



Roj: **SAP VI 879/2017 - ECLI:ES:APVI:2017:879**

Id Cendoj: **01059370012017100564**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **497/2017**

Nº de Resolución: **527/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA BELEN GONZALEZ MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA**

#### **ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-17/004846

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2017/0004846

#### **A.p.ordinario L2 / E\_A.p.ordinario L2 497/2017 - B**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD Civil - Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz / Zibileko ZULUP - Gasteizko Lehen Auzialdiko 5 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 287/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A. -ANTES CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ALAVA-

Procurador/a/ Prokuradorea: JESUS MARIA DE LAS HERAS MIGUEL

Abogado/a / Abokatua: IGOR ORTEGA OCHOA

Recurrido/a / Errekurritua: Fabio y Antonia

Procurador/a / Prokuradorea: SORAYA MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO y SORAYA MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO

Abogado/a/ Abokatua: JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ y JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Elizburu Aguirre y Dª. M. Belén González Martín, Magistrados, ha dictado el día uno de diciembre de dos mil diecisiete

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA nº 527/17**

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 497/17, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 77/14, promovido por **KUTXABANK, S.A.**, dirigida por el Letrado D. Igor Ortega Ochoa y representada por el Procurador D. Jesús Mª de las Heras Miguel, frente a la sentencia nº 146/17 dictada el 27 de junio de 2.017 , siendo parte apelada **D. Fabio y Dª Antonia** dirigidos por el Letrado D. José



M<sup>a</sup> Erasquin vazquez y representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. Soraya Martínez de Lizarduy, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. M. Belén González Martín.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 146/17 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"Estimo sustancialmente la demanda formulada por Fabio y Antonia 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."

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **KUTXABANK, S.A.**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 08-09-17 dándose el correspondiente traslado a la contraparte personada por diez días para alegaciones, presentando la representación de **D. Fabio y D<sup>a</sup>. Antonia**, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 03-10-17 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M. Belén González Martín y por resolución de fecha 19-10-17 señalando para deliberación, votación y fallo el 9 de noviembre de 2017.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO - Sobre los términos del litigio y los del recurso.**

La Sra. Antonia y el Sr. Fabio, ahora apelados, instaron la nulidad de las cláusulas quinta (reclamación de posiciones deudoras, comisión de apertura), cláusula séptima (gastos de tasación, notariales y registrales), octava (intereses de demora) y novena (resolución anticipada) contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habían suscrito con la entidad Kutxabank el 22 de septiembre del año 2006, destinada a la adquisición de vivienda.

La entidad demandada se allana a la nulidad de las cláusulas séptima, octava y novena. No se conforma con la petición de nulidad de la cláusula quinta relativa a la comisión de apertura, ni admite (aunque si la nulidad) las consecuencias de la nulidad de la cláusula séptima, es decir, el reintegro de las cantidades que pagaron los prestatarios en concepto de gastos notariales, registrales, gestoría e impuestos, al ser estos consecuencia del acuerdo entre ambos.

Tras la celebración del juicio que continúa en los aspectos sobre los que no existe allanamiento, la sentencia recurrida entiende que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, que se ha desplazado sin fundamento todo el gasto de constitución del préstamo con garantía hipotecaria a los consumidores, que las cláusulas son abusivas y que por ello es procedente condenar al demandado a satisfacer a los clientes el importe que tuvieron que atender en aplicación de la misma, así como el pago de los impuestos que el prestatario abono sin ser el obligado tributario.



La entidad Kutxabank se alza contra la sentencia, alegando en su recurso de apelación los motivos que siguen: Sobre los gastos de notaría y registro, considera que no existe norma alguna que los imponga a cargo del prestamista y dado que el pacto contractual expreso sobre estos gastos, deben ser de cuenta del prestatario, pues así lo aceptó previa negociación y tuvo conocimiento de ello al hacer la provisión de fondos y asumir el pago. Considera que el prestatario es el sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos Documentados por ser un impuesto que se devenga por el otorgamiento de una escritura de préstamo y finalmente se opone a la declaración de nulidad de la comisión de apertura en el entendimiento de que la misma constituye una retribución a la entidad prestamista por de los gastos en los que incurre y las actuaciones que realiza en la fase preparatoria del contrato.

Son tres, por lo tanto, las cuestiones a valorar: el pago de los gastos de notaría, registro y gestión, como consecuencia de su declaración de nulidad, el pago del impuesto de actos jurídicos documentados por la misma razón, y la declaración de nulidad de la cláusula que impone el 0,20 de comisión de apertura.

#### **SEGUNDO.- Sobre los efectos del allanamiento a la cláusula de gastos.**

En reciente sentencia de 17 de noviembre de 2017 hemos manifestado en relación con los gastos notariales y registrales lo que se expone a continuación, teniendo en cuenta el allanamiento de la apelante a la nulidad de la cláusula gastos, pero no a sus consecuencias:

*"La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que pueda integrarse el contrato, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso.*

La jurisprudencia del TJUE exige la aplicación del principio de no vinculación que contiene el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores En la STJUE de 30 de mayo 2013, C-488/11 , caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, explica que " [-] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 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 contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula". En idéntico sentido las STJUE 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto, y 21 enero 2015 , C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank.

*Por ello debemos entender, cual conforme a dicha Jurisprudencia regula actualmente el art. 83 LGDCU , que la cláusula sobre "gastos" de autos es nula de pleno de derecho y se tendrá por no puesta. Por tanto no es posible estimar que se entienda no afectada por la nulidad la referencia no genérica a la carga de gastos expresamente individualizados en su concepto, los "notariales y registrales", como pretende Kutxabank con su recurso.*

*La demandada se allanó a la demanda y admitió la nulidad sobre la base de los términos genéricos que contiene, por ello declarada la nulidad íntegra de la cláusula, en la forma que consta en el fallo: nulidad de la cláusula "quinta de gastos", carece de eficacia el argumento que opone Kutxabank para considerar de cargo de la demandante los gastos notariales y de registro como una obligación contractual".*

*-"Conforme ha señalado la Jurisprudencia del TJUE, el alcance de la declaración de nulidad comporta la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva. Efecto de la nulidad previsto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, TRLGDCU , y que en este concreto caso implica que el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que se estipulan en dicha cláusula.*

*Pero ello no significa que sea la entidad prestamista la que tenga que cargar con la totalidad, pues la restitución del equilibrio contractual en éste caso, una vez declarada la nulidad de la cláusula de gastos, no se concreta en la restitución de prestaciones recíprocas materia del contrato, cual regula el art. 1303 del Código Civil , sino que se trata de gastos satisfechos por la prestataria a un tercero, notaría y registro, que indebidamente le fueron impuestos en el contrato.*

*Por tanto lo que se debe resolver es si tales gastos son comunes, en cuanto contribuyen de forma equivalente a la perfección y consumación del contrato y su justo equilibrio prestacional en interés de ambas partes, o si por el contrario existe alguno vinculado legalmente o por su exclusivo interés a una sola de las partes. Y, en su caso, la forma de resarcir el perjuicio y restituir el equilibrio, mediante el reintegro de las cantidades que debió asumir la otra parte.*



La S.TS. Sala 1ª, Pleno, de 23 de diciembre de 2015, en un supuesto semejante al estudiado en el presente proceso, en relación con condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios con consumidores y en concreto sobre la cláusula que carga los gastos del contrato sobre el prestatario, establece lo siguiente: 1.- 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.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, 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).

Si bien lo razonado en esta sentencia del TS resuelve sobre la declaración de nulidad de la cláusula, no los efectos derivados de tal nulidad, sin embargo sí aporta razones interpretativas en relación con tales efectos, en cuanto puede deducirse que los distintos negocios que conforman el complejo contractual de un "préstamo con garantía hipotecaria" reportan intereses más relevantes respecto a uno u otro de los contratantes, cual obtener un préstamo de una parte o una garantía real de otra, pero en la integridad del contrato conforma un equilibrado y recíproco conjunto obligacional. Lo cual permite atisbar una necesaria reciprocidad en la distribución de los gastos notariales y registrales, que es precisamente, como expresa la S.TS., de lo que adolecía la cláusula nula. De la precedente doctrina jurisprudencial podemos deducir que la resolución de instancia, en cuanto repercute de forma equivalente los gastos entre ambas partes, es ajustada a derecho y establece un razonable equilibrio contractual, en relación con los gastos notariales y registrales necesarios, que son relevantes para el interés de ambos en los términos que expresa la Jurisprudencia citada y que resultan razonablemente imputables por mitad como resultado asimismo de lo regulado en el art. 1138 del Código Civil y ajustados a los criterios de equilibrio, buena fe y mayor reciprocidad de intereses, art. 1289 del Código Civil, como criterio interpretativo de las obligaciones integradas en contratos onerosos.

*Lo anterior encuentra asimismo justificación en una razonable interpretación de las reglas reguladoras de los aranceles notariales y de registro, pues ninguno de los impone de forma exclusiva los gastos correspondientes a cargo de uno u otro contratante, simplemente reconocen en favor del Notario o Registrador una acción frente cualquiera de ellos.*

*Conforme al Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, regla 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.

Por su parte la regla octava del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece: 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 [...]; Normas cuyo alcance, como se ha expresado, no puede llevarse más allá de su propio ámbito, cual es el reconocimiento de las acciones que en su caso permite al Notario o Registrador reclamar, frente a personas determinadas, el importe de los aranceles o derechos correspondientes.

Por ello, la simple referencia genérica y formal a la persona que presente la documentación o a los interesados, desde la perspectiva del contrato y las relaciones subjetivas de su trama obligacional, permite interpretar y deducir una distribución de los gastos ajustada bien a lo expresamente pactado, nulo en el supuesto de autos, o a los principios y reglas reguladoras de los contratos en general, que en ningún caso contrarían lo regulado en dichos RR.DD., como razona el Juzgado de instancia.

De modo que corresponde la distribución de los gastos notariales y registrales generados como consecuencia de la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

### **TERCERO .- Sobre el impuesto de Actos Jurídicos Documentados.**

La STS, Sala de lo Civil, en sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015 , tiene dicho: "-3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario , nuevamente no se hace distinción alguna. El artículo 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 artículo 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 solicite los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que 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 copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe 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-".

Con base a la sentencia, esta misma Audiencia recientemente ha señalado y considerado que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que se devengan en esta operación mercantil, sino que al menos en lo que respecta al impuesto de Actos Jurídicos Documentados -que en éste caso se discute-, la entidad apelante será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho-, y entendiendo que nos encontramos ante un abono de carácter obligatorio por la operación de préstamo con garantía hipotecaria y siendo ésta una operación que interesa a ambas partes, se ha de llegar a la conclusión de que el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados ha de ser asumido por mitad y partes iguales por cada uno de los interesados en la operación, por lo que aquellos impuestos que abonara la parte apelada como consecuencia de la operación celebrada entre ambos de préstamo con garantía hipotecaria correrán a cargo de ambos.

Respecto de aquellos impuestos no especificados por la apelada de los que no resultara ser obligado tributario, nada ha de manifestar la Sala al desconocer cuales sean los mismos, así como sus consecuencias.

### **CUARTO.- Sobre la comisión de apertura.**

La cláusula quinta del contrato: "Comisiones", establece en el punto 5.1. la Comisión de apertura, y dice: "Igualmente, y por una sola vez devengara una comisión de apertura del 0,20% sobre el importe del préstamo, pago que se realizara en el presente acto".





Tenemos que partir de la base que tanto la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en vigor desde mediados del año 2012, como la norma anterior que era la Orden de 5 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la, por ella complementada, 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, establecen el cobro de comisiones bancarias pero solo por servicios realmente prestados al cliente.

En particular la Orden de 5 de mayo de 1994, en su anexo II, sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a ella, habla en el punto 4.1 de la comisión de apertura, indicando que cualquier gasto de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión que se denominará de apertura y se devengará de una sola vez.

El mismo anexo II en su punto 4.2, admite entre otras, las comisiones que habiendo sido comunicadas al Banco de España respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto de la mera administración ordinaria del préstamo y los gastos mencionados en la cláusula 5ª.

La orden de 12 de diciembre de 1989 incide en la necesaria contraprestación o correlación gasto-servicio, al señalar en su apartado quinto: "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.

Por su parte la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios y la Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, señalan que las tarifas, o precios, de las comisiones bancarias son libres. El Banco de España no puede denegar el cobro de comisiones bancarias, ni limitar sus importes. Las entidades pueden poner los importes que deseen salvo en contadas operaciones bancarias en las que los importes están limitados por Ley, como sucede con la cancelación o amortización de un préstamo hipotecario. Las comisiones bancarias y los gastos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

La parte actora, de modo genérico, considera que la comisión de apertura es condición general de la contratación, no ha sido negociada, y por lo tanto, es abusiva y procede su nulidad. La parte demandante no manifiesta si el servicio por el que la entidad bancaria ha percibido la comisión de apertura del 0,20% sobre la totalidad del préstamo ha sido efectivamente prestado, constituyendo dicha comisión la retribución a la entidad prestamista por los gastos y las actuaciones que realiza en la fase de preparación del contrato hasta que se formaliza la operación.

La entidad bancaria invoca que la comisión de apertura engloba los gastos de estudio y tramitación, como autoriza la Circular 5/2012 del Banco de España sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos; es decir la comisión bancaria discutida remuneraba la solicitud hecha por los prestatarios, comprobación del préstamo concertado en su día, estudio de solvencia y consiguiente solicitudes de información sobre los prestatarios, además de la solicitud de tasación de la finca, formulación de la oferta vinculante y la redacción del contrato.

Ahora bien, la recepción de la solicitud de préstamo, el estudio propiamente dicho de solvencia y la formulación de oferta vinculante son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente. Sucede que el Banco obvia el coste efectivo satisfecho para obtener esos documentos frustrando cualquier juicio de proporcionalidad conforme a lo previsto en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984.

En éste caso concreto, además, no consta, que tal concepto de pago haya obedecido a efectivos gastos o servicios prestados por la entidad, en cuanto ni siquiera como gastos de estudio, lo que no se alega, pudiera justificarse que el cálculo del riesgo de la operación realizado por la ejecutante se pusiera a cargo de los ejecutados sin la correspondiente explicación, comprensión en todos sus extremos y aceptación expresa de tal gasto. Por lo que debe declararse la nulidad de la cláusula por abusiva, artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que ciertamente la actual Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 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 habido o prestado, proporcionalidad que si no se da 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.



Por todo lo cual, procede declarar la nulidad de dicha cláusula con el derecho del consumidor a ser reintegrado en la cantidad pagada por la misma.

El motivo alegado debe ser desestimado.

#### **QUINTO .- Costas**

Conforme al art. 398.2 LEC , no se hace condena al pago de las costas del recurso de apelación al estimar el mismo parcialmente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

**I.- ESTIMAR** en parte el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. JESUS MARÍA DE LAS HERAS MIGUEL, en nombre y representación de la entidad KUTXABANK frente a la sentencia de 27 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Vitoria en el procedimiento ordinario número 287/2017.

**II.- REVOCAR** en parte la mencionada sentencia, y acordar que el pago de los gastos derivados de aranceles notariales y registrales, así como el pago de los gastos derivados del impuesto de actos jurídicos documentados, corresponde a ambos litigantes.

Condenar a la parte demandada a reintegrar a la actora la mitad de los gastos satisfechos por los conceptos de aranceles notariales y registrales así como impuesto de actos jurídicos documentados, condenar a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora la totalidad del gasto satisfecho en concepto de comisión de apertura.

**III.- NO HACER CONDENAR** al pago de las costas del recurso de apelación.

**IV.- DAR** al depósito consignado para recurrir el destino que legalmente corresponda.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008-0000-00-0497-17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( 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 nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.