

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº1 DE
BILBAO
BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 1 ZK.KO**

EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10 4ªPLANTA -CP./PK: 48001
TEL.: 94-4016672
FAX: 94-4016999
NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/009129
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0009129
Pro.ordinario / Proz.arrunta 368/2017

SENTENCIA Nº164/2017

JUEZ QUE LA DICTA: D^a ANA GARCIA ORRUÑO
Lugar: BILBAO (BIZKAIA)
Fecha: veintiocho de junio de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE:

Abogado/a: JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ y JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ
Procurador/a: VIRGINIA TEJERINA BADIOLA y VIRGINIA TEJERINA BADIOLA

PARTE DEMANDADA KUTXABANK
Abogado/a: IGOR ORTEGA OCHOA
Procurador/a: IRATXE PEREZ SARACHAGA

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la Procuradora de los Tribunales Dña. Virginia Tejerina Badiola , en nombre y representación de xxxxx y xxxxx se interpuso demanda de juicio ordinario, que en turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra KUTXABANK S.A. en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso terminaba pidiendo se dictase sentencia estimando íntegramente el contenido del suplico de la demanda. legal forma, se allanó parcialmente y se opuso a la demanda. Se señaló el acto de la audiencia previa.

TERCERO.-Celebrada la audiencia previa el 21 de junio de 2017 con el resultado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Pretensiones.

En el presente procedimiento la parte actora solicita se declare la nulidad y no desplieguen efectos una serie de cláusulas del contrato de préstamo hipotecario de 21 de diciembre de 2004:

- la cláusula tercera bis sobre el índice IRPH ,
- la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura,
- la cláusula quinta relativa a los gastos a cargo de la prestataria,
- la cláusula sexta sobre intereses moratorios,
- la cláusula sexta bis relativa al vencimiento anticipado y
- la cláusula decimotercera sobre la cesión de crédito.

Y como consecuencia de tal declaración de nulidad solicita que la demandada reintegre a los actores de las cantidades que detrajo en aplicación de la cláusula tercera bis, de lo detraído en aplicación de la comisión de apertura, de lo detraído por la cláusula de intereses de demora así como que abone cuantos gastos le supusieron la constitución de la hipoteca en concepto de aranceles Notariales, aranceles Registrales, gastos de Gestoría y Tramitación así como la totalidad de los impuestos que abonó no siendo obligados tributarios de los mismos.

La parte demandada se allana a las peticiones de nulidad de:

- la cláusula quinta del contrato relativa a los gastos a cargo de la prestataria,
- la cláusula sexta sobre intereses moratorios,
- la cláusula sexta bis relativa al vencimiento anticipado y
- la cláusula decimotercera sobre la cesión de crédito.

Y se opone a la nulidad de la cláusula tercera bis relativa al índice IRPH, a la comisión de apertura establecida en la cláusula cuarta del contrato y a que se reintegre a la parte actora con los gastos notariales, registrales, de gestoría e impuestos.

SEGUNDO.-Allanamiento parcial.

Establece el artículo 21.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LECn), que cuando el demandado se allanare a las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado, salvo que el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiere renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, en cuyo caso debe rechazarse, siguiendo el juicio adelante.

En el presente caso y de los elementos obrantes en el expediente, no se desprende concurra alguna de las causas de exclusión de los efectos normales del allanamiento, por lo que procede dictar sentencia en los términos solicitados respecto de la petición de declaración de nulidad y cese en la aplicación de la cláusula quinta del contrato relativa a los gastos a cargo de la prestataria, la cláusula sexta sobre intereses moratorios, la cláusula sexta bis relativa al

vencimiento anticipado y la cláusula decimotercera sobre la cesión de crédito.

TERCERO.-Carácter negociado de las cláusulas cuestionadas.

Niega la parte demandada que nos encontremos ante condiciones generales de la contratación y afirma que han sido negociada con la parte actor.

El Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 29 de abril de 2015 que:

"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 suscitar 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."

Además el art. 82.2 TRLGDCU añade en relación con las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que " *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba* ".

Nos encontramos ante es una condición general de la contratación, puesto que se trata de una cláusula prerredactada por la entidad con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos. Además de dicho art. 82.2 TRLGDCU y el art. 3.2 de la Directiva 93/13, opera la norma general sobre la disponibilidad y la facilidad de la prueba (art. 217.6 LEC) y la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la demostración de los hechos negativos, con lo que hay que concluir a que nos hallamos ante cláusulas impuestas y la demandada, a quien incumbía acreditar que habían sido negociadas individualmente, no lo ha hecho, por lo que se infiere que las cláusulas discutidas han sido "impuestas" y, en consecuencia, reuniendo los demás requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, constituyen condiciones generales de la contratación, a los efectos del art. 1 LCGC y, por ende, a los efectos de determinar la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y efectuar el control de transparencia.

En este sentido la sentencia de la AP de Bizkaia, sección cuarta de veintiséis de abril de dos mil diecisiete

CUARTO.-la cláusula tercera bis sobre el índice IRPH

1.-Concepto: El IRPH en sus tres variedades de Bancos, Cajas de Ahorros, y Conjunto de Entidades es un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que en su apartado c) indica: " *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para*

adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito ".

El anexo VIII de la Circular 8/90 define el IRPH como "... la *media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario*". La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario.

En a fecha de suscripción del préstamo hipotecario existían seis índices de referencia oficiales en España. La Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en su art. 27.1.a) se refiere el IRPH de las Entidades Españolas y en el apartado b) al IRPH de las entidades de la zona euro que elabora y publica el Banco Central Europeo. El Banco de España y el Banco Europeo elaboran y publican el IRPH de las entidades de la zona euro. Para confeccionar el IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, y en cada periodo se publica el índice en el Boletín Oficial del Estado.

2.-Posibilidad de control: La parte actora pretende la nulidad del índice de referencia suscrito por las partes en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, denominado IRPH, por considerarlo contrario a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias. A lo largo de la demanda refleja que dicho interés es abusivo en su funcionamiento y cuantificación, ya que puede ser influenciado o manipulable por la propia parte prestamista (Contestación del banco de España que aporta como documental y notas del catedrático Sr. Juan Etxeberria Murgiondo) , por ello solicita su nulidad y devolución de las cantidades indebidamente abonadas al aplicar el IRPH, que siempre es muy superior al Euribor (lo que es conocido por la comparativa de las series históricas entre este índice y el Euribor).

La entidad demandada afirma (folio 20 de la contestación) que no es posible el control pretendido conforme a la Directiva 93/13/CEE, que impide el control del precio del contrato, y en cualquier caso afirma la validez del índice señalado, su no manipulabilidad, su previsión normativa en el momento en que el contrato fue suscrito, su mantenimiento con la normativa vigente, y el conocimiento de la prestataria del índice que se suscribe por las partes al otorgarse el préstamo con garantía hipotecaria en el que está inserta la cláusula controvertida.

Por lo que hace al posible control, el Tribunal Supremo ha recordado (en temas de cláusula suelo) que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" y 7 de la citada Ley "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato ...; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" . Este primer control, como señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 , atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula. Además de dicho análisis y j unto a ese primer control, el Tribunal Supremo

añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "*de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato*", que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "*contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*".

Este control de transparencia, parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 49).

De ahí que la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por el TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato (STS de 8 de septiembre de 2014, recaída en materia de cláusulas suelo). Control que abarca también al precio del contrato.

Por tanto la conclusión que se alcanza no es otra que la posibilidad de efectuar dicho control, tanto de incorporación como de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

3.-Manipulabilidad del índice IRPH Entidades: La cuestión principal que se plantea es si la utilización del índice IRPH Entidades (y subsidiario Cajas que ya no se publica) en el contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La demandante argumenta diversas consideraciones entre las que se encuentra lo manipulable del IRPH, que considera se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El IRPH Entidades lo elabora y publica el Banco Central Europeo conforme a los datos que mensualmente les remiten las entidades referidos a las operaciones concedidas en cada mes. Por tanto esto supone que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan las cajas respecto a los préstamos que conceden; lo que conlleva que si se conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Y por el contrario si conceden más a precio inferior, disminuye. Por ello pudiera verse comprometido (en el hipotético caso de que las entidades se pongan de acuerdo) lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone "*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*" en mayor medida en la actualidad por la concentración de las entidades bancarias. Lo cierto es que no se constata en la escritura de constitución del préstamo que se advierta de esta posibilidad o especialmente que se explique el modo en que se determina la

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STS 13 de enero de 2.015 en relación al interés referenciado por La Caixa y de forma tajante indica: *"Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos"*. Por otra parte dicha manipulación, en el caso de autos no ha sido acreditada ni puede inferirse en el modo que indica la demandante.

Asimismo la AP de Bizkaia sección 3 en su reciente sentencia de 23 de marzo de 2017 (ROJ: SAP BI 467/2017 -ECLI:ES:APBI:2017:467) dice :

"la AP de Álava, en S. de 10.03.2016 concluye que: "La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (-) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado "

Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015 . La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben.

La segunda : "No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad

implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

En el caso de autos no se ha acreditado la manipulación de dicho índice, motivo por el cual la alegación de la parte actora no puede prosperar.

4.-Primer control de incorporación:En el caso de autos, la cláusula tercera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria (Tercera Bis) indica que el tipo de interés *"nominal anual variará anualmente, determinándose cada nuevo tipo de interés nominal anula mediante la adición de CERO puntos al índice de referencia para préstamos hipotecarios (I.R.P.H.) conocido como "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del CONJUNTO DE ENTIDADES DE CRÉDITO"*

Y se prevé para el caso en que dejase de publicarse un nuevo tipo de interés sustitutivo que será el *"Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de CAJAS DE AHORRO"* .

En cuanto a este primer control de incorporación, hay que afirmar que la cláusula controvertida es clara en su redacción y comprensible. Identifica el tipo de interés de referencia empleando en similares términos al anexo VIII de la circular 5/1994, del Banco de España, que lo regula. La cláusula se encuentra dentro del pacto que determina el interés aplicable una vez transcurrida la primera fase de interés fijo del 3,15 de los primeros doce meses de vida del préstamo (cláusula tercera).

En conclusión, en relación al control de incorporación, entendemos que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula tercera bis que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH.

5.-Segundo control o control de transparencia:Procede examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si la parte prestataria comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente o alternativas con otros índices oficiales para que valorase la conveniencia de suscribir el préstamo de autos y advirtiese la posibilidad de aplicar tipos distintos.

Este control cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato 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

Respecto de la comprensibilidad real de la trascendencia del propio índice IRPH Entidades no se constata que se informase de la existencia, en esa fecha, de seis tipos de índices oficiales en España y su modo de funcionamiento y consecuencias en la vida de un préstamo de larga duración. Además el artículo 8 del TRLGDCU establecía que era derecho básico de los consumidores y usuarios (apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y (apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. Además el art. 18 TRLGDCU indicaba que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor y por último el artículo 60.1 decía que "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo". El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que "... los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas.

En la escritura se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, e indicando que el tipo de interés variable a partir del primer año se calcularía en base a éste índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años ni la diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994; Kutxabank pudo presentar gráficos o el listado de la evolución como se constata en el documento nº 6 de la contestación pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis. Y Kutxabank no ofreció al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos o comparar así el costo y la evolución. Ciertamente cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante y cuya devolución es a largo plazo. Si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor probablemente hubiera optado por el Euribor más un diferencial o al menos hubiese valorado su conveniencia y adoptado una decisión consciente de la carga económica que supone. A mayor abundamiento corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis y que ofreció al cliente otras alternativas, y que dentro de los distintos índices oficiales el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado.

En conclusión la cláusula no pasa el filtro de la transparencia ya que se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice ni las diferencias entre el IRPH Entidades y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y sin poder elegir entre este índice y otros más ventajosos

Razones estas por las que considero que procede declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato. En este mismo sentido la sentencia de la AP de Araba de 10 de marzo de

No obstante recalcar que es una cuestión muy controvertida y dudosa tanto a nivel doctrinal como de la jurisprudencia menor.

QUINTO.-la cláusula cuarta relativa a la comisión de apertura

Establece al préstamo hipotecario en su cláusula cuarta una comisión de apertura de 600 euros.

Afirma la parte demandante que conforme a la actual Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios estable en su artículo 3 párrafo primero *"1. Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes.*

Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos"

Prescripción similar a la de la orden de 19 de diciembre de 1989, vigente a la fecha de suscripción del préstamo.

Afirma la parte actora que la comisión no ha sido fijada libremente por las parte sino unilateralmente y con carácter obligatorio por la entidad Kutxabank, además de no corresponderse con ningún servicio solicitado por los actores ni recibido por la entidad. Extremo este negado por la entidad demandada ya que afirma que es conforme a la normativa bancaria, conocida por la parte actora y que responde a los gastos preparatorios para la concesión del préstamo.

La Circular 8/1990 del Banco de España en su Norma Tercera, artículo 1 bis, dice:

"b) En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo."

Por tanto resulta que la comisión por apertura es el importe que cobra el banco o caja en el momento de la formalización del préstamo por gastos de estudio, gestión, preparación etc, lo que ha supuesto que el Banco de España, y dentro de criterios de las buenas prácticas bancarias haya declarado que durante la vigencia de su circular 8/1990 se ha vulnerado su contenido cuando se aplica esta comisión en los préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas simultáneamente a la de estudio, lo que no es el caso de autos en que sólo se contempla la comisión de apertura que no es equiparable ni subsumible en ella los gastos en

Por tanto no procede declarar su abusividad.

SEXTO.-Abono de los gastos.

cláusula quinta (relativa a los gastos y a la que se allana la parte demandada) se condene a abonar cuantos gastos le supusieren la constitución de la hipoteca tanto en conceptos de Aranceles Notariales como Aranceles Registrales, Gastos de gestoría y tramitación así como la totalidad de los impuestos que abonó no siendo obligado tributario.

La parte demandada pese a allanarse a la consideración de abusiva de la conocida como clausula gastos afirma que no procede devolución de cantidad alguna ya que las cantidades no se corresponden con la aplicación de la cláusula sino por el pacto alcanzado con la BBK para su abono .

Si bien la juzgadora de instancia no comparte tal consideración, no puede acoger la petición de abono de en el modo solicitado y diferir a ejecución de sentencia su concreción y su soporte documental acreditativo de abono de diversas facturas e impuestos así como aranceles, ya que lo pedido es el abono de los gastos causados y ellos son conocidos y constan en soporte documental, por lo que opera la previsión del artículo 219 de la IEC que indica :

"1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética."

Por tanto no procede acoger esta pretensión.

SEPTIMO.-Costas.

En aplicación del artículo 394 de la IEC no procede la imposición de costas. Tanto por la estimación y allanamiento parcial como por las controversias que suscita la abusividad de la cláusula tercera Bis relativa al IRPH Entidades.

FALLO

ESTIMAR parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Virginia Tejerina Badiola , en nombre y representación de xxx y Xxx frente a KUTXABANK S.A. y DECLARAR la nulidad de :

la cláusula tercera bis sobre el índice IRPH
la cláusula quinta del contrato relativa a los gastos a cargo de la prestataria,
la cláusula sexta sobre intereses moratorios,
la cláusula sexta bis relativa al vencimiento anticipado y
la cláusula decimotercera sobre la cesión de crédito.

Desestimar la declaración de la nulidad de la cláusula cuarta relativa a la comisión de

Y CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes en todas las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula tercera Bis juntos con sus intereses legales desde la fecha de cobro hasta hoy y a abonar a los demandantes, del global resultante los intereses legales elevados en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los actores.

Desestimar la petición de condena a abonar cuantos gastos le supusieron la constitución de la hipoteca.

Sin imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (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 4705 0000 00 0368 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.

PUBLICACIÓN.-Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a veintiocho de junio de dos mil diecisiete.