



Roj: **SAP M 4510/2018 - ECLI: ES:APM:2018:4510**

Id Cendoj: **28079370192018100165**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **23/03/2018**

Nº de Recurso: **795/2017**

Nº de Resolución: **134/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LOMBARDIA DEL POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

c/ Santiago de Compostela, 100, Planta 7ª

28035

Tfno.: 914933886,914933815-16-87

37007740

**N.I.G.:** 28.092.00.2-2017/0000039

**Recurso de Apelación 795/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Móstoles

Autos de Procedimiento Ordinario 51/2017

**APELANTE:** D. Fructuoso

PROCURADOR: Dña. RAQUEL RUJAS MARTÍN

**APELADO:** BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

PROCURADOR: D. EDUARDO CODES FEIJOO

**SENTENCIA Nº 134**

**PONENTE ILMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO

DÑA. CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ

DÑA. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ

En Madrid a veintitrés de marzo de dos mil dieciocho.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario 51/17, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 795/17, en el que han sido partes, como apelante D Fructuoso , que estuvo representado por la Procuradora Sra. Rujas Martín; y como apelado BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representado por el Procurador Sr. Codes Feijoo.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MIGUEL ÁNGEL LOMBARDÍA DEL POZO, que expresa el común parecer de este Tribunal.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y PRIMERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2017 el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Móstoles en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rujas, en nombre y representación de D. Fructuoso, en los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado contra BANCO POPULAR S.A, se DECLARA la NULIDAD (y su consiguiente eliminación del contrato) de:*

*1.- La Cláusula primera cuarta, apartado 4.3 de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha 14 de diciembre de 2012 ante el Notario D. Celso Méndez Ureña, relativa a la comisión por posiciones deudoras.*

*2.- La Cláusula primera quinta, apartado 5.1.2 de la citada escritura, relativa a los gastos de Notaría, Registro e Impuesto en modalidad de Acto Jurídico Documentado.*

*3.- La Cláusula Primera Séptima, apartado 7.1.1 de la misma escritura, en cuanto establece la posibilidad de resolución anticipada por impago de una parte cualquiera del capital del préstamo, sus intereses ordinarios y moratorios y cualquier otra obligación dineraria contraída por el prestatario con el banco en virtud del precitado contrato.*

*Líbrese mandamiento al Registro de Condiciones General de la Contratación para la inscripción de esta sentencia en lo relativo a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales citadas al préstamo hipotecario que nos ocupa.*

*Como consecuencia de la declaración de nulidad contenida en el punto 2 del presente fallo, y por lo expuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, se CONDENA a la demandada a restituir a la parte actora la cantidad de 466,47 € (225,38 € + 241,09 €), más los intereses legales, a contar desde el día de su abono por la parte demandante, incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución y hasta su pago o consignación.*

*No procede hacer expresa condena en costas."*

SEGUNDO.- Notificada la sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandante, con traslado a la adversa y oposición al mismo, remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que tuvieron entrada en 30 de noviembre de 2017, abriéndose el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el día 20 de marzo de 2018, se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente la demanda en su día interpuesta y declara la nulidad de determinadas cláusulas de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha de 14 de diciembre de 2012. Ante tal conclusión se alza en apelación la parte demandante sosteniendo la nulidad del resto de cláusulas conforme se pretendía en la demanda inicial.

SEGUNDO.- En primer lugar se alude a la abusividad por falta de transparencia de la cláusula que hace renunciar a los fiadores al beneficio de orden y de excusión. La sentencia combatida razona en este punto que para poder determinar la nulidad o no por abusividad y falta de transparencia de la citada cláusula, se hace necesario analizar la posición de los fiadores como consumidores, afectando la cláusula de afianzamiento exclusivamente al banco y a los fiadores, y siendo éstos los únicos legitimados para solicitar la nulidad de la misma, en cuanto posibles afectados por su hipotética abusividad. La parte apelante hace dos consideraciones al respecto; en primer lugar que en función del principio de solidaridad ex artículo 1149 del Código Civil las posibles acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudica a todos estos, lo que permite por tanto cuestionar a cualquiera de esos deudores solidarios la nulidad de las cláusulas del contrato, siendo esa relación de solidaridad la que vincula al deudor principal y a los fiadores o avalistas. En segundo lugar la abusividad de la cláusula puede, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del mismo Tribunal Supremo, apreciarse de oficio por parte del órgano judicial. Tales consideraciones deben ser rechazadas; en primer lugar en lo que afecta a la solidaridad, teniendo en cuenta que la obligación principal y las accesorias derivadas de la fianza son obligaciones diferentes, y el vínculo de solidaridad que se expresa como garantía del acreedor, no puede suponer que el deudor principal pueda cuestionar la validez de cláusulas que afectan exclusivamente a los fiadores, cuya relación se establece estrictamente frente al acreedor. En orden a la apreciación de oficio, con independencia de su alcance, es lo



cierto que los fiadores ni siquiera son parte en el procedimiento, circunstancia que hace que no quepa, por el principio de congruencia, que el órgano judicial entre a conocer de una relación negocial ni siquiera abordada en el litigio.

TERCERO.- El segundo motivo viene referido a la pretendida nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura. La sentencia de instancia entiende que dicha comisión responde a un servicio efectivamente prestado por la entidad financiera y en beneficio del cliente, cual es la disponibilidad o acceso al crédito. La parte recurrente alude a su nulidad por no corresponder con un servicio efectivamente prestado por la entidad financiera, y en segundo lugar en función, o en base, a su desproporción. En lo que respecta al servicio prestado, resulta evidente que el acceso al préstamo, el estudio y preparación de sus condiciones y requisitos, es una actividad que se realiza por la entidad financiera en beneficio de los clientes y por la cual reglamentariamente puede exigir un pago o abono; pago o abono, en segundo lugar, que no resulta desproporcionado al fijarse en función de la cuantía de préstamo en un porcentaje limitado y que sea abona por sola vez como parte integrante del precio del mismo préstamo.

CUARTO.- El siguiente motivo se refiere a la nulidad de la comisión por la expedición de certificación del saldo cero para la cancelación hipotecaria. Al igual que la comisión anterior la sentencia recurrida entiende que se trata de un servicio específico prestado por la entidad financiera precisamente a instancia o a solicitud del cliente. La parte apelante alude a su desproporción, y al hecho de que no se trata de un servicio prestado conforme se pone de manifiesto por el propio Banco de España. Al respecto debe subrayarse que la calificación como inadecuada práctica bancaria según resolución del Banco de España que cita la parte apelante, no puede sin más determinar que la comisión en concreto sea declarada nula por abusiva, si, como en el presente supuesto, se trata de una cláusula transparente y en absoluto desproporcionada en cuanto a su importe, obedeciendo a una gestión que lleva a cabo la entidad financiera en beneficio del cliente en último término.

QUINTO.- En lo que respecta a la nulidad de las cláusulas relativas a la repercusión de impuestos, y a los gastos de Notaría y Registro de la Propiedad, la sentencia de instancia, sobre la consideración efectiva de su nulidad en cuanto a repercusión genérica y no diferenciada, sin embargo lleva a cabo un análisis ponderado en cuanto a los efectos o consecuencias de la misma, teniendo muy en cuenta las obligaciones tributarias y reglamentarias asumidas por el prestatario, y en este sentido se pone igualmente de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias de 23 de diciembre de 2015 , y la reciente de 15 de marzo de 2018 , en orden a la consideración como sujeto tributario del prestatario, con remisión a su vez a la jurisprudencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo, e igualmente en cuanto al desglose de los gastos notariales y de registro, diferenciación o distinción que acertadamente recoge la sentencia combatida.

SEXTO.- Por último la parte apelante se refiere a la abusividad de la obligación de designación como beneficiario del seguro de daños del inmueble al banco. Se sostiene en este punto por la parte recurrente que la demandada, prevaliéndose de su posición de dominio contractual, impone una sobre-garantía en su beneficio haciendo que los consumidores renuncien a los derechos inherentes a los mismos, generando todo ello un evidente desequilibrio entre las partes. Como razona la sentencia recurrida mediante el aseguramiento de las fincas hipotecadas se pretende el mantenimiento o integridad de las mismas, lo que es acorde a la función de garantía del cumplimiento de la obligación de pago a que tiende la hipoteca, y a esa misma finalidad responde la percepción por la entidad prestamista del importe de las indemnizaciones correspondientes, sin que se aprecie por ello desequilibrio alguno ni la merma de derechos del consumidor. Conclusión que debe ser mantenida y por la misma fundamentación jurídica, destacando que en modo alguno puede ser abusiva la consideración de que sea el acreedor el que perciba el importe del seguro en caso de perjuicio del bien asegurado, y cuya legalidad ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, ( Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ).

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas procesales de la presente alzada deben ser impuestas a la parte apelante.

### III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por D Fructuoso contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2017, dictada por el juzgado de primera instancia número 5 de Móstoles en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de la presente alzada a la parte apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, en su caso, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª 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.



**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2837-0000-00-0795-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.