

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 de LOGROÑO

Modelo: 1290A0
C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, 3ª PLANTA

-

Teléfono: 941 296 568 **Fax:** 941 296 488
Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: MMG

N.I.G. 26089 42 1 2022 0000654
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000318 /2022
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de LOGROÑO
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000089 /2022

Recurrente: KUTXABANK, S.A.U.
Procurador: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: SAMI KHALIL FERNANDEZ

D/D^a. [REDACTED], LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LOGROÑO.

CERTIFICO: Que por este tribunal y en el RECURSO DE APELACION (LECN) 0000318 /2022 se ha dictado la resolución que seguidamente se transcribe:

SENTENCIA Nº 46 DE 2023

**ILMOS.SRES.
MAGISTRADOS:**

DOÑA [REDACTED]
DON [REDACTED]
DON [REDACTED]

En LOGROÑO, a quince de febrero de dos mil veintitrés.

VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de Juicio Ordinario nº 89/2022, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Logroño (La Rioja), a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 318/2022; habiendo sido Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr/Sra. **DOÑA** [REDACTED].



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de abril de 2022 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Logroño, cuyo fallo dice:

“Que estimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña [REDACTED], en nombre y representación de don [REDACTED], frente a la mercantil Kutxabank, S.A.::

Se declara la nulidad de las cláusulas gastos de la escritura de 17 de marzo de 2017 y se condena a la demandada a abonar a la actora la suma de 1.318,35 euros, más los intereses legales desde cada pago, con imposición a la demandada de las costas causadas”.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de Kutxabank SA, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido, con traslado a la otra parte para que en 10 días presentase escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la deliberación, votación y fallo el 10 febrero de 2023. Es ponente doña María del Puy Aramendía Ojer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia estima la demanda presentada por don [REDACTED] frente a Kutxabank SA, declara la nulidad de la cláusula de gastos, de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el 17 de marzo de 2017 y condena a la demandada a reintegrar al demandante la cantidad de 1318,35 euros correspondientes a la mitad de los gastos de notaría, los gastos de



registro los gastos de gestoría, y los gastos de tasación, abonados por la demandante, con sus intereses desde las fechas de abono, imponiendo las costas a la entidad bancaria demandada.

SEGUNDO: Frente a dicha sentencia se alza la entidad bancaria apelante, alegando como motivos del recurso de apelación, la cláusula quinta, de gastos, de la escritura no impone a la parte prestataria, de manera general e indiscriminada, todos los gastos relacionados con la operación crediticia, sino que refleja un reparto de gastos concreto entre ambas partes, por lo que no es abusiva, únicamente impone al prestatario, como gasto de formalización del préstamo hipotecario, el relativo a la Notaría; al tratarse de una cláusula válida, no ha lugar a la restitución de la mitad de los gastos de Notaría; y al declararse la validez de la cláusula, se trataría de una estimación parcial de la demanda, procediendo, por tanto, a revocar la condena en costas a la entidad demandada, en virtud del artículo 395.1 LEC. Suplica a la Sala dicte sentencia que estimando el recurso: *revoque la declaración de nulidad de la cláusula quinta de gastos del préstamo hipotecario suscrito entre ambas partes el 17 de marzo de 2017; revoque la condena al reintegro de la mitad de los gastos de Notaría y pagados por los demandantes; y revoque la condena al pago de las costas de la primera instancia a mi mandante.*

TERCERO: La cláusula quinta de gastos, de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el 17 de marzo de 2017 es del siguiente tenor:

" *Quinta.- Gastos.*

Serán de cuenta de la parte deudora los siguientes gastos relacionados en el presente préstamo:

a) Los gastos notariales, derivados de la presente escritura, y los de la expedición de la primera copia autorizada.

b) Impuestos derivados de la presente escritura, según normativa fiscal aplicable a cada convención tributaria.

...."



Respecto de una cláusula igual a la que nos ocupa, razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de junio de 2022, Nº de Recurso: 484/2022, Nº de Resolución: 733/2022: “ *En el primer motivo del recurso se afirma que la jurisprudencia que se ha fijado a partir de la STS 705/2015, de 23 diciembre, rec. 2658/2013, ECLI:ES:TS:2015:5618 , no es de aplicación puesto que hubo un reparto acordado entre ambas partes, de modo que el banco asumía los gastos que no estuvieran recogidos en la cláusula, mientras que el gasto de notaría sería a cargo de la parte prestataria. No se trata, dice el apelante, de la imposición de todos los gastos a la parte prestataria, sino de un reparto equitativo, como el que prevé la jurisprudencia.*

15.- *La jurisprudencia, en efecto, ha establecido el principio de distribución equitativa de las cargas en STS 44/2019, de 23 enero, rec. 2982/2018, ECLI:ES:TS:2019:102, 46/2019, de 23 enero, rec. 2128/2017, ECLI:ES:TS:2019:101, 47/2019, de 23 enero, rec. 4912/2017, ECLI:ES:TS:2019:103, 48/2019, de 29 enero, rec. 5025/2017, ECLI:ES:TS:2019:104, 49/2019, de 23 enero, rec. 5298/2017, ECLI:ES:TS:2019:105, y sucesivas. Tal jurisprudencia puede ser de aplicación cuando, como es el caso, no se acredita que haya habido negociación en la forma de distribuir los gastos.*

16.- *Esta forma de distribuir los gastos unilateralmente adoptada por el banco, afrontando sólo los que tienen relación la inscripción de la garantía hipotecaria, la hemos analizado en otras ocasiones. En SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 1128/2021, de 30 de junio, rec. 1743/2020, ECLI:ES:APBI:2021:1774 , indicábamos que " no ha quedado acreditado el carácter negociado de la cláusula, al no haberse efectuado actividad probatoria alguna tendente a acreditar tal negociación, lo que nos permite declarar que nos encontramos ante un supuesto de una cláusula predispuesta carente de negociación individualizada entre las partes, en el marco de un contrato celebrado entre la entidad demandada y los demandantes consumidores ", citando en el mismo sentido la SAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 447/2020, de 16 junio, rec. 2963/2019, ECLI:ES:APSS:2020:104 .*

17.- *Por lo tanto la falta de acreditación de que se hubiera negociado esta cláusula, y la distribución unilateral predispuesta por el banco, han de ser*



consideradas abusivas, como recoge la sentencia recurrida, lo que supone la desestimación del recurso, puesto que el segundo motivo se refiere a que ante la validez de la cláusula no cabe indemnización, y el tercero a una pretendida estimación parcial de la demanda que no concurre”.

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 17 de octubre de 2022, Nº de Recurso: 370/2022, Nº de Resolución: 659/2022, razona: “ Las alegaciones del recurrente se limitan a insistir en el carácter negociado e informado de la cláusula, incidiendo en la información precontractual efectuada a los prestatarios al respecto de la cláusula litigiosa mediante la Ficha de Información precontractual (FIPER), a la que hemos hecho mención en el anterior fundamento. Pero como acertadamente advierte el Juez a quo, la razón de la nulidad de la cláusula de gastos no es la transparencia, sino su imposición abusiva, concluyendo la sentencia apelada, tras analizar la cláusula, que la misma tiene carácter abusivo, conclusión que comparte esta Sala, a la vista de los gastos que en la misma se imponen de cargo de la parte prestataria, observando que en ella se impone una distribución que rompe de forma importante el equilibrio de las prestaciones entre las partes, al no realizarse un reparto equitativo de gastos.

No se estima razonable considerar que de tratar la entidad financiera de manera leal y equitativa con el consumidor prestatario, éste aceptaría la asunción de los gastos notariales que le impone la escritura, cuando ninguna norma legal o reglamentaria vigente a fecha de su otorgamiento preveía su imposición a la parte prestataria. Tal distribución impuesta en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, ocasiona un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, habiéndose visto la parte prestataria obligada a pagar unos gastos en virtud de referida cláusula litigiosa que le impone su pago, ocasionándole un evidente perjuicio al sufrir una carga que no estaba obligada a soportar y ello, con correlativa ventaja o beneficio para el banco que ha eludido el pago de gastos cuyo abono le hubiera correspondido al menos en parte, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales sobre reparto de gastos, que se establecen en las SSTS, 457/2020, de 24 de julio , la 555/2020 de 26 de octubre de 2020 , la 35/2021, de 27 de enero de 2021 y la



262/2022 de 29 de marzo de 2022 (Rec. 2972/2019), a falta de normativa legal o reglamentaria al respecto en el momento de concertar el préstamo.

Compartimos, pues, la conclusión a que llega la sentencia recurrida al considerar abusiva dicha cláusula y declarar su nulidad, declaración que resulta conforme a los arts. 82.1 y 4c) y 89.3 del TRLGDCU, ajustándose la citada sentencia al reiterado criterio jurisprudencial establecido al respecto de las cláusulas de gastos, entre otras, en las Sentencias del Pleno 44/2019 , 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 y 49/2019 , que tiene declarado que " si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad... ", criterio que ha sido reiterado en las posteriores SSTS 262/2022 de 29 de marzo de 2022 (Rec. 2972/2019), 457/2020, de 24 de julio , la 555/2020 de 26 de octubre de 2020 y la 35/2021, de 27 de enero de 2021 , entre otras muchas"

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 28 de enero de 2022, Nº de Recurso: 202/2020, Nº de Resolución: 64/2022: " SEGUNDO. La cláusula quinta de continua referencia dispone que "será de cuenta de la parte deudora los siguientes gastos relacionados con el presente préstamo: a) los gastos notariales, derivados de la presente escritura, y los de la expedición de la primera copia autorizada; b) impuestos derivados de la presente escritura, según normativa fiscal aplicable a cada convención tributaria; c) los derivados de la conservación del inmueble hipotecado así como el seguro de daños. ; d) los gastos de la comunidad de propietarios ...; e) los derivados del seguro de vida de la parte prestataria cuando se contratase, así como los derivados del seguro de riesgo de impago del préstamo en el mismo caso.



Atendiendo a este tenor literal podría admitirse en principio la tesis de la recurrente cuando aduce que no estamos ante una estipulación generalista y omnicomprendensiva, que atribuya todos los gastos al prestatario.

Ahora bien, lo anterior no comporta que estemos ante un pacto válido y menos aún que el alegato de la recurrente puede servir para combatir el razonamiento seguido en la resolución recurrida cuando resulta que el apelante no invoca error en la apreciación y/o valoración de la prueba ni esgrime argumento alguno para rebatir la conclusión sentada en la resolución recurrida cuando argumenta que la demandada no ha aportado prueba documental para acreditar la existencia de un pacto expreso con la actora (que ésta niega) sobre el reparto de los gastos, y tampoco ha propuesto prueba testifical o interrogatorio de la actora para abordar dicha controversia, concluyendo que dada la inversión de la carga de la prueba imperante en esta materia (según la doctrina jurisprudencial que se recoge en la sentencia) no puede declararse que la parte actora hubiera consentido y negociado expresamente el pago de los gastos ahora reclamados en la demanda.

La recurrente centra todos sus argumentos en la existencia del pretendido pacto, sin combatir en forma el razonamiento seguido en la resolución recurrida y prescindiendo interesadamente del hecho cierto, alegado y acreditado documentalmente, de que los demandantes no sólo abonaron íntegramente los gastos de notaría sino también los de Registro de la Propiedad y gestoría, sobre los que nada se dice en la cláusula quinta”

O la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 26 de marzo de 2019, Nº de Recurso: 584/2018, Nº de Resolución: 487/2019: “ **TERCERO** .- Sobre la validez del pacto de atribución de todos los gastos a la parte prestataria

13.- En primer lugar mantiene Kutxabank, S.A. que el concreto pacto en virtud del cual los demandantes efectuaron el pago de los gastos notariales y registrales que se devengaron por el otorgamiento e inscripción registral de la escritura pública de préstamo hipotecario, y la posterior novación, es plenamente válido y no infringe ninguna disposición legal. Asegura que es un pacto válido,



admisibles conforme al principio de libertad contractual del art. 1255 del Código Civil (CCv).

14.- Argumenta la parte apelante que se vulneran los arts. 1255, 1261 y 1091 CCv, por regir el principio " pacta sunt servanda ". Efectivamente el derecho civil admite la libertad contractual, y las partes de un contrato pueden obligarse en los términos que estipulen. Pero tratándose de consumidores, están tutelados por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el RDL 1/2007 antes citado, que impiden la inclusión de condiciones abusivas, que expresamente se declaran nulas.

15.- Sin embargo no consta Ficha de Información Precontractual (FIPRE), ni la Ficha de Información Personalizada (FIPER). Ningún documento aporta la recurrente para sostener su alegación. En definitiva, no hay prueba de la negociación o el pretendido pacto previo, prueba que en aplicación del párrafo segundo del art. 82.2 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 y otras leyes complementarias (TRLGDCU), corresponde demostrar al empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente.

16.- No se ha acreditado el pacto previo, pero si lo hubiera y se trasladara a la escritura pública, cabría examinar su abusividad en uno u otro caso, cualquiera que sea la forma en que se documente. La norma no exige para declarar abusiva una previsión contractual que tome una forma especial, sino que se encuentre en alguna de las previsiones de los arts. 82 y ss LRLGDCU. Y sobre esta clase de pactos, que atribuyen al consumidor todos los gastos de préstamos con garantía hipotecaria, se han pronunciado y fijado jurisprudencia, considerándolos abusivos, las STS 705/2015, de 23 diciembre, rec. 2658/2013 147/2018, de 15 marzo, rec. 1211/2017 y 148/2018, de 15 marzo, rec. 1518/2017, 44/2019, de 23 enero, rec. 2982/2018, 46/2019, de 23 enero, 2128/2017, 47/2019, de 23 enero, rec. 4912/2017, 48/2019, de 29 enero, rec. 5025/2017, y 49/2019, de 23 enero, rec. 5298/2017".



La entidad demandada no ha aportado a los autos ningún documento que refleje, exprese o del que pudiera concluirse la existencia del alegado en la contestación a la demanda y reiterado en el recurso de apelación, y no probado, pacto expreso previo concertado con el prestatario, tras una negociación individual, por el que aquel asumía el pago de la totalidad de los gastos notariales, pues el único documento que ha aportado es la escritura de apoderamiento a procurador para su intervención en el procedimiento en representación de la entidad demandada, y a la entidad bancaria correspondía la carga de la prueba de la negociación individual que alega.

Se concluye que se trata de una cláusula no negociada individualmente, impuesta por el banco, 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 el pago de los gastos notariales en su totalidad, y que en la práctica se ha extendido al pago de los gastos registrales, de tasación y de gestoría, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa, y que no cabe pensar que el consumidor prestatario 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), y que debe ser declarada nula, tal como ha acordado el juez de instancia, cuyos acertados razonamientos no han sido desvirtuados por las alegaciones de la recurrente, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

CUARTO: Conforme a los artículos 394 y 398 Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de apelación se imponen a la parte apelante las costas por su recurso causadas

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

FALLO



Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank SA contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Logroño en autos de Juicio Ordinario 89/2022, de que dimana el presente rollo de apelación 318/2022, y confirmamos la sentencia de instancia, con imposición a la parte apelante de las costas por su recurso causadas.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.



No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Cumplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo preinserto concuerda bien y fielmente con el original de la resolución a la que me remito y para que conste, expido el presente en LOGROÑO, a veintisiete de febrero de dos mil veintitrés.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

