demandada, que se



identifican en la demanda en referencia a cada uno de los gastos abonados y reclamados.

La primera pretensión, nulidad de una condición general de la contratación, hace que el procedimiento establecido sea el declarativo ordinario, conforme al art. 249.5 LEC, pero en cuanto a la fijación de la cuantía de la demanda, debemos acudir en primer lugar al art. 251.1º LEC, que establece que "si se reclama una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad, y si falta la determinación, aun en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada". En este caso es obvio que el verdadero interés económico de la demanda, más que la nulidad de la cláusula de gastos, es la devolución del dinero abonado por aplicación de la misma, lo que obliga a considerar la cuantía de la demanda como determinada en referencia a dicha suma reclamada. En este caso se puede obtener perfectamente la cuantía de la demanda en referencia al real interés económico reclamado, que está perfectamente fijado en la demanda, pues se reclama la devolución de todo lo abonado por la actora en virtud de la cláusula cuya nulidad se predica. Es por ello que la cuantía de la demanda será la de las sumas reclamadas por los gastos: e la demanda, debemos acudir en primer lugar al art. 251.1º LEC, que establece que "si se reclama una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad, y si falta la determinación, aun en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada". En este caso es obvio que el verdadero interés económico de la demanda, más que la nulidad de la cláusula de gastos, es la devolución del dinero abonado por aplicación de la misma, lo que obliga a considerar la cuantía de la demanda como determinada en referencia a dicha suma reclamada. En este caso se puede obtener perfectamente la cuantía de la demanda en referencia al real interés económico reclamado, que está perfectamente fijado en la demanda, pues se reclama la devolución de todo lo abonado por la actora en virtud de la cláusula cuya nulidad se predica. Es por ello que la cuantía de la demanda será la de las sumas reclamadas por los gastos, más la comisión de apertura: 2644,21 euros.

Tercero: Respecto a la comisión de apertura. La misma es analizada por la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 15 de noviembre de 2017. Al respecto nos remitimos a lo ya resuelto por este mismo Tribunal en Sentencia de 26 de octubre de 2017 y en la que un pleito seguido contra la misma entidad demandada, decíamos:

"Dado que la parte en su recurso, se limita para combatir la declaración de nulidad acordada en la instancia, a alegar su validez por tratarse un elemento esencial del contrato que la actora negoció y acordó con el Banco y que en cualquier caso, responde a servicios efectivamente prestados, baste para su desestimación... traer a colación la reciente SAP Asturias de 2 de junio de 2017, cuya argumentación reitera en otra



posterior de 13 de julio de 2017, y en la que se señala que si bien " la validez de las comisiones y entre otras la de apertura, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, ello es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, como así ya apuntaba la vigente en la fecha de concesión del préstamo y recoge expresamente la actual, representada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (RCL 2011, 1943) , de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo a la cual "Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de comisiones, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión lo que justifica la declaración de abusividad de la misma" Y con cita a otra anterior del mismo Tribunal de 30 de julio de 2015 "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 (LEG 1889, 27) como en el Código de Comercio (LEG 1885, 21) , no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato se perfecciona con la entrega del dinero.

Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionado por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar deber 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.

Ciertamente la actual LGDCU (RCL 2007, 2164) en su artículo 87.5 reconoce a legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos coste no repercutidos en el previo (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de la LGDU y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Pero es que además, y por encima de todo eso, 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 (F.J. 9), la existencia de un



regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (RCL 1998, 960) (ni por ende de la LGCU), 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 el caso, el cobro de la comisión tal y como esta prevista en la propia escritura implica no sólo el abono de cantidad por servicios no prestados efectivamente, de hecho ni tan siquiera se ha practicado prueba para acreditar a que concretos servicios responden, sino igualmente se aprecia que carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder, pues se calculan a tanto alzado, aplicando un porcentaje sobre el importe del principal".

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. Ni se menciona, ni tan siquiera en vía de apelación, y menos aún, se justifica, qué tipo de gastos han sido originados en la entidad bancaria, como consecuencia del otorgamiento de la escritura de préstamo. Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), es ya difícil de entender, 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 más evanescente la identificación del gasto.

Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 , reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor, de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva, con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da, como en el presente supuesto, incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Cuarto: La actora defiende la abusividad de la cláusula gastos:

La Audiencia Provincial de la Rioja ha resuelto en fecha 31 de octubre de 2017 la cuestión, y obviamente el criterio debe asumirse por este Juzgado. Dice la citada resolución que "Nos encontramos ante una estipulación que con singular generalidad, en su conjunto impone al prestatario y consumidor



el abono de "todos los gastos" que puedan derivarse del contrato, en cualquier tiempo (no excluye los gastos futuros) y de forma genérica y omnicomprensiva. Desde esta perspectiva, presenta los caracteres propios de las cláusulas abusivas: se trata de una estipulación no negociada individualmente, es decir, predispuesta por el empresario que goza de una superior posición negociadora y que ocasiona, en contra de la exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un evidente e importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en la medida en que impone al consumidor prestatario todos los gastos sin excepción, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa, todo lo cual veda cualquier posibilidad de equilibrio.

No se trata por lo tanto de no sea gramaticalmente inteligible su tenor (control de incorporación) sino que su redacción genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

La imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción, necesarios para la constitución de la garantía, no asegura una mínima reciprocidad al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, y por ello es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación. Desde esta consideración, entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU) por lo que debe ser declarada nula."

En el caso que nos ocupa la cláusula atribuye a la parte prestataria todos los gastos e impuestos que pudieran derivarse de la misma. Lo que llama la atención es su generalidad, por lo que constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.

Quinto: En relación a la los gastos registrales y notariales: la SAP LA RIOJA de 31 de octubre de 2017 y posteriores de 15 de diciembre de 2017 refieren en referencia a dichos gastos que de conformidad con el art. 63 del Reglamento del Notariado, y a norma sexta del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios que dispone en el Anexo II, norma



Sexta: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente", se considera que los requirentes son ambos y deben abonar cada una la mitad de la deuda.

En aplicación de dicha doctrina procede la condena al abono del 50% de la suma reclamada como gastos notariales, que ha sido abonado por los actores en su integridad.

Y en referencia a los gastos registrales dice la Audiencia Provincial de LA RIOJA que La norma a la que debemos acudir no es otra que el Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, que en su norma octava recoge que "1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley Hipotecaria establece que "la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho" .

Pues bien, no cabe ninguna duda de que la hipoteca se inscribe a favor del Banco, que es a favor de quien se constituye el derecho real de garantía, y quien lo adquiere .

Por lo tanto, es meridiano que conforme a las reglas expuestas, es el Banco quien debe abonar los derechos de registro, por lo que el recurso se desestima en este punto. En consecuencia procede la devolución de las cantidades abonadas por los gastos de Registro."

Por lo tanto, se reconocen la mitad de los gastos notariales (224.42) y todos los registrales (169.10).

Sexto: Respecto a los honorarios de gestión:

La SAP de La Rioja de 15 de diciembre de 2017 señala en referencia a estos gastos: "a diferencia de los gastos notariales y registrales, no hay a este respecto una norma arancelaria similar que determine a quién le correspondería el pago de los gastos de gestoría.

La intervención de la gestoría se produce porque alguien (bien el prestamista, bien el prestatario, bien ambos) contrató sus servicios profesionales (arrendamiento de servicios).

Así las cosas, por aplicación de las normas generales reguladoras de dicho contrato de locación de servicios (artículo 1544 del Código Civil y concordantes) resulta meridiano que quien impusiera o solicitase la intervención de la gestoría y requiriese los servicios de esta, sería el obligado al pago de sus servicios. Si no puede determinarse,



se pagarán al 50%, en la medida en que la gestión se hizo en beneficio e interés de las dos partes del contrato,

4.- En resumen de todo lo expuesto, podemos distinguir tres posibles supuestos:

a) Si está probado que los servicios de la gestoría fueron impuestos o solicitados y contratados por una de las partes, dicha parte debe abonarlas en su totalidad. Si se ha probado que una de las partes eligió la gestoría e impuso a la otra esa gestoría concreta, ello presume que fue dicha parte en exclusiva quien encargó esos servicios y debe pagarlos.

b) Si está probado que los servicios de la gestoría fueron solicitados y contratados por las dos partes de mutuo acuerdo, entonces deben de pagarlos las dos partes al 50%.

c) Si no se ha probado que alguna de las partes impusiera a otra la gestoría, o no se ha probado cuál de las dos partes impuso o contrató los servicios de la gestoría y encargó a esta su intervención, en tal caso esos gastos deben ser afrontados al 50% por cada una de las partes (esta última solución es acogida, por ejemplo, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia sección 1 de 19 de octubre de 2017, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias sección 4 de 25 de octubre de 2017 y por la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña sección 4 del 18 de octubre de 2017, entre otras).

En el caso presente de la documentación aportada se deduce que la gestora está controlada por tres cajas, entre la que se encuentra la actora. Además la gestora tiene el domicilio en localidad distinta a la del domicilio de los actores o donde se encuentra la finca.

Séptimo: Impuesto: no procede conceder suma alguna de conformidad con la sentencia de la Sala Primera del TS de 21 de marzo de 2018.

Octavo: Así pues, resultando nula la cláusula en cuestión en referencia a los conceptos mencionados en los fundamentos anteriores, han de abordarse las consecuencias de ello derivadas.

Estas no pueden ser otras que su expurgación, otorgando la tutela completa de ello derivada al consumidor, por virtud del principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), siendo además en el presente caso la restitución por la entidad bancaria de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora por los conceptos anteriormente referidos, que ascienden según la documental aportada, en la suma total de 1031,39 euros (gastos más apertura), debiendo abonarse los intereses de la suma objeto de condena desde su abono, conforme al art. 1303, 1.101 y 1108 del CC, hasta la fecha de la presente resolución, y los del art. 576 desde la fecha de la presente resolución y hasta la de su efectivo abono.

Noveno: Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto



rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiese méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. En el presente caso, al ser la estimación parcial (se reclamaba 2644,21 euros), no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procurador de los Tribunales doña María Jesús Mendiola Olarte, en nombre y representación de don

, frente a la mercantil Kutxabank

SA:

Se declara la nulidad de la Cláusula Cuarta de la escritura de 10 de marzo de 2009, firmada por las partes, en la parte que estable una comisión de apertura de 445,00€, condenado a la demandada abonar la suma de 445 euros, más el interés legal.

Se declara la nulidad de la cláusula quinta de la escritura de 10 de marzo de 2009 firmada por las partes, que impone los gastos del préstamo hipotecario en exclusiva a la parte prestataria, condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de 586,39, más el interés legal.

Se fija la cuantía del procedimiento en 2644,21 euros.

Sin hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas.

Líbrese y únase certificación literal a las actuaciones, incluyéndose el original en el Libro de sentencias.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 5073





0000 04 0489 18 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,

