

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
OVIEDO**

SENTENCIA: 00248/2017

N10250

COMANDANTE CABALLERO Nº 3 - 3ª 33005 OVIEDO

-

Tfno.: 985968730/29/28 Fax: 985968731

SGG

N.I.G. 33004 41 1 2016 0008166

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000218 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.7 de AVILES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000487 /2016

Recurrente:

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

S E N T E N C I A núm. 248/2017

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

D. JOSÉ ANTONIO SOTO-JOVE FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA

D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO

En OVIEDO, a diez de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 487 /2016, procedentes del JDO.1A.INST. E INSTRUCCION N.7 de AVILES, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 218 /2017, en los que aparece como parte apelante representada por el Procurador de los tribunales , asistido por la Abogada



y como parte apelada

representados por la

Procuradora de los tribunales
por el Abogado

, asistida

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Avilés dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 28 de Marzo de 2017 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por
-- y
frente a .., por lo que: 1.- Se declara la abusividad y por tanto la nulidad radical de la siguiente estipulación, y por tanto teniéndola como no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria del contrato de préstamo hipotecario de fecha 25 de marzo de 2008, la cláusula identificada: CUARTA COMISIONES a) comisión de apertura- La presente operación de préstamo devenga por una sola vez una comisión de apertura de 315euros pagadera por la parte prestataria... b)- Comisión por gestión de reclamaciones de posiciones deudoras vencidas. Por cada cuota vencida y no pagada en todo o en parte, y para compensar los gastos de gestión de regularización de la posición de efectuados, se devengará a favor de la entidad una comisión que será de 15 euros, si el importe impagado es inferior a 90 euros; o bien de 30 euros si el importe impagado es igual o superior a 90 euros, la cual se adeudará en la cuenta vinculada del préstamo en el momento en que se realicen las gestiones extrajudiciales de reclamación de cada cuota. 2- Se condena a la demandada a



la demandada a abonar a los demandantes, las cantidades que haya satisfecho en concepto de cobro indebido por comisiones por reclamación de posiciones deudoras, más intereses legales y costas en el caso que se hayan cobrado. 3- Se condena a la demandada a la demandada a abonar a los demandantes, 315 que en concepto de cobro indebido de comisión de apertura del préstamo hipotecario, mas intereses legales. 4- Se declara el carácter abusivo y la nulidad teniéndola por no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 25 de marzo de 2008, de la condición quinta GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA: A) aranceles notariales y registrales... d) gastos gestoría... . 5- Se condena a la demandada a la demandada por aplicación del art. 1303 del cc a la devolución o la restitución de cuantas cantidades que hubieran sido percibidas o hayan sido abonadas por la actora por los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriva de las estipulaciones citadas, que asciende a 765,64 mas el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso- 6- Se declara la abusividad y por tanto la nulidad radical de la siguiente estipulación, y por tanto teniéndola como no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria del contrato de préstamo hipotecario de fecha 25 de marzo de 2008, la cláusula identificada: SEXTO-. INTERESES DE DEMORA- las cantidades vencidas y no satisfechas a sus respectivas vencimientos... . . devengarán el interés legal ordinario incrementado en 8 puntos... 8- Se condena a la demandada a la demandada por aplicación del art. 1303 del cc a la devolución o la restitución de cuantas cantidades que hubieran sido por la actora en concepto de intereses de demora aplicados a la entidad bancaria demandada sobre las cuotas periódicas del préstamo hipotecario impagadas. 9 No ha lugar a costas".

TERCERO.- Notificada la anterior resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte

demandada que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de Octubre de 2017, quedando los autos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la representación de la mercantil demandada, la sentencia que estima en parte la demanda que frente a ella dirige la representación de d. y d^a que declara la nulidad de determinadas cláusulas insertas en el contrato firmado por ambas partes con fecha 25 de marzo de 2.008, que lo era de préstamo con garantía hipotecaria. Motivo de la impugnación es la declaración de nulidad de dos tan solo de las cláusulas consideradas como nulas, las relativas a las comisiones por gestión de reclamación de deuda vencida y la de gastos derivados de los aranceles notariales y registrales, y de la gestoría por tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y de la oficina liquidadora del impuesto, como consecuencia de lo cual llegan a esta alzada

firmes por consentidos los pronunciamientos relativos a comisión de apertura e intereses moratorios.

Con relación a la primera de las cláusulas discutidas, la de comisión de posiciones deudoras, cita el escrito de impugnación el hecho de no haberse aplicado y, consiguientemente, la falta de cobro de tal comisión con cita de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Avilés, de 6 de abril de 2.017; y respecto a la de los aranceles notariales y registrales señala otra de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial fechada el 24 de marzo del mismo 2.017. La de gastos de gestoría se discute con la aseveración de que fueron los prestatarios los que voluntariamente contrataron a la gestoría. Tales son los argumentos que deberán resolverse respecto a lo decidido en la sentencia que se discute.

SEGUNDO.- La sentencia discutida apoya la nulidad de la cláusula de comisión por posiciones deudoras en los siguientes argumentos: tras citar la sentencia de esta Audiencia Provincial de 4 de mayo de 2.015 y la anterior de 14 de diciembre de 2.014, en el sentido de que en todo caso será necesario justificar que se han devengado tales gastos, concluye con cita de sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona, de 27-10-2.016 y de la de Madrid de 16-01-2.017 que declaran la abusividad desde el momento en que señala una cuota fija sin concretar por qué servicios se debe prestar tal comisión que excede de una tarifa normal de reclamación, reseñando además, con otras sentencias de Audiencias Provinciales (así la de Alicante, Sección 8ª de 15 de julio de 2.016), una Memoria del Banco de España y otras resoluciones de Audiencias Provinciales como la de Valencia, Pontevedra, Castellón y La Coruña.

La sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial fechada el 17 de julio de 2.015 señala: "Pues bien, en el presente caso se reclaman por este concepto, según detalle que se efectúa en la contestación a la demanda y en el escrito del

recurso, 800 €, no habiendo sido acreditado que tal importe realmente excesivo, 30 € por posición deudora, responda a un efectivo gasto de la entidad bancaria, por lo tanto la cláusula se declara nula y en consecuencia debe excluirse de la suma reclamada". Y esta misma Sección, en la fechada el 11 de julio de 2.016 señaló que "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 11 de junio de 2.015 dice que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la propia Directiva, de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, por lo que debe confirmarse este pronunciamiento al no haberse probado que dicha comisión responde a un concreto servicio prestado o que vaya a prestarse por la entidad bancaria, antes al contrario se deja fijada una cantidad no reducida con carácter general y que funciona exclusivamente como una sanción al consumidor que deja sin pagar alguna amortización". La sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de febrero de 2.017, por su parte señalaba lo siguiente: "Ciertamente la normativa que rige las comisiones aplicables a las operaciones de las entidades bancarias con sus clientes viene constituida, esencialmente por la Ley 26/1.988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1.989, la Circular del Banco de España 8/1.990 de 7 de septiembre, Orden EHA 1608/2.010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que ha sido desarrollada en aspectos importantes que afectan a la transparencia bancaria a través de la Circular

5/2.012, del Banco de España de 27 de junio. Es fácil comprobar que la normativa citada es de aplicación general a las relaciones de las entidades bancarias con sus clientes, tanto si estos son consumidores en el sentido técnico del término, como si son profesionales o empresarios de distinto ramo ... La normativa en cuestión reseña que 'Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que estas fijen libremente, añadiendo después que '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".

Aplicando este criterio propio ya de esta Sección así como las consideraciones de las otras dos reseñadas, debe concluirse que la cláusula, pese a no haberse aplicado, debe declararse nula por abusiva al no obedecer a prestaciones realizadas sino a un planteamiento genérico de cobro sin necesidad de ejecución de tales servicios.

En consecuencia, se desestima este primer motivo confirmando el pronunciamiento relativo a la nulidad de esta primera cláusula que se discute.

TERCERO.- La segunda cláusula discutida es, dentro de la estipulación quinta la parte que recoge la demanda y que tiene la siguiente redacción: "Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros o pendientes de pago siguientes ... : b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los 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; ... d) Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos". La sentencia declara la nulidad de lo referido a los aranceles notariales y registrales así como



la parte que señala que corresponden a los gastos de gestoría. El motivo de dicha nulidad es aplicar el criterio de una sentencia de esta Audiencia, concretamente de la Sección 5ª, fechada el primero de febrero de 2.017, pese al opuesto de la Sección 6ª en la de fecha 25 de noviembre de 2.016 y una tercera de la 4ª, fechada el 24 de marzo de 2.017.

La cuestión es cualquier cosa menos sencilla, no tanto en relación con la nulidad misma de la cláusula sino en cuanto a los efectos de dicha declaración, es decir las consecuencias relativas a la reintegración de los pagos realizados por los prestatarios. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015, dentro del séptimo motivo del recurso de casación, decía con cierta rotundidad: "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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

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)". Y en párrafo aparte concluye: "En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, 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". Ahora bien, la nulidad que declara esta resolución de la Sala Primera del TS no arrastra condena a reintegrar cantidades que hubieran sido abonadas por los prestatarios como consecuencia de los gastos notariales o registrales, debiéndose plantear la efectividad de tal declaración.

Con el planteamiento que la citada sentencia de la Sala Primera del TS hace, parece que no puede darse otra respuesta a la cláusula en cuestión con relación a su abusividad: es indudable que esta generalización en la imposición al cliente consumidor del abono de todos los gastos notariales y registrales así como los de gestoría que haya intervenido tanto en tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad como ante la oficina liquidadora de impuestos debe considerarse nula, siendo el motivo que se trata de una estipulación no negociada "que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante". El problema que se plantea a renglón seguido que se constituye en esencial, es la posible consecuencia pecuniaria que forma parte del suplico contenido

en la demanda, es decir el reintegro de aquellas cantidades abonadas por lo actores por parte de la entidad prestamista.

El panorama que ofrecen las distintas Audiencias Provinciales es variado y diverso, y por centrarlo en la de Asturias pueden encontrarse distintos criterios en las diferentes Secciones que hasta ahora han resuelto la cuestión concreta de los gastos notariales y registrales. Dos de sus sentencias consideran que la obligación de cubrir tales gastos corresponde a los prestatarios como principales interesados y beneficiarios de los mismos: así la sentencia de la Sección 4ª anteriormente citada, de 24 de marzo de 2.017 señala: "Los gastos que conlleven esas actuaciones notariales y registrales serán de cargo, en consecuencia del prestatario-hipotecante, que es, en definitiva, el instante y beneficiario de la operación en su conjunto, el préstamo hipotecario, y, por ello el solicitante del servicio de dichos profesionales". Del mismo criterio es la sentencia de la Sección 6ª de esta misma Audiencia, de 25 de noviembre de 2.016, si bien se refiere a un supuesto de novación del préstamo hipotecario, que ya diferencia el supuesto de hecho y no es aplicable al que se examina. En el extremo opuesto se sitúa la sentencia de la Sección 5ª de 1 de febrero de 2.017, en la que se transcribe el párrafo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015 anteriormente recogido para concluir con la condena a la entidad prestamista a la restitución de las cantidades derivadas de los pagos efectuados por la actora a la Notaría y al Registro. Otra resolución de la misma Sección 6ª en supuesto ajeno a la novación del préstamo, la fechada el 27 de enero de 2.017, tras la cita del Arancel de los Notarios y de la sentencia del Supremo que se acaba de volver a citar, que fija la posibilidad de "distribuir equitativamente entre las partes ese concreto gasto", señala que en las facturas giradas por Notaria y Registro en el supuesto que motiva el litigio no se detalla ni permite su determinación y concreta cuantificación,

lo que conduce al mismo resultado, es decir no dar lugar a la condena de restitución de cantidad alguna. No obstante, esta Sección (la Sexta) en su sentencia fechada el 19 de mayo de 2.017, distingue los gastos notariales de los registrales a la luz, nuevamente, de la resolución de 23-12-2.017, diciendo por lo que se refiere a los notariales que su Arancel "nos reenviaba en primer lugar a una regla civil que considerábamos inaplicable (con referencia a la del contrato de compraventa), de modo que en su lugar tomábamos en consideración el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; dicho artículo dispone que 'en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario, cualesquiera que hubieran sido los pactos a que hubieren llegado los interesados'", añade la aplicación de la legislación fiscal y concluye: "en trance de distribuir el coste que nos ocupa constatamos que la práctica más común es que ambos negocios jurídicos se concierten en unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que la minuta no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía; por ello, a falta de criterio más ajustado a los particulares del caso que nos ocupa, el Tribunal considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la matriz por mitad entre ambos otorgantes". Y en cuanto a los aranceles del Registro de la Propiedad, tras reseñar el Arancel de estos profesionales decía: "es claro que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, de manera que en este punto la cláusula litigiosa invierte la regla natural que atribuiría el gasto al Banco y se considera que en efecto es abusiva".

CUARTO.- A la hora de adoptar la correspondiente decisión, parece preciso distinguir entre los gastos notariales y los del Registro de la Propiedad, y se deben establecer las siguientes conclusiones respecto a la escritura

firmada por los litigantes el 25 de marzo de 2.008 (folio 40 y siguientes de los autos) y teniendo en cuenta el contenido de la misma, en concreto que tan solo recoge el préstamo que concede la entidad demandada a los actores "con destino a adquisición de otras viviendas propias que les ha sido concedido" (folio 44), sin que se incluya en la misma el contrato de compraventa con la subrogación, en su caso, en el préstamo hipotecario del solicitado por la mercantil vendedora.

La decisión sobre gastos notariales debe tener en cuenta, conforme señala con claridad el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2.015, que el interesado en dicha escritura (debe insistirse que se está haciendo referencia a la del préstamo hipotecario exclusivamente) es el prestamista, la entidad bancaria porque "así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (art. 1.875 CC y 2. 2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)". A partir de este planteamiento, debe incidirse en la redacción literal de la cláusula: "Aranceles notariales ... relativos a la constitución (incluidos los 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". Se generaliza de manera absoluta el cargo al consumidor de los gastos notariales hasta el punto de incluirse la primera copia que correspondería a la entidad prestamista de acuerdo con las normas fiscales, a las que se acude para buscar normativa aplicable desde el momento en que la disposición del Código Civil sobre la compraventa no lo es. La situación así creada es que en esta condición general, que como tal nunca fue negociada, no diferencia entre los gastos que debían cubrir cada una de las partes del contrato. Y en este punto debe volverse, pese a la constante reiteración, a la sentencia del

confirma tal pronunciamiento, decayendo el motivo de la impugnación.

QUINTO.- En cuanto a los gastos del Registro de la Propiedad, debe tenerse en cuenta la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad que dispone que "los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado". Parece indudable que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, la prestamista, de manera que en este extremo la cláusula litigiosa invierte la regla de atribución de dicho gasto, lo que se traduce en la obligación de la entidad prestamista de reintegrar lo pagado por los prestatarios al Registro de la Propiedad, confirmándose de este modo lo establecido en la sentencia discutida que, con toda corrección entiende que el obligado a cubrir dichos gastos correspondientes al Registro de la Propiedad es el prestamista, en el caso presente el demandado.

SEXTO.- Se impugna, por último el pronunciamiento respecto a los gastos de gestoría con esta escueta alegación: "Añadir que en cuanto a los gastos de gestoría, la parte prestataria realizó un encargo previo a la gestoría ATACAS SA para que llevara a cabo todos los trámites derivados de la constitución del préstamo, realizando a tal efecto una provisión de fondos con carácter previo a dicha constitución a la propia gestoría"; ninguna otra explicación se ofrece.



Debe señalarse como primer planteamiento que no consta tal aserto en la contestación a la demanda en la que se partía de lo pactado así como de lo establecido por el Banco de España, sin citar su procedencia, y en lo asumido por los actores en cuanto al abono voluntario de tales gastos, sin explicación. A renglón seguido, debe señalarse que la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha abordado esta cuestión en la primera sentencia que resolvía algunos de los aspectos que aquí deben resolverse.

Debe partirse de la redacción literal de la cláusula que es la siguiente: "Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos", lo que supone que está haciendo referencia a dos distintas gestiones, las correspondientes a la tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad, y las que deban realizarse ante la oficina liquidadora de impuestos. La parte actora lo que hace es rechazar la alegación en el escrito de interposición del recurso que se refiere a que fueron los propios prestatarios los que decidieron contratar a una concreta gestora su intervención; pero es que frente a ese alegato la demandada ninguna prueba trató de proponer para acreditar su afirmación. Si se tiene en cuenta que la prueba le correspondería al prestamista por aplicación directa del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber sido alegación de la parte demandada (apartado 3 del citado precepto), pero al mismo tiempo por aplicación del artículo 82. 2, párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios sobre la negociación individualizada de las cláusulas en contratos suscritos con consumidores, la realidad es que no se probó en absoluto la voluntariedad de contratar la gestoría por los actores, lo que exige concluir que se trató de la imposición de tal contratación de los servicios de una gestoría por el prestamista, lo que se presenta como innecesario, suponiendo obligar a un servicio accesorio que no

