

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: 00523/2018

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: 001

N.I.G. 30030 42 1 2017 0011377

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000614 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000135 /2017

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA
Procurador: ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLANO
Abogado: SALVADOR SAMUEL TRONCHONI RAMOS

Recurrido: [REDACTED]
Procurador: ESTEBAN PIÑERO MARIN, ESTEBAN PIÑERO MARIN
Abogado: PABLO MUÑOZ BONMATI, PABLO MUÑOZ BONMATI

Rollo Apelación Civil núm. 614/18

SENTENCIA Nº 523/2018

**Ilmos. Señores
D. CARLOS MORENO MILLÁN
Presidente
D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ
D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER
Magistrados**

En la Ciudad de Murcia, a veintiséis de julio de dos mil dieciocho.

Habiendo visto el rollo de apelación nº 614/2018, dimanante del procedimiento ordinario nº 135/2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en el que han sido partes actoras, y ahora apeladas, D. [REDACTED], representados por el procurador D. Esteban Piñero Marín, y defendidos por el letrado D. Pablo Muñoz Bonmati, y como demandado, y

ahora apelante, BBVA, S.A., representado por la procuradora Doña Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano, y defendido por el letrado D. Samuel Tronchoni Ramos.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, D. Juan Martínez Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRMERO.- En el procedimiento ordinario nº 135/2017, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en fecha 25 de enero de 2018, se dictó sentencia, en cuya parte dispositiva se acuerda: *“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Don Esteban Piñero Marín en nombre y representación de [REDACTED]*

contra BBVA S.A., representada por la Procuradora Doña Ana Maravillas Campos Pérez Manglano, debo declarar y declaro nulas las cláusulas suelo contenidas en las Escrituras suscritas por las partes en fechas 19 de noviembre de 2002 y posterior de novación de 14 de octubre de 2008; y las cláusulas de gastos, de mora y de comisión de apertura contenidas en la Escritura de 19 de noviembre de 2002; las cuales se tienen por no puestas no produciendo ningún efecto; condenando a la demandada a abonar a los actores las siguientes cantidades:

-en concepto de gastos, la cantidad total de quinientos ochenta y cinco euros con dos céntimos (585,02 euros) más intereses legales desde el 16 de enero de 2017 hasta su completo pago.

-en concepto de comisión de apertura, la cantidad de quinientos cuarenta euros (540 euros) más intereses legales desde el 19 de noviembre de 2002 hasta su completo pago.

-en concepto de cláusula suelo, la cantidad de tres mil ochocientos sesenta euros con cincuenta y dos céntimos (3.860,52 euros) más intereses legales desde que se efectuó cada cobro en exceso que, hasta el 26 de septiembre de 2017 ascienden a mil trescientos trece euros con cuarenta céntimos (1.313,40 euros) continuando el devengo de los mismos desde dicha fecha hasta el pago del principal.

Sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes”.

SEGUNDO.- Frente a la resolución antes referida se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de BBVA, S.A., y teniéndose por interpuesto se acordó dar traslado a las demás partes para formular oposición o, en su caso, impugnación. La representación procesal de [REDACTED], dentro de plazo presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la resolución recurrida. Formalizado el anterior trámite, se acordó remitir los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, y tras el correspondiente reparto, se formó el rollo de apelación nº 614/2018, teniéndose por personadas, en calidad de apelante y apelada, a los antes designados. Remitidos los autos a la Sección IV de la Audiencia Provincial se dictó providencia en fecha 26 de junio de 2018, señalándose para la deliberación y votación el día 24 de julio de 2018.

CUARTO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto por la entidad BBVA, S.A. impugna la declaración de nulidad de la cláusula de formalización de gastos de la escritura de 19 de noviembre de 2002.

En resumen, se alega que es improcedente la declaración de nulidad, pues la cláusula referida no es abusiva, con cita de los artículos 80 y 82 del TRLGDCU; que el consumidor pudo hacerse una idea cabal de la totalidad de los costes a su cargo, siendo clara y comprensible con su mera lectura; que la cláusula no es contraria a la exigencia de la buena fe ni provoca un desequilibrio de las prestaciones al consumidor; que la cláusula en cuestión no encuentra acomodo en ninguno de los supuestos del artículo 89 del Texto Refundido citado. Que es improcedente la repercusión de los gastos notariales y registrales, por vulneración del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre y Real Decreto 1427/1989/, de 17 de noviembre. Se cita en apoyo de estas

alegaciones diversas resoluciones judiciales. Subsidiariamente se solicita que los gastos referidos se repartan equitativamente al 50% entre las partes.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida declara la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 19 de noviembre de 2002 y condena a la entidad demandada a que abone a los actores por los gastos notariales y registrales a la cantidad de 585,02 €. Se indica <<No discuten las partes el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas (de gastos, mora y de comisión de apertura) objeto de autos conforme al art. 1 de la Ley 7/98. Tampoco se discute que estas cláusulas cumplan con los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de dicha Ley así como de los arts. 63.1 y 80.1 del TR 1/2007 de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRDCU (...)) nada se alega –ni justifica- sobre los términos de una genuina negociación individual de estas cláusulas según lo expuesto pues, en la contestación, no se alude ni a las circunstancias excepcionales ni a las contrapartidas obtenidas a cambio de aceptar estas cláusulas por lo que, sin más consideraciones al respecto, ha de procederse a efectuar el control de contenido de las mismas. (...). Por tanto, el control de contenido o, como de un tiempo a esta parte se viene denominando, el “control de abusividad”, viene a implicar un análisis en doble vertiente pues, por un lado, ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas de los arts. 85 a 90 del TRDCU y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto (...). Y si la cláusula en cuestión no resiste este control de contenido, ha de predicarse su nulidad (...). Por tanto, la nulidad por carácter abusivo deriva de la ley (art. 83 del TRDCU)>>.

En particular en cuanto a la cláusula de gastos se indica <<En todo caso, no resulta ocioso destacar, a la vista de la redacción de la cláusula que nos ocupa, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. Tanto los previos como los generados como consecuencia el otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría,

Registro, Gestoría) así como todo eventual gasto futuro en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma. (...). Por todo lo expuesto, la cláusula que nos ocupa es nula de pleno derecho sin que, como ya se ha expresado anteriormente, conste una negociación individual de la misma. (...). Por todo lo expuesto, el Banco ha de indemnizar al cliente en la cantidad por éste abonada en concepto de gastos notariales y registrales en su totalidad y sin reparto alguno constando, según facturas, las siguientes cantidades: aranceles notariales (440,41 euros) y Registro (144,61 euros)>>.

TERCERO.- En la cláusula 5ª de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 19 de noviembre de 2002, se establece “Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía y ejecución de este contrato- y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente de su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto de constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la Escritura de cancelación de la hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes causados por las actuaciones del Banco cuyo objeto sea la reclamación de la deuda (tales como en especial los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales) así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos indicados”.

Para determinar si la anterior cláusula es nula o no se debe tener en consideración las resoluciones judiciales que se citan a continuación. Y así la STS de de 23 de diciembre de 2015 declara <<EL art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). 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>>.

La STS de fecha 15/3/2018 refiere <<CUARTO.-Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios:

1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio , trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca

para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo 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.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponderables también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario),

deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación>>.

La sentencia del Pleno de esta Audiencia Provincial dictada en el rollo de apelación nº 996/2017, de fecha 19 de abril de 2018, declarando “Dicha cláusula es nula por abusiva porque: Está impuesta por el profesional o empresario. No ha sido negociada (la carga de la prueba de que lo fue corresponde al profesional). No es equitativa al provocar un desequilibrio importante en los derechos del consumidor imponiéndole indiscriminadamente y sin distinción todos los gastos derivados del contrato”.

La Sala acepta la nulidad de la cláusula antes referida pues considera que la misma constituye una condición general, que no ha sido negociada individualmente con los prestatarios, que concurre en éstos la condición de consumidores, circunstancia esta no cuestionada, y que la misma es abusiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del TRLGCU, así como de la doctrina fijada en la STS de 23 de diciembre de 2015 y 15/3/2018, al imponer a los prestatarios el pago de todos los gastos derivados de la escritura de préstamo hipotecario, lo que origina un perjuicio importante en el consumidor, con un desequilibrio evidente en los derechos y obligaciones. Se acepta, pues, lo razonado en instancia en cuanto a la nulidad de la cláusula referida.

CUARTO.- Para resolver en cuanto a la cuanto a los gastos notariales, y registrales se deben tener en cuenta las resoluciones que se citan a continuación.

La sentencia de esta Sala de fecha 11 de enero de 2018 refiere <<la afirmación de su nulidad deriva de ser idéntica a la empleada por el BBVA en el caso enjuiciado en la STS de 23 de diciembre de 2015 (...). Atendida la finalidad tuitiva del derecho de consumo, la abusividad de la cláusula implica, pura y simplemente, dejarla sin aplicación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado el juez para modificar el contenido de la misma. (...). Hay, pues, que restablecer la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, habrá que determinar para cada uno de los conceptos reclamados si el consumidor estaría obligado a atender su pago en defecto de la cláusula cuestionada, ya que ésta

debemos considerarla inexistente, al ser expulsado como norma privada que reglamenta las posiciones jurídicas de las partes. El reintegro de gastos pretendido solo procederá si se prueba que los abonados no le correspondían al actor sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían, evitando así el enriquecimiento injusto que ello lleva aparejado (...). En el caso de los aranceles del Registro de la Propiedad, el pago viene regulado por la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/89 que establece:

“1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado.” Dado que la garantía hipotecaria se inscribe en favor del banco prestamista, que de esta forma obtiene una garantía real, compartimos la decisión de instancia según la cual estos aranceles (...) en ausencia de pacto válido, deben ser sufragados por la entidad demandada, al no concurrir ninguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria para asignar este gasto al consumidor (letra b, “por el que lo transmita” o letra c, “por el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”).

Admitiendo que la existencia de la hipoteca también beneficia al prestatario en tanto permite un tipo de interés menor, y con ello abaratar el coste de financiación, lo cierto es que Arancel no contempla este criterio ni una regla semejante a la hora de establecer quién debe pagar esos gastos, sino que por el contrario los imputa a aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho. En el sentido se pronuncian la mayoría de las Audiencias Provinciales, entre otras, SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 8 de noviembre de 2017; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2017; SAP de Asturias, Sección 4ª, de 13 de octubre de 2017; SAP de Logroño, de 31 de octubre de 2017; SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 6 de julio de 2017 o SAP de Palencia, Sección 1ª, de 6 de noviembre de 2017 (...). 3. En cuanto a los gastos de Notaría, debemos precisar que son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los derivados de la compraventa del inmueble, y que no estamos ante un único negocio, sino que se trata de dos negocios jurídicos distintos: el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta

diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, sino que se aplica el arancel por un solo concepto: el préstamo hipotecario, cuya base minutable se determina de conformidad con la legislación fiscal, atendiendo al importe global de la cifra de la responsabilidad. En defecto de pacto válido, debe estarse a la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/89 según la cual ““(1) a obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.”. Por su parte, el art. 63 del Reglamento Notarial dispone que “la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial...”. Otros consideran que deben ser soportados por mitad, de la que es ejemplo la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 25 de septiembre y 8 de noviembre de 2017 (...). Y aun reconociendo que la conclusión de la juzgadora a quo de considerar como “interesado” al prestamista es una opción que cuenta con respaldo judicial, se considera más ajustada la tesis intermedia antes anunciada por las siguientes razones:

i) Sin desconocer que el TS ha dicho que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista, no podemos olvidar que no niega esa condición al prestatario cuando dice a continuación que el beneficiado por el préstamo “es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca”, y si bien declara la nulidad de la cláusula de gastos lo hace por imputarse todos al cliente, sin permitir una distribución equitativa.

ii) Es cierto que la constitución de la garantía real a favor del banco hace precisa la intervención notarial, pero también lo es que esa garantía real favorece la concesión del crédito en mejores condiciones que sin ella, pues es notorio que las condiciones de financiación del préstamo sin cobertura real son más gravosas para el prestatario. En consecuencia, éste también está interesado, porque así obtendrá su financiación en mejores condiciones- en la elevación a público del contrato de préstamo hipotecario.

iii) Siendo ambos “interesados” (que es lo que dice la norma arancelaria), ambos serán deudores de los aranceles por los servicios prestados frente al fedatario público acreedor, compartiendo el parecer de la AP de A Coruña de que se trata de un

supuesto de solidaridad tácita, de manera que en el ámbito interno cada uno de ellos responde por partes iguales (arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC).

En definitiva, se estima que los aranceles notariales se deben abonar a partes iguales, salvo las copias expedidas para cada parte, que será a cargo únicamente del aquel en cuyo favor se libren>>.

La sentencia del Pleno de esta Audiencia Provincial dictada en el rollo de apelación nº 996/2017, de fecha 19 de abril de 2018, sostiene el anterior criterio en cuanto a los gastos registrales y notariales, declarando “Los notariales se han de satisfacer por mitad al tener en la normativa arancelaria ambos la consideración de interesados.- Los registrales son de cuenta del prestamista, a cuyo favor se realiza la inscripción, según la normativa arancelaria”.

De acuerdo con el criterio antes referido, se acepta lo concedido en instancia por gastos de Registro de la Propiedad, excepto en los gastos de Notaría, que solo se concede el 50% de los mismos. Se condena, pues, a la entidad demandada a la cantidad de 364,82 €, resultante esta de 144,61 € por gastos de registrales, y 220,205 €, por gastos notariales (50 % de 440,41 €). El importe de los gastos antes referidos se considera acreditado por la documentación aportada.

QUINTO.- Se alega en el recurso de apelación improcedente declaración de nulidad de la cláusula que establece la comisión de apertura e improcedente restitución de cantidad por su aplicación.

Se alega, en resumen, que las comisiones son válidas y ajustadas a derecho, y no pueden considerarse abusivas, ya que cumplen con toda la normativa sectorial aplicable; que las comisiones se configuran como un elemento esencial del contrato y están establecidas de forma clara y transparente; el establecimiento de la comisión es conforme a lo previsto en la orden de 12 de diciembre de 1989; se refiere lo establecido en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia y protección de la clientela; el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Que en el caso que no ocupa todas las comisiones previstas corresponden a servicios efectivamente prestados por la entidad. En cuanto a la comisión de apertura se indica que la misma responde a los servicios prestados para poder llevar a buen fin la operación, estudio de documentación sobre solvencia y

diferentes trámites hasta llegar a la firma de la escritura. Se hace mención a las Circulares del Banco de España 5/2012 y 8/1990. En apoyo de la validez de la cláusula de comisión de apertura se citan diversas resoluciones judiciales.

Se alega incorrecta aplicación del artículo 1303 del Código Civil respecto de los intereses legales relacionados con las cantidades abonadas por la actora en relación con la comisión de apertura. Se indica que las consecuencias jurídicas deben ser desde el momento de la interpelación judicial, conforme a los artículos 1.108 y 1.109 del Código Civil y que el artículo 1303 del Código Civil se refiere exclusivamente a los supuestos de nulidad por vicios invalidantes.

SEXTO.- En relación con lo alegado en el recurso, y referido en el anterior fundamento de derecho, la sentencia recurrida declara la nulidad de la comisión de apertura establecida en la escritura de fecha 19 de noviembre de 2002 y condena a la entidad demandada a abonar a los actores la cantidad de 540 €. En la cláusula 4ª de la escritura de préstamo hipotecario, de fecha 19 de noviembre de 2002, se establece: “En concepto de apertura del préstamo y sobre el importe total concedido se devengará una comisión del 0,50% de una sola vez, en la fecha de firma de este contrato”.

Indica la sentencia de instancia <<En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la cláusula que regula esta comisión no versa sobre elementos esenciales del contrato de préstamo hipotecario sino que es de naturaleza accesorio. (...). Es así, pues, que al tratarse de un elemento accesorio y no esencial del contrato, está sujeto al control de contenido referido en fundamentos anteriores que requiere, por un lado, comprobar si forma parte de la lista de cláusulas abusivas legalmente establecidas y, en todo caso, ponderar si causa un desequilibrio importante de derechos y obligaciones. Como toda comisión, su validez y eficacia depende de que responda a la retribución a la entidad financiera por un servicio prestado por lo que, en caso contrario, si comporta, en detrimento de los intereses del consumidor, un incremento de precio por servicios accesorios que no se correspondan a prestaciones adicionales o no respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso de forma clara y separada, cabe predicar su nulidad (arts. 89.4 y 5 del TRDCU anteriormente transcritos). (...). En nuestro ordenamiento, la Circular 8/1.990 de 7 de junio (que desarrolla la Orden Ministerial de 12-12-89) en su

Norma 3-bis B establece que se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo; repitiendo su mención la Norma 8.4 C así como el Anexo de la Orden 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios. Posteriormente, la Ley 2/2009 de 31 de marzo, al referirse a los préstamos o créditos hipotecarios vinculados a la adquisición de viviendas, se refiere a la comisión de apertura en términos sustancialmente idénticos a la reseñada Circular.

Ahora bien, un estudio con cierta profundidad de su naturaleza y funcionamiento conduce a la consideración de que, al no responder a ningún servicio complementario o prestación adicional que el consumidor haya solicitado o, en su caso, hubiera podido rechazar, es nula por abusiva en caso de contratos con intervención de consumidores y en ausencia de negociación individual pues implica, en detrimento del consumidor, una carga económica desequilibrada. (...). En definitiva, con esta comisión el Banco traslada a su cliente el coste económico de todas aquellas actuaciones que son consustanciales a la fase preparatoria de un contrato de préstamo (examen de la documentación, comprobación de la solvencia, análisis del riesgo, citas de su personal con el futuro prestatario, contabilidad interna, preparación de la documentación del contrato... etc.); gestiones todas ellas cuya realización corresponde, precisamente, al Banco. (...). Y es que la circunstancia de que esta comisión de apertura esté contemplada expresamente en la normativa bancaria quedando sometida a las exigencias relativas a su transparencia e información, de ningún modo significa que se esté dando carta de naturaleza a la misma de forma automática, como condición general de la contratación. En definitiva, lo que se pretende con la regulación normativa de esta comisión no es, ni mucho menos, derogar la protección del consumidor frente a “cláusulas abusivas” que generen “desequilibrios importantes en derechos y obligaciones” sino, por el contrario, dotar de mayor protección al consumidor desde el punto de vista de las exigencias informativas que deben ser verificadas por el profesional a fin de que el consumidor conozca, cumplidamente, no sólo cuál es el interés remuneratorio que ha de abonar por el crédito sino todos los demás costes que haya que asumir. Y la traslación de los costes del Banco, típicos de su negocio, al cliente, requiere una negociación individualizada atendiendo a las circunstancias del caso. Por todo lo expuesto,

respondiendo esta comisión, en este caso, a la aplicación de una condición general de la contratación (no negociada individualmente) sin responder a un servicio efectivo complementario o paralelo a la propia concesión del préstamo, debe ser declarada nula por abusiva con el consiguiente efecto restitutorio ex lege del art. 1303 del C.c. (por cuanto, en este caso, sí se trata de una cantidad percibida por la demandada) más intereses desde su cobro: 540 euros más intereses desde el 19 de noviembre de 2002 hasta su completo pago>>.

Para dar respuesta a la cuestión planteada con anterioridad se deben de tener en consideración las resoluciones judiciales que se citan a continuación. Y así la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 3ª, de fecha 29 de noviembre de 2013, declara "Debe accederse a la petición de nulidad de la referida cláusula, en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 antes citado, por cuanto, tal y como resulta de lo actuado, la referida cláusula debe ser considerada abusiva por referirse a un concepto que queda en la más completa indefinición, cuestión ésta que no ha sido determinada por la entidad demandada, al no quedar acreditado a qué gestiones se refiere, si se realizaron y cuál sería su coste".

La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5ª, de fecha 25 de mayo de 2017, refiere <<Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 30 de julio de 2.015, citada por la parte apelante en su escrito de apelación, en la que declaramos: "La siguiente cláusula sometida a revisión es la comisión de apertura estipulada en la condición 4ª.

Desde luego, en absoluto se ha acreditado que hubiese sido negociada, y respecto de su legitimidad ya nos pronunciamos en nuestro auto de 14-11-2.014 (nº 112/14, Rollo de Apelación 331/14) en el que analizamos la O.M. 12-12-1.989, la Circular del BE 8/1990 y la OM 9-5-1.994 (vigentes a la fecha de la suscripción del préstamo de autos y hoy sustituidas por la OM 2899/2.011 de 28 de octubre (RCL 2011, 1943 y 2238) y la circular 5/2.012 de 27 de junio), y decíamos "Por el contrario, la comisión de apertura genera serias dudas sobre su legitimidad y esto porque el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a ella, dotándola de la apariencia de, cuando menos, buena práctica bancaria. Efectivamente, encontramos referencia expresa a ella en la Circular 8/1.990 de 7 de junio, que desarrolla la Orden Ministerial 12-12-89, en su Norma 3-bis B que establece que se devengará una sola vez

y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo, repite su mención la Norma 8.4 C y, lo hace también el Anexo de la orden 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios. A su vez, la Ley 3/2.009, de 31 de marzo, después de reiterar los principios de liberalización y realidad del Servicio o gasto repercutidos en su art. 5.1., en el ordinal 2, al referirse a los préstamos o créditos hipotecarios vinculados a la adquisición de viviendas, se refiere a la comisión de apertura en términos sustancialmente idénticos a como lo hace la precitada circular. Al decir de la doctrina científica la comisión de apertura responde a la disponibilidad inicial del nominal que conlleva la concesión del préstamo o crédito, siquiera la limitación cuantitativa establecida tanto en la Circular como en la Ley citada, al disponer que integrará cuantos gastos genere la concesión o tramitación del préstamo o crédito, sugiere que, desde el plano normativo, la tan dicha comisión tanto comprende el servicio de poner a disposición del prestatario o acreditado el nominal como los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente bancario este servicio (pues al respecto conviene recordar como la normativa sectorial distingue las comisiones de los gastos que, en alguna ocasiones, en los contratos impropriadamente se nombran como comisiones). Esta referencia explícita de la normativa a "la comisión de apertura" no puede sin embargo soslayar la exigencia legal de que responda a un servicio efectivamente prestado al cliente bancario, ni menos la protección que al consumidor dispensa la L.G.D.C.U. respecto de la que el art. 1 de la ley 2/2.009 declara su preferencia si otorga mayor protección. Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC (LEG 1889, 27) como en el Código de Comercio (LEG 1885, 21), no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero. Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa

sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún más evanescente la identificación del gasto. Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U . y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar. Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites. De forma y concluyendo que como sea que la dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe de mantenerse su declaración de nulidad". Por tanto, en cuanto a esto se estima el recurso y se declara nula por abusiva la estipulación relativa a la comisión de apertura>>.

A tenor de lo antes referido, la Sala acepta lo razonado en la sentencia recurrida, en cuanto a la nulidad de la comisión por apertura, ya que dicho criterio es compartido por diversas Audiencias Provinciales, como resulta de las resoluciones judiciales antes citadas y de las que se refieren en la propia sentencia recurrida. Se mantiene, pues, la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura. El interés de la cantidad cobrada por comisión de apertura, 540 €, se devengará desde la fecha 19 de noviembre de 2002, como se afirma en instancia, pues dicha cantidad fue percibida por la entidad demandada y es un efecto inherente a la nulidad.

De acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la presente se estima parcialmente el recurso de apelación.

SÉPTIMO.- No hay lugar a un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales de esta alzada al estimarse en parte el recurso de apelación, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 LEC.

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la procuradora Doña Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano en nombre y representación de la entidad BBVA, S.A., debemos de **revocar y revocamos en parte** la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en fecha 25 de enero de 2018, dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 135/2017, en cuanto en la presente se acuerda lo siguiente: Se condena a la entidad demandada a que abone a los actores la cantidad de 364,82 €, en concepto de gastos registrales y notariales, más los intereses legales en los términos establecidos en la sentencia recurrida. En todo lo demás se mantiene el pronunciamiento de instancia. No hay lugar a un pronunciamiento expreso cuanto a las costas procesales de esta alzada. Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al haber sido estimado parcialmente el recurso de apelación.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.