



Roj: **SAP SO 72/2018 - ECLI: ES:APSO:2018:72**

Id Cendoj: **42173370012018100072**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **43/2018**

Nº de Resolución: **52/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA BELEN PEREZ-FLECHA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**SORIA**

*SENTENCIA: 00052/2018*

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA**

Modelo: N10250

AGUIRRE, 3

Tfno.: 975.21.16.78 Fax: 975.22.66.02

Equipo/usuario: MLG

**N.I.G.** 42173 41 1 2017 0001665

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000043 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SORIA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000500 /2017

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA BBVA

Procurador: MARIA MONTSERRAT JIMENEZ SANZ

Abogado: PATRICIA NAVARRO MONTES

Recurrido: Celso , Herminia

Procurador: M<sup>a</sup> NIEVES GONZALEZ LORENZO, M<sup>a</sup> NIEVES GONZALEZ LORENZO

Abogado: FRANCISCO JAVIER SOTO ORTE, FRANCISCO JAVIER SOTO ORTE

**SENTENCIA CIVIL N° 52/2018**

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D. José Luis Rodriguez Greciano

D<sup>a</sup> María Belén Pérez Flecha Díaz

=====

En Soria, a once de abril de dos mil dieciocho.



Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Procedimiento Ordinario Nº 500/2017, contra la sentencia dictada por el JDO. de Primera Instancia e Instrucción Nº 4 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado BBVA S.A., representado por la Procuradora Sra. Jiménez Sanz, y asistido por la Letrado Sra. Navarro Montes.

Y como apelados y demandantes D. Celso y D<sup>a</sup> Herminia, representados por la Procuradora Sra. González Lorenzo y asistidos por el Letrado Sr. Soto Orte.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así:

"Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> NIEVES GONZÁLEZ LORENZO, en nombre y representación de D. Celso Y D<sup>a</sup> Herminia contra BBVA S.A. representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MONTSERRAT JIMÉNEZ SANZ debo:

1º) Declarar y declaro la nulidad, por abusiva, de la cláusula financiera quinta incorporada a la escritura de préstamo hipotecario de 19 de julio de 1996 suscrita entre las partes ante el Notario D. Sebastián Rivera Peral con nº 1121 por subrogación de la actora en la escritura de 26 de diciembre de 1994 relativa a "gastos a cargo del prestatario, debiendo estar y pasar las partes por dicha declaración, absteniéndose en lo sucesivo la parte demandada de aplicar dicha cláusula.

Y como consecuencia de dicha declaración, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora el importe abonado por la misma en concepto de gastos de Notaría (en su mitad) y Registro derivados del otorgamiento de la escritura de subrogación en préstamo hipotecario, que ascienden a 62,09 € y 166,40 €, respectivamente.

2º) Declarar y declaro la nulidad por abusiva, de la cláusula financiera cuarta incorporada a la escritura de préstamo hipotecario de 19 de julio de 1996 suscrita entre las partes ante el Notario D. Sebastián Rivera Peral con nº 1121 por subrogación de la actora en la escritura de 26 de diciembre de 1994, relativa a comisión por subrogación, debiendo estar y pasar las partes por dicha declaración.

Como consecuencia de dicha declaración, debo condenar y condeno a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 721,21 € abonados en virtud de dicha cláusula que se ha reputado nula.

3º) Declarar y declaro la nulidad por abusiva, de la cláusula financiera tercera bis incorporada a la escritura de préstamo hipotecario de 19 de julio de 1996 suscrita entre las partes ante el Notario D. Sebastián Rivera Peral con nº 1121 por subrogación de la actora en la escritura de 26 de diciembre de 1994, relativa a la cláusula suelo, debiendo estar y pasar las partes por dicha declaración.

Como consecuencia de dicha nulidad, debo condenar y condeno a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades que se han abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la cláusula declarada nula, desde su aplicación hasta el momento en que dejó de aplicarse, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia sobre la base de recalcular por parte de la demandada los pagos que hubiese tenido que efectuar la parte demandante en el caso de no existir dicha cláusula suelo, mediante la realización de un cuadro de amortización del préstamo, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, procediendo a la restitución de la diferencia entre lo efectivamente abonado y lo que se hubiera tenido que abonar de no existir dicha cláusula suelo anulada.

4º) Todas las cantidades a cuya devolución/abono ha sido condenada la demandada, devengarán el interés legal desde la fecha de la interposición judicial.

5º) Se condena a la demandada al abono de las costas causadas en el presente procedimiento. "

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil Nº 43/2018, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dictar sentencia.

Es Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Belén Pérez Flecha Díaz

## FUNDAMENTOS JURIDICOS



**PRIMERO** .- Interpone recurso la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) contra la que estima la demanda interpuesta de contrario por D. Celso y D<sup>a</sup>. Herminia , alegando como motivos: 1.- Error en la valoración de las pruebas. Préstamo cancelado para reclamar la cantidad. 2.- Error en la valoración de las pruebas. Superación de los controles de incorporación y transparencia. Validez y no abusividad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés objeto de esta Litis. 3.- Improcedente declaración de nulidad de la cláusula de gastos. 4.- Improcedente repercusión de los gastos derivados de la compraventa y subrogación, así como de su novación. 5.- Improcedente declaración de nulidad de la repercusión a la demandada de los gastos notariales y registrales. 6.- Improcedente declaración de nulidad de la cláusula mediante la que se establece la comisión por subrogación e improcedente restitución de cantidades por su aplicación. 7.- Error en la valoración de las pruebas. No acreditación del pago de la comisión de subrogación (apertura) objeto de condena.

Interesando en definitiva el dictado de una sentencia que, revocando la de instancia, desestime íntegramente la pretensión recurrida, con condena en costas a la parte apelada.

Veremos seguidamente dichos motivos de recurso, no obstante, adelantaremos que esta Sala ya se ha pronunciado anteriormente en varias ocasiones en relación a alguna de las cuestiones que ahora son objeto de recurso, y lógicamente seguiremos el mismo criterio en este caso ( Sentencias de 28 de noviembre , 21 de diciembre de 2017 , 15 , 22 y 24 de enero y 12 , 19 y 26 de febrero de 2018 , entre otras).

**SEGUNDO** .- Como hemos adelantado, el primer motivo se titula, "Error en la valoración de las pruebas. Préstamo cancelado para reclamar la cantidad". Considera la entidad apelante que toda vez que el préstamo está cancelado no puede interesarse la nulidad de cláusulas del citado contrato de préstamo, porque falta el objeto de la acción que se ejercita.

Para dar respuesta a esta alegación, seguiremos lo que establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 14 de diciembre de 2017 , que resuelve una cuestión similar con una argumentación que hacemos nuestra, remitiéndose en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2015 , según la cual, " *La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.*

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, (entre otras la STS de 25 de abril de 2013 ), aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte. Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo, que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene.

Piénsese en un contrato de arrendamiento que se haya extinguido por expiración del plazo. Nada impediría al arrendador reclamar las rentas vencidas y adeudadas, por más que el contrato en sí se haya extinguido.

Como hemos dicho, en este caso se trata de una acción de nulidad que pretende la eliminación de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como claramente se dice en la demanda, cuando se refiere a la acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, como lo es la cláusula suelo. Reiteramos que estamos ante una acción de nulidad y no ante una acción resolución contractual, en cuyo caso, sí tendría razón la parte apelante, pues no es posible en Derecho resolver un contrato que ya se ha cumplido. Además, la posibilidad jurídica de promover la nulidad de una cláusula o la nulidad parcial de un contrato, una vez sus prestaciones se han cumplido está prevista en el artículo 1.301 C.C ., cuando regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad, en los casos de error, dolo o falsedad en la causa, al establecer que el plazo de cuatro años comenzará a contarse desde la consumación del contrato. Por tanto, dicho precepto autoriza que de un contrato ya consumado, como puede ser el que nos ocupa, de préstamo hipotecario entre la parte actora y la entidad bancaria, puedan anularse todas o algunas de sus cláusulas, aun cuando a la fecha de presentación de la demanda, se hubiera cancelado por amortización anticipada, como es el caso. Otro ejemplo de la posibilidad de promover la acción de nulidad es el que viene resolviendo esta Audiencia Provincial con reiteración, al declarar la validez de un contrato de novación suscrito entre consumidor y entidad bancaria, en el que acuerdan dejar sin efecto la cláusula suelo, y sin embargo, ello no obsta a que se promueva la acción de nulidad de la cláusula suelo con devolución de las cantidades abonadas en exceso desde la constitución de la hipoteca hasta que la dejan sin efecto en el contrato privado de novación. Vemos que se estima la acción de nulidad de la cláusula suelo, con los efectos económicos señalados, aun cuando



a la fecha de interposición de la demanda, dicha cláusula suelo ya no existe porque las partes han convenido dejarla sin efecto".

De lo antes expuesto concluimos que la acción de nulidad planteada es correcta, aunque el préstamo esté cancelado y no concurre la falta del objeto que se dice en el recurso. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**TERCERO** .- Error en la valoración de las pruebas. Superación de los controles de incorporación y transparencia. Validez y no abusividad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés objeto de esta Litis.

Al respecto, daremos aquí por reproducidos los acertados argumentos de la sentencia apelada al respecto. Y añadiremos, siguiendo la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2017, que nos encontramos ante una condición general de la contratación, y sentada la condición de consumidor, se concluye sin dificultad que la cláusula en cuestión no rebasa los dos controles preceptivos. Destacando la Juzgadora que la cláusula tercera bis, bajo el epígrafe titulado "periodo de carencia", señala que el tipo de interés será de Mibor + 0,50, con un tipo de interés mínimo aplicable del 5% (y máximo del 26%). Y más adelante, bajo el título "periodo de amortización", se insiste en este tipo mínimo del 5%. Además, está integrada entre gran cantidad de datos relativos al interés a aplicar, conceptos y definiciones. Ello hace que se disperse la atención del cliente, cuando en realidad dicha cláusula presenta una enorme trascendencia, puesto que aunque aparezca sometida a interés variable de Mibor +0,50, en realidad no se venía a pactar un préstamo con interés variable en toda su extensión, sino limitado, porque la variación del índice de referencia sólo podía beneficiar al Banco y el prestatario apenas podría beneficiarse de la bajada del Mibor, mientras que si éste índice subía el prestatario se vería perjudicado por la subida. Resulta de aplicación la doctrina establecida en la sentencia el Tribunal Supremo de pleno de 8 de junio de 2017 que se cita en la sentencia de instancia y a cuyos acertados razonamientos nos remitimos.

Tampoco concurre el control de transparencia, esto es, si el cliente conoció o pudo conocer la carga económica que para él suponía el contrato concertado, es decir, el sacrificio patrimonial que debía realizar a cambio de la prestación económica que obtendría. No queda acreditado que se le hiciese entrega de un folleto informativo, tampoco ha quedado acreditado que sea un experto en este tipo de contratos, por más que tenga una cierta cualificación provisional o incluso relacionada con el mundo del derecho o de la empresa, o de que su hermana disponga de una gestoría o que ésta actúe como agente bancario colaborador de la recurrente. No consta la negociación concreta ni la exposición de simulaciones. Tampoco la claridad gramatical o formal de la cláusula colma las exigencias de transparencia conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de nuestro Tribunal Supremo, que también se cita en la sentencia de instancia y que para evitar reiteraciones damos aquí también por reproducida. No existe prueba alguna más allá de las manifestaciones contenidas en la contestación a la demanda o de los empleados de la entidad, que han sido rechazadas por no haber quedado mínimamente corroboradas, que acrediten que se hubiese proporcionado una explicación gráfica y clara de la consecuencia la cláusula suelo. No hay prueba objetiva, por tanto, de que se facilitase al cliente toda la información precisa que le permitiese conocer el funcionamiento concreto de la cláusula, de tal forma que, en aplicación de la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013, resulta procedente declarar su abusividad y consiguiente nulidad, dando por reproducidos el resto de argumentos contenidos en la sentencia dictada en la instancia.

Finalmente, en relación con la alegación de la entidad apelante de que no fue parte en la subrogación del préstamo, no podemos estar más en desacuerdo, porque, de hecho, tal subrogación no puede realizarse sin el consentimiento de la entidad bancaria, a la que evidentemente no le es indiferente un deudor que otro, y puede negarse o introducir diferentes condiciones al realizarse la subrogación.

El motivo se desestima.

**CUARTO** .- Improcedente declaración de nulidad de la cláusula de gastos, toda vez que considera el recurso que dicha cláusula no es abusiva.

Esta cuestión ha quedado debidamente argumentada en la sentencia apelada, no obstante, añadiremos que como decíamos en nuestra sentencia de 15 de enero de 2018, la imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción, necesarios para la constitución de la garantía, no asegura una mínima reciprocidad al recaer en su totalidad sobre el prestatario, generando un desequilibrio importante, quebrantando las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predispuestas, que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU). Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación. Nos encontramos ante una estipulación predispuesta por la Entidad bancaria, que goza de una superior posición negociadora y que ocasiona un evidente e importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en la medida en que impone al consumidor



prestatario todos los gastos, sin excepción, prescindiendo de a quién corresponde su pago conforme a la normativa.

No se trata, por tanto, de que su tenor no sea gramaticalmente inteligible (control de incorporación) sino que su redacción genera precisamente un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

El art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios ley 26/1984, vigente a la fecha del contrato establece: "se consideran cláusulas abusivas todas 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. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley... El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa..."

La Disposición Adicional Primera contiene una lista de cláusulas que, en todo caso, son abusivas, que el legislador ya ha valorado y calificado como tales, sin que sea necesario el análisis judicial del desequilibrio en el caso concreto, bastando con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula.

La doctrina establecida por la **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015**, se pronuncia en los siguientes términos sobre el carácter abusivo de la cláusula de atribución de gastos:

" 1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

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.



3.- 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) 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 efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, 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.

4.- 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 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 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.

5.- 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, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 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 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 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 TRLCU y art. 8 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 valerle 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".



A mayor abundamiento, la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2017**, establece al respecto:

" 12.- Por tanto, que la redacción de las cláusulas suelo, aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concesión ex novo del préstamo, y que se ampliaran el capital prestado o el plazo de devolución, o que el prestatario pidiera una novación ante su dificultad para afrontar el préstamo y se ampliara el plazo de devolución (de treinta a cuarenta años) y se estableciera un periodo de cuatro años de carencia en la amortización de capital ante las dificultades económicas por las que pasaba el prestatario, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo. 13.- Como resultado de todo lo expuesto, el recurso de casación deber ser estimado y revocarse la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, confirmarse la sentencia de primera instancia, que es plenamente conforme con la jurisprudencia de esta sala".

En el presente supuesto, y en aplicación de la citada doctrina jurisprudencial, el carácter abusivo de la cláusula transcrita deviene de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, derivando todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor.

Conforme al art. 10 bis LGDCU (y art. 89.3 del TRLGDCU), se considera abusiva, en todo caso, la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables, y la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional, así como la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional.

En base a lo anterior, no cabe duda de que la cláusula debe ser declarada abusiva y, por tanto, ha de predicarse su nulidad absoluta o de pleno derecho sin que, reiteramos aquí, la acción para hacer valer la misma esté sujeta a plazo de prescripción ni de caducidad alguno, amén de que, precisamente, concurre obligación judicial de actuar de oficio cuando, en un proceso, se pretenda aplicar o llevar a efecto la cláusula en cuestión.

**QUINTO** .- En este apartado analizaremos conjuntamente los motivos 4º y 5º del recurso, que se refieren, respectivamente a la improcedente repercusión de los gastos derivados de la compraventa y subrogación, así como de su novación, y a la improcedente declaración de nulidad de la repercusión a la demandada de los gastos notariales y registrales.

En relación a las **consecuencias de declaración de la abusividad**, tras la sentencia del TJUE de 14 junio de 2012, la Ley 3/2014 reformó el art. 83 TRDCU y dispone: "las cláusulas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Al respecto la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 nos recuerda que: "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".

Y que: "Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad. Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, **el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad**".

Lo procedente, por tanto, es resolver las consecuencias de la nulidad declarada de la cláusula que nos ocupa, de manera que el prestatario ocupe la misma situación que si nada se hubiera pactado en materia de gastos del préstamo hipotecario. Y eso es precisamente lo que realiza la sentencia de instancia, siguiendo unos criterios reiteradamente establecidos por esta Sala, y que reproducimos a continuación.

Respecto de los **honorarios de Notario**, objeto del recurso presentado por la entidad BBVA, debemos decir que la prestación de las funciones del Notario se lleva a efecto a instancia de 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. Coincidimos con la SAP, sec 4, de A Coruña (Ponente Seoane Spiegelberg), que dada la condición común de requirentes que de ordinario ostentan ambas partes otorgantes, en cuanto



portadores de un indiscutible interés jurídico en la intervención notarial, que a veces deviene incluso necesaria, cuando la escritura conforma un requisito ad solemnitatem de validez del acto jurídico documentado - constitución de una hipoteca ( art. 1875 del Código Civil , en adelante CC), como es el caso que nos ocupa -aquéllas son también partes en el contrato de arrendamiento de los servicios profesionales del notario, con la condición derivada de deudores de su retribución.

El propio contenido de la escritura pública pone de manifiesto que quienes aparecen en la misma ante el Notario como comparecientes, exponentes y otorgantes de la escritura pública, son ambas partes, prestamista y prestatario, interesando y solicitando ambas partes la intervención del fedatario público. Por lo tanto, si aplicamos la mentada norma arancelaria podemos concluir que, si ambas partes acuden al Notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente, conforme al art. 1279 en relación con el art. 1280 del CC , es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados ( art. 1544 del CC ), vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente. Es por ello que consideramos que los aranceles se deben abonar a partes iguales, ratificando así la resolución de instancia.

Respecto de **los honorarios del Registrador** , diremos que si la cláusula que impuso al prestatario el pago de los gastos registrales ha de tenerse por no puesta, debemos determinar conforme a la normativa aplicable quién debe de afrontar dichos gastos.

En este aspecto, el Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone en el Anexo II, norma Octava: "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. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Por otro lado, el artículo 6 de la Ley Hipotecaria establece que "la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho".

Pues bien, no cabe ninguna duda de que la hipoteca se inscribe a favor del Banco, que es a favor de quien se constituye el derecho real de garantía, y quien lo adquiere.

A diferencia del Arancel notarial, que hace referencia al interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla este criterio ni una regla semejante a la hora de establecer quién debe pagar esos gastos, sino que los imputa a aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho. Como quiera que la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúa a favor del Banco prestamista, es éste quien debe correr con los gastos registrales que la actora acredita haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula.

Finalmente, en relación al **resto de gastos impugnados** , nos encontramos ante el mismo caso que los anteriores conceptos analizados, reiterando aquí lo que establece la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2017** , citada en la sentencia apelada y en el escrito de oposición al recurso de apelación:

*"En primer lugar, debe precisarse que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financian mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE (EDL 1993/15910) y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia".*

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos desestimar estos motivos del recurso.

**SEXTO** .- Improcedente declaración de nulidad de la cláusula mediante la que se establece la comisión por subrogación e improcedente restitución de cantidades por su aplicación.





En relación a esta cuestión esta Sala se ha pronunciado recientemente en su Sentencia de 19 de febrero de 2018 (ponente Sr. Rodríguez Greciano), que aunque referida a la comisión de apertura, es plenamente aplicable al presente caso, y en la que decíamos:

"En relación con la abusividad de la comisión de apertura, se establece la misma con el objeto de proceder a sufragar los gastos generados, del estudio de la operación solicitada por el cliente, esto es, el préstamo hipotecario. Sobre la misma, ya existieron pronunciamientos por esta Sala, tanto en la sentencia antes citada, como en otra anterior, de 10 octubre de 2017. En el sentido que la existencia de una regulación específica sobre la denominada comisión de apertura, no impide que la misma suponga eludir la exigencia legal que obedezca a un servicio efectivo prestado al cliente, ni tampoco evitar la protección que al consumidor otorga la normativa propia en materia de consumo. De tal manera que siguiendo RDL 1/07, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de un contrato.

Entendida esta comisión, como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, o gestiones preparatorias del préstamo, como se dice por el apelante, tal y como se regula en el CC y Cod de Comercio, no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, o qué tipo de gestiones preparatorias han tenido lugar, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero. Ni se menciona, ni se justifica qué tipo de gastos han tenido lugar, y si como gasto, (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo, es decir, los supuestamente preparatorios como dice el apelante), es ya difícil de entender, 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, moratorio), además 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 supuesto gasto. Originado, sin más, en la actividad preparatoria del préstamo.

Ciertamente la actual LGDCU artículo 87.5 reconoce la legitimidad de facturación por el empresario a consumidor, de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio), pero, además, de que su interpretación ha de ser restrictiva, con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habido o prestado, proporcionalidad que si no se da, como en el presente supuesto, incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el artículo 80 de la citada ley, y que en el caso de autos no se ha intentado justificar. Se alude a gastos originados por gestiones preparatorias del préstamo, pero no se indica su cuantía. Limitándose a referencias genéricas del tipo de "informe de concesión de la solicitud del actor, análisis de su capacidad crediticia o endeudamiento", que no justificarían el gravamen impuesto al actor. Tal como se observa de la lectura de la contestación a la demanda. Punto segundo, del apartado 4 de la misma.

Siendo exigible que los gastos reclamados correspondan a la efectiva prestación de un servicio, que no sea inherente a la actividad de la entidad prestamista dirigida a la concesión y administración de un préstamo. Es decir, si los 600 euros de la comisión de apertura, tienen su origen en actividades preparatorias a la concesión del mismo, consistentes, según la apelante, en informe de la concesión de la solicitud, capacidad crediticia o endeudamiento, es evidente, que nos encontramos con gastos originados en la entidad bancaria, por su actividad, dirigida a la concesión del préstamo. Por lo cual, no nos encontramos ante gastos originados en una efectiva prestación de "servicio al actor".

Por lo que siguiendo dicho razonamiento, como sea que dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio efectivo al cliente, y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo), se conoce, ni se acreditó su proporcionalidad, debe mantenerse su declaración de nulidad, por abusividad, confirmando en este sentido la sentencia de Instancia".

Teniendo en cuenta lo anterior, estimamos que los anteriores argumentos son plenamente aplicables al caso que ahora nos ocupa, ya que no consta justificación alguna por la parte demandada de qué servicios concretos se han prestado al cliente consumidor, que motiven el cobro de la citada comisión, en los términos arriba expuestos.

En apoyo de la anterior conclusión, citaremos la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Asturias de 15 de diciembre de 2017**, que en un caso similar establece:

" **SEGUNDO.**- Ciertamente la normativa que regía las comisiones aplicables a las operaciones de las entidades de bancarias con sus clientes viene constituida, esencialmente, por la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 y la



Circular del Banco de España num. 8/1990, de 7 de septiembre, pues la Orden EHA/1608/2010, 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 5/2012, del Banco de España de 27 de junio son de fecha posterior a la perfección del contrato.

La Orden de 12 de diciembre de 1989 reseñaba que "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas 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...". "

Esas directrices fueron reproducidas en la Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en la que se dispone:

"1. Todas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular. Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la Entidad realiza habitualmente. Podrán excluirse de las tarifas las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y las que puedan corresponder a garantías crediticias, a aseguramiento de emisiones privadas y a servicios de factoraje sin recurso. No obstante, podrán incluirse en las tarifas, con carácter indicativo, comisiones para estos servicios, sin perjuicio de que se les aplique en cada caso el tipo pactado. En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados.

2. Las Entidades no podrán cargar cantidades superiores a las que se deriven de las tarifas, aplicando condiciones más gravosas, o repercutiendo gastos no previstos. Se exceptúan de esta regla las comisiones señaladas expresamente como indicativas, según lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado precedente...

3. Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente.

Incide además sobre este particular la Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación cuando exige que la cláusula o condición general se haya pactado expresamente por las partes y, además, que la cláusula sea clara y precisa, para garantizar que el adherente conozca o al menos haya tenido oportunidad de conocer las condiciones generales en el momento de celebración del contrato y que éstas resulten lo suficientemente comprensibles, considerando tales cláusulas como incluidas en el contrato sólo cuando el adherente acepte su incorporación al mismo y éste sea firmado por todos los contratantes sin que haya duda sobre la aceptación de tales cláusulas por parte de los contratantes. Se excluyen en consecuencia todas aquellas comisiones de origen exclusivamente unilateral, al exigirse que las comisiones nazcan del previo convenio o acuerdo expreso entre las partes y, además, desde el plano formal, con la exigencia de que el contenido de tal acuerdo ha de reunir los requisitos de claridad, precisión y transparencia para su correcta comprensión por la parte adherente.

De tal acervo normativo se puede extraer que para que una cláusula reguladora de una comisión bancaria, contenida en un contrato bancario, tenga plena validez en derecho es necesario: 1º.) que dicha cláusula haya sido pactada en forma 2º.) que obedezca a un servicio efectivamente prestado o un gasto habido y 3º.) que dicho servicio haya sido aceptado o solicitado por el cliente.

Y por último, como no, cuando el receptor del préstamo es un consumidor, entra en juego también la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 82 exige que las cláusulas no negociadas individualmente relativas a lo productos o servicios ofertados a los consumidores deberían cumplir, entre otros, el requisito de la "Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.", entendiéndose, por tales, entre otras, "cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. (Art. 87.5 del TRLGDCU).

Así pues reafirmaremos que correspondía a la apelante haber demostrado la **efectiva prestación de los servicios que se trataba de remunerar, porque en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", de forma que gravita sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos servicios y gastos habidos**, con indicación concreta de su concepto, cuantía y fecha.

Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo al cual, "Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De donde resulta que al igual que



sucede con el resto de comisiones , rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión lo que justifica la declaración de abusividad de la misma, que ya viene siendo además declarada por otras Secciones de esta Audiencia, entre otras por la Sección 5ª en su sentencia de fecha 30 de julio de 2015 , con cita de precedentes, cuyos razonamientos al respecto al compartirse en su integridad se dan aquí por reproducidos.

En definitiva, la recepción de la solicitud de préstamo, el estudio propiamente dicho de solvencia y la formulación de oferta vinculante son **actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente** tampoco pueden amparar la comisión discutida la solicitud de tasación de la finca o la redacción de la minuta con arreglo a la cual se otorgó luego la escritura pública porque la cláusula quinta de la escritura repercutía dichos gastos en los prestatarios, de modo que no podían computarse nuevamente, so pena de duplicidad así pues los únicos conceptos que podrían haber justificado la comisión de apertura serían los costes que para la entidad financiera hubiera comportado la información recabada al CIRBE, a ASNEF, EXPERIAN o cualquier otro archivo similar de activos impagados o pendientes de amortización de los solicitantes del préstamo y sus avalistas en ese mismo concepto podríamos haber admitido que en los supuestos de subrogación en un préstamo anterior, podría incluirse el coste de la certificación expedida por el Banco sobre el estado del préstamo hipotecario que en ese momento gravaba la vivienda de los demandantes. Sucede que el Banco obvia el coste efectivo satisfecho para obtener esos documentos frustrando cualquier juicio de proporcionalidad conforme a lo previsto en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 y por consiguiente se estima este motivo del recurso " .

El motivo, en consecuencia, no puede ser atendido.

**SEPTIMO** .- Error en la valoración de las pruebas. No acreditación del pago de la comisión de subrogación (apertura) objeto de condena.

Para responder a este motivo, debemos tener en cuenta los siguientes preceptos:

El artículo 405,2 LEC , establece: "En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales".

El artículo 281,3 de la LEC : "Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes".

Y en este caso, la demandada en su contestación, nada opuso respecto de la cuantía satisfecha, ni de la acreditación de su pago por parte de los prestatarios, por lo que no puede la parte apelante intentar subsanar tal falta de oposición en su recurso de apelación.

En todo caso, debemos recordar que el recurso de apelación, aunque permite al Tribunal examinar en su integridad el proceso, no es un nuevo juicio, limitándose a revisar lo actuado, no pudiéndose resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la instancia, conforme a lo expresamente establecido en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que claramente prescribe que el recurso ha de basarse en "los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia". La congruencia de una sentencia ha de establecerse en relación con las pretensiones formuladas en los respectivos escritos rectores del proceso, sin que sea el recurso de apelación momento hábil para proponer cuestiones no planteadas en la fase expositiva ante el Juzgado. Toda cuestión nueva debe ser rechazada sin más, pues entrar en esta segunda instancia en su examen supondría una trasgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al no haber sido objeto de debate en la instancia, lo que impide a la otra parte alegar sobre ella, y proponer en su caso la prueba que estime ( STS de 7 de mayo de 1.993 , 18 de abril de 1.992 , 15 de abril de 1.991 , 20 de mayo de 1.986 , 6 de marzo de 1.984 , 2 de diciembre de 1.983 , entre otras muchas).

Por tanto, las alegaciones de la demandada respecto del fondo de la cuestión del pleito en el escrito de interposición del recurso resultan totalmente extemporáneas, ya que se trata de la introducción "ex novo" en esta alzada de motivos de oposición que debieron ser alegados en el momento procesal oportuno, por lo que en aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, ni siquiera pueden ser tenidos en consideración en esta segunda instancia, por lo que procede la desestimación de este motivo y en definitiva la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

**OCTAVO** .- La desestimación del recurso de apelación determina la imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada por aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 de la L.E.C .



Del mismo modo, con relación a la cantidad ingresada como depósito para recurrir, de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre, se deberá acordar su pérdida, dándole el destino legal que proceda, al haberse desestimado el recurso de apelación interpuesto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de común y pertinente aplicación

### FALLAMOS

**Que desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Montserrat Jiménez Sanz, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia dictada por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Soria, el día 22 de enero de 2018, en los autos de juicio ordinario nº 500/17 de ese Juzgado, **debemos confirmar y confirmamos íntegramente** dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

*Una vez firme esta resolución, se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que proceda, de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre.*

*Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

FONDO DOCUMENTAL CEDOP