

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 04 DE MÓSTOLES**

C/ Luís Jiménez de Asúa, s/n , Planta 5 - 28931

Tfno: 916647308

Fax: 916187808

42020310

NIG: 28.092.00.2-2017/0003782

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 353/2017**

Materia: Otros asuntos de parte general

NEGOCIADO P

**Demandante:** [REDACTED]

PROCURADOR Dña. ANA MARIA GALEY ZAFORA

**Demandado:** LIBERBANK

PROCURADOR D. MANUEL DIAZ ALFONSO



(01) 31222519636

**SENTENCIA N° 234/2017**

**MAGISTRADO- JUEZ:** D. JUAN JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**Lugar:** Móstoles

**Fecha:** veintiséis de octubre de dos mil diecisiete

**SENTENCIA**

En Móstoles a veintiséis de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos por **DON JUAN JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Móstoles y su Partido, los presentes Autos de JUICIO ORDINARIO 353/2017 instados [REDACTED], representado por la procuradora SRA. GALEY ZAFORA y asistido por la letrada SRA. CELDRÁN HERNÁNDEZ, contra LIBERBANK S.A., representada por el procurador SR. DÍAZ ALFONSO y asistida por la letrada SRA. DELESTIAL GALLEGO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de [REDACTED] se formula por medio de escrito presentado con fecha 28 de marzo de 2017 demanda de juicio ordinario contra LIBERBANK S.A., en base a los hechos que expone en su escrito rector, solicitando se dicte sentencia de conformidad con el suplico del mismo.

**SEGUNDO.-** Mediante decreto de fecha 11 de abril de 2017 se admitió a trámite la demanda, emplazándose a la demandada LIBERBANK S.A. por termino de veinte días, con traslado de las copias de la demanda y documentos acompañados, contestando a la demanda la representación de LIBERBANK S.A. mediante escrito presentado con fecha 23 de mayo de 2017.

**TERCERO.-** Mediante diligencia de ordenación dictada con fecha 9 de junio de 2017 se acuerda citar a las partes al acto de la audiencia previa al juicio, la cual se celebró con fecha 18 de julio de 2017, en el cual se acordó el recibimiento del pleito a prueba,

practicándose a continuación en el acto del juicio, celebrado con fecha 24 de octubre de 2017, todos aquellos medios de prueba que, propuestos por las partes, fueron declarados pertinentes, con el resultado que obra en autos.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Por la representación de [REDACTED] se formula demanda de Juicio ordinario contra LIBERBANK S.A., solicitando:

1º.- Que se declare la nulidad de la cláusula CUARTA A) del préstamo hipotecario impuesta al actor, por la que se impone al mismo el pago de una COMISIÓN DE APERTURA.

2º.- Que se declare la nulidad de la cláusula QUINTA del préstamo hipotecario por la que se impone al actor el pago de todos los gastos relativos a la constitución de la hipoteca.

3º.- Que se condene a la demandada a eliminar ambas cláusulas señaladas como condición general de préstamo hipotecario.

Por la representación de LIBERBANK S.A. se formula oposición a la demanda.

**SEGUNDO.-** En el caso de autos, la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de enero de 2009 tiene los caracteres generales de un contrato de adhesión a unas condiciones generales, que han sido elaboradas por el empresario oferente, como parte de un sistema de contratación en masa, al que el cliente simplemente se adhiere. Es decir, es fácilmente observable que el contrato celebrado, salvo en los concretos aspectos, se concreta en un modelo uniforme en el que se reflejan las diferentes cláusulas contractuales que se aplican con carácter general por la sociedad ejecutante a quienes contratan con la misma, revelando ello que nos hallamos ante unos contratos de adhesión.

De esta forma, se entiende por contrato de adhesión aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas, han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Y es cierto, como señala la SAP de Asturias de 25 de marzo de 1999 que dada la grave limitación que al principio de autonomía de la voluntad representan las denominadas condiciones generales de la contratación (aquéllas insertas en los de adhesión y que una parte redacta imponiéndola a todos los que quieran celebrar el contrato con la misma), se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda España, no para coartarlas sino controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo, como se razona en la reciente STS de 13 de noviembre de 1998.

Ahora bien, como destaca la SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 30 de Abril de 2002, citada en la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2003, en los contratos de adhesión, el carácter abusivo no se infiere exclusivamente de la falta de negociación individual, que actúa como condición o presupuesto, sino que es preciso que el contenido de la estipulación cause un detrimento importante en el consumidor. Criterio que es el seguido por la STS de 31 de enero de 1998, que, distinguiendo, las cláusulas «redactadas previamente» de las «abusivas», insiste en que se requiere que el consumidor o usuario no pueda evitar su aplicación, siempre que quiera obtener el servicio o bien de que se trate, es decir, que es insuficiente que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula sino que, para que ésta merezca la consideración de abusiva,

requiere, además, que aquél no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, que su actitud no haya sido meramente pasiva. Igualmente, para la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2003, no basta con calificar de abusiva una cláusula simplemente porque resulte contraria a nuestros intereses, incluso porque está estampada en un contrato de adhesión, pues por sólo tal motivo habrían de desaparecer de la realidad jurídica todos los contratos redactados por las empresas suministradoras de servicios, incluidos los Bancos.

En similares términos SAP de Madrid, Sección 13ª, de 23 de Mayo de 2000, para la cual, con cita de las SS de 23 de mayo de 1995 y 8 de mayo de 1996, no cabe confundir la redacción impresa del contenido de un contrato que en el marco de la libertad de contratación puede suscribirse con distintas empresas en lícita competencia y la imposición de ciertas condiciones contractuales en base a una situación de monopolio o cuando menos privilegiada que quebrante el equilibrio de las prestaciones vulnerando así los derechos de los consumidores y usuarios. En suma, el hecho de que el contenido del contrato responda a un modelo normalizado no quiere decir que no pueda ser modificado en algunos extremos por acuerdo de las partes ni que no haya mediado una libre coincidencia de voluntades, ni menos que en sí mismo y por ese solo hecho o circunstancia cause un perjuicio o detrimento desproporcionado al consumidor o comporte un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones, pues en ese caso pocos serían los contratos que concertados con empresas de crédito y financiación no adoleciesen de tal vicio y causa de ineficacia.

Y cuando hablamos de contratos celebrados con consumidores, parece inevitable hablar de cláusulas abusivas, esto es así desde la perspectiva del justo equilibrio de las prestaciones que debe presidir toda cláusula contractual, máxime cuando interviene en la relación un consumidor y se plasma en un documento prerredactado por el profesional, en la que se da una situación en la que el consumidor no cuenta con el mismo poder de negociación que la entidad de crédito, circunstancia que puede dar lugar a la imposición de condiciones en cuya elaboración no participa el consumidor y que rompen el principio de reciprocidad en las prestaciones que rige el derecho contractual. Es precisamente esa situación la que justifica la imposición de un control de contenido a todas aquellas cláusulas que, no siendo fruto de la negociación individual, implican un desequilibrio contractual contrario a la buena fe que debe presidir la contratación.

Resulta indudable que en el ámbito contractual ha predominado durante bastante tiempo una concepción individualista del mismo en base a los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil a propósito del momento del nacimiento del contrato y los pactos que en el mismo pueden incluirse. No obstante, este sistema ha sido objeto de una mayor presión intervencionista que ha venido moderando el principio de la autonomía de la voluntad, viniendo a surgir una denominada concepción social del contrato fruto de nuevos marcos contractuales (contratación en masa, contratos de adhesión, etc.) de la que se derivan dos consecuencias importantes: primera, que el contrato no sólo puede obligar en lo que alcanza la voluntad contractual, sino en la medida a que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración, y, segunda, que los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello a que la voluntad contractual se extiende, sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios, con lo que se viene a limitar el principio general establecido en el artículo 1.091 del Código Civil. Esto determina que el patrón clásico de contrato se vea notablemente afectado, incluso mediatizado el principio de autonomía de la voluntad, surgiendo categorías contractuales con un contenido normado y sometido a control, al margen e incluso por encima de las concretas voluntades de los intervinientes que no pueden excluirlo. Así en el modelo contractual por adhesión, se produce una evolución en el contenido del contrato,

donde ya no prima exclusivamente el consentimiento, sino que va a estar determinado en ciertos aspectos y de modo necesario por la ley, siendo ello particularmente cierto en las condiciones generales de los contratos. Y este control de legalidad de las condiciones generales tiene su reflejo en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1.984, y posteriormente en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, las cuales establecen una serie de requisitos que han de cumplir los contratos de adhesión concertados con consumidores y usuarios, y que básicamente se refieren a la claridad y sencillez, buena fe, y justo equilibrio de las prestaciones, considerando abusivas las estipulaciones que no respeten estos principios, y sometidas a la sanción de tenerlas por no puestas, lo que no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas –en este sentido, SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2003-.

El artículo 82.1 del TRLGDCU nos da una noción de cláusulas abusivas diciendo que son «todas a aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Se ha de tratar, por consiguiente, de cláusulas no negociadas individualmente, que no perderán su carácter de abusivo por la circunstancia de que ciertos elementos de la cláusula o alguna aislada se hayan negociado individualmente. El hecho de la negociación individual de una determinada cláusula debe ser probado por el empresario o profesional. La Ley de Consumidores ha realizado una enunciación casuística de las cláusulas abusivas, que se ha de considerar que es una enunciación abierta, siguiendo la Directiva comunitaria. Lista de cláusulas que debe considerarse abierta, de forma que además de las que menciona podrán surgir otras que se declaren igualmente abusivas en perjuicio de los consumidores o usuarios.

**TERCERO.-** La cláusula CUARTA A) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de enero de 2009, presenta el siguiente tenor literal:

*“Comisión de apertura.- La presente operación de préstamo devenga por una sola vez una comisión de apertura de DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS EUROS Y SETENTA Y CINCO CENTIMOS (€ 2.282,75) pagadera por la PARTE ORESTATARIA en este acto, mediante el cargo de su importe en la cuenta señalada en la estipulación séptima”.*

En este sentido, con independencia de la polémica doctrinal y jurisprudencial en orden a la licitud o no de dichas comisiones, la opinión mayoritaria es inclina por considerar que las mismas no pueden quedar amparadas en el principio de libertad contractual consagrado en el art. 1.255 del CC, porque carecen de causa que las justifique ex arts. 1.274 y 1.275 CC. Este es el criterio que sigue mayoritariamente la Audiencia Provincial de Madrid. Así, para la SAP de Madrid, Sección 21ª, de 19 de Octubre de 2004 (JUR 2005/8132) -que cita también la SAP de Madrid, Sección 21ª de fecha 15 de abril de 2002-, el concepto de comisión bancaria se anuda necesariamente con unos servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Así resulta de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera declara que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Estamos, en definitiva, ante el cobro de unas comisiones que, lejos de constituir un licito uso de comercio, más bien están en desuso y en la doctrina consolidada por las reclamaciones al servicio del Banco de España, de tal forma

que se exige, cuando menos, que se acrediten tanto las reclamaciones efectuadas como los gastos que han originado las mismas, considerando claramente abusivo aplicar tarifas de esta clase de forma automática y sin justificación. En el mismo sentido, SAP de Madrid, Sección 14ª, de 6 de Mayo del 2010 (ROJ: SAP M 6401/2010).

En un supuesto similar al presente, y siguiendo la SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 30 de Diciembre del 2010 (ROJ: SAP SA 663/2010), el Banco de España considera una mala práctica bancaria el cobro de una comisión por un servicio no prestado efectivamente, al expresar: "En los expedientes relacionados, las entidades adeudaron a sus clientes la citada comisión sin haber acreditado que hubieran realizado gestiones efectivas de reclamación, o que se cumplieran los requisitos que se indican anteriormente en los criterios generales, para que se estime que la aplicación de esta comisión es conforme con las buenas prácticas bancarias. A este respecto, se considera que resulta, cuanto menos, discutible que el automatismo del envío de cartas (diferido unos días respecto de cada fecha de impago/descubierto), generadas por ordenador comunicando la existencia el impago/descubierto, constituya una verdadera gestión". Para el Banco de España, esta comisión (comisión por reclamación de posiciones deudoras) constituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de su cliente. Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador)".

En similares términos, para la SAP de Lugo, Sección 1ª, de 23 de Noviembre del 2010 (ROJ: SAP LU 684/2010), tal comisión se considera abusiva y contraria al equilibrio contractual, añadiendo que la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 prescribe que las comisiones o gastos repercutidos han de responder a servicios efectivamente prestados, y no se acredita por la entidad bancaria en que se concretó esa reclamación pues no se puede ello equiparar a la mera comunicación del saldo deudor.

En definitiva, en el caso concreto, en modo alguno se justifica que dicha comisión responda a servicio bancario alguno. No consta que tal concepto obedeciese 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 se pusiera a cargo de los prestatarios sin la correspondiente explicación, comprensión en todos sus extremos y aceptación expresa de tal gasto. Por otra parte, tales operaciones de cálculo del riesgo, viabilidad e instrumentalización del préstamo en la organización interna, aspectos contables y económicos, son inherentes a la operativa bancaria y no pueden, sin una expresa asunción con plena información y efectiva negociación, ser puestos a cargo de la demandada, con lo que la imposición de tal comisión ha de ser declarada nula, anulada su asunción y retrotraída la cantidad pagada.

Por otro lado, es criterio mayoritario igualmente seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, que ante la alegación de que el deudor era conocedor y consentidor del cobro de la comisión a que nos estamos refiriendo, en orden a que vino soportando el cargo de las mismas sin formular reclamación durante largo tiempo, expresa que a tal circunstancia no cabe atribuirle el significado de acto propio del que pueda derivarse la aquiescencia al cobro

de tales comisiones, ni la existencia de un pacto en tal sentido; entender lo contrario supondría dejar abierta la posibilidad de que una mala práctica bancaria adquiriera o causara estado en perjuicio del usuario, por el mero hecho de la reiteración de aquella sin protesta de aquél –SAP de Madrid, Sección 19ª, de 21 de Abril de 2005 (JUR 2005/119372)-

**CUARTO.-** La cláusula QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de enero de 2008 presenta el siguiente tenor literal:

*“GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA.- Serán de cuenta de la PARTE PRESTATARIA todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: a) Gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado, b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de expedición de la primera copia de la presente escritura para la CAJA y en su caso, los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago; c) Impuestos de esta operación; d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos; e) los derivados de la conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado; f) los derivados del seguro de vida de la PARTE PRESTATARIA, caso de que se le exija; g) los gastos derivados del incumplimiento por la PARTE PRESTATARIA de su obligación de pago, en particular, honorarios de letrado y procurador, así como aranceles notariales en caso de reclamación extrajudicial aunque sus intervenciones no fueren preceptivas; h) gastos de correo... i) cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicios relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la CAJA dirigida a la concesión o administración del préstamo”*

Como expresa la STS Pleno núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), resulta ya llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones, contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. El art. 89.3 del 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 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).

Añade la citada STS Pleno núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), que, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como

el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 de la LEC, constituye la garantía real (arts. 1.875 del CC y 2.2 de la LH, y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la 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 del TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000, 5090), esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

**QUINTO.-** Sigue expresando la citada STS Pleno núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), que, en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. 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 las 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) del 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 es plenamente ajustada a derecho. Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre (RJ 2012, 576), si bien

con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

Acogen la anterior doctrina las SSAP de Barcelona, Sección 19ª, de 2 de febrero de 2017 (ROJ: AAP B 2247/2017-ECLI:ES:APB:2017:2247A); Madrid, Sección 20ª, de 31 de marzo de 2017 (ROJ: SAP M 4689/2017-ECLI:ES:APM:2017:4689).

**SSEXTO.-** Añade la citada STS Pleno núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), en cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, advierte en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 de la LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 de la LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 de la LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 del TRLGDCU y art. 8 de la LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho. Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC.

**SÉPTIMO.-** Para la siempre referida STS Pleno núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), en lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 de la LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía



desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 del TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

**OCTAVO.-** La accesoriedad de un seguro de vida e invalidez respecto a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria no supone "per se" una imposición y condición inescindible de aquel, sin perjuicio de su lícita relevancia respecto al precio del dinero objeto de préstamo, por lo que debe estimarse lícita tanto la adhesión a un seguro, como la designación de la entidad tomadora como beneficiaria. Existe una causa lícita en los contratos, cual es la cobertura de eventos como el fallecimiento, la incapacidad permanente o el paro, por la cuantía que resta por amortizar en la fecha en que acaecieren o en la suma fijada en casos de desempleo, y que de este modo se mitiga para el prestatario la delicada situación económica en que pueden concurrir ellos mismos o sus herederos en el supuesto en que acaezcan, y en la realidad social y la práctica de los Tribunales se aprecia la frecuencia con que se suscriben este tipo de seguro, con frecuentes pleitos por posible existencia de dolo en el asegurado por ocultación de enfermedades

Ahora bien, según criterio jurisprudencial, resulta abusiva la exigencia por parte del banco al prestatario de la contratación de un seguro de vida a favor de éste, siempre en relación con el hecho de que uno de los contratantes sea el propio banco o la entidad aseguradora designada por éste. La abusividad deriva del hecho de que, pese a la validez de la cláusula que impone la contratación de un seguro de vida, la elección de una concreta entidad aseguradora limita los derechos de las partes y redonda, en contra de las exigencias de la buena fe, en exclusivo beneficio de la entidad de crédito.

**NOVENO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLO**

Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación [REDACTED] [REDACTED] contra LIBERBANK S.A., debo declarar y declaro:

1º.- la nulidad de la cláusula CUARTA A) del préstamo hipotecario impuesta al actor, por la que se impone **al mismo el pago de una COMISIÓN DE APERTURA**, condenando a la demandada a la eliminación de la misma del clausulado.

2º.- la nulidad parcial de la cláusula QUINTA del préstamo hipotecario por la que se impone al actor el pago de todos los gastos relativos a la constitución de la hipoteca, declarando abusiva la cláusula referida en cuanto que impone a la **PARTE PRESTATARIA todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: a) Gastos de tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado, b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de expedición de la primera copia de la presente escritura para la CAJA y en su caso, los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago; c) Impuestos de esta operación; d) gastos**

de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos... g) los gastos derivados del incumplimiento por la PARTE PRESTATARIA de su obligación de pago, en particular, honorarios de letrado y procurador, así como aranceles notariales en caso de reclamación extrajudicial aunque sus intervenciones no fueren preceptivas; h) gastos de correo... i) cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicios relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la CAJA dirigida a la concesión o administración del préstamo”; declarando válida la referida cláusula en lo relativo a: e) los derivados de la conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado; f) los derivados del seguro de vida de la PARTE PRESTATARIA, caso de que se le exija.

[REDACTED]. El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, la revisión y la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo, precisarán de la constitución de un depósito a tal efecto. Todo el que pretenda interponer recurso contra sentencias o autos que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como depósito... b) 50 euros, si se trata de recurso de apelación. La admisión del recurso precisará que, al prepararse el mismo se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, lo que deberá ser acreditado. El Secretario verificará la constitución del depósito y dejará constancia de ello en los autos. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera Instancia lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, en el día de la fecha. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.