



Roj: **SAP CU 194/2018 - ECLI: ES:APCU:2018:194**

Id Cendoj: **16078370012018100194**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cuenca**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2018**

Nº de Recurso: **30/2018**

Nº de Resolución: **122/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ERNESTO CASADO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CUENCA

SENTENCIA: 00122/2018

Modelo: N10250

CALLE PALAFOX S/N

Tfno.: 969224118 Fax: 969228975

Equipo/usuario: NNL

N.I.G. 16078 41 1 2017 0001184

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000030 /2018

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000208 /2017

Recurrente: Remedios , Isidro

Procurador: MARIA JOSE MARTINEZ HERRAIZ, MARIA JOSE MARTINEZ HERRAIZ

Abogado: AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO, AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO

Recurrido: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador: EVA MARIA LOPEZ MOYA

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL

CUENCA

Apelación Civil Rollo nº 30/2018

Juicio Ordinario nº 208/2017

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Cuenca

SENTENCIA num. 122/2018

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

D. JOSE EDUARDO MARTÍNEZ MEDIAVILLA

MAGISTRADOS:



D. ERNESTO CASADO DELGADO (PONENTE)

D. JAVIER MARTÍN MESONERO

En Cuenca, a diez de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos en trámite de recurso de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 208/2017 procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Cuenca y su Partido, seguidos a instancia de **D^a. Remedios y D. Isidro**, representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. María José Martínez Herraíz y asistidos por la Letrada D^a. Azucena Natalia Rodríguez Picallo, contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARFGENTARIA, S.A**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Eva María López Moya y asistido por la Letrada D^a. María José Cosmea Rodríguez, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Remedios y D. Isidro contra la sentencia de fecha veinte de noviembre de dos mil diecisiete, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don ERNESTO CASADO DELGADO, quién expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En los autos indicados al margen se dictó, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de los de Cuenca, sentencia de fecha veinte de noviembre de dos mil diecisiete cuyo Fallo es del siguiente tenor:

"Desestimando la demanda formulada por la Procuradora D^a María José Martínez Herraiz en nombre y representación de Remedios y Isidro se absuelve a la demandada Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Se imponen las costas causadas a la parte actora".

SEGUNDO. - Por la representación procesal de D^a. Remedios y D. Isidro se interpuso recurso de apelación en el que interesó la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra por la que se estimara en su integridad la demanda.

TERCERO. - Admitido a trámite el recurso de apelación y conferido traslado a la contraparte, por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A se opuso al citado recurso.

CUARTO. - Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se procedió a formar el correspondiente rollo, asignándosele el número 30/2018, turnándose Ponencia que recayó en el Magistrado Ilmo. Sr. D. ERNESTO CASADO DELGADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Frente a la sentencia recaída en primera instancia, íntegramente desestimatoria de la demanda, interpone recurso la parte demandante, quien reitera en esta alzada su petición de nulidad de las cláusulas contractuales insertas en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 24 de febrero de 2009 ante el Notario de Cuenca D. José María Víctor Salinas (Protocolo nº 476) y relativas a la comisión de apertura (cláusula 4^a.1) y asunción de gastos por el prestatario (cláusula 5^a), con el consiguiente reintegro de las cantidades abonadas por tales conceptos que ascienden a la suma de 5.595,69 euros.

El juez a quo rechazó la nulidad de la cláusula de imposición de gastos al prestatario en base a la naturaleza unilateral del contrato de préstamo, la cual, a su juicio, determina la imposibilidad de que el banco asuma ningún gasto relacionado con dicho contrato. En cuanto a la comisión de apertura, desestima igualmente la demanda, al afectar al contenido económico del contrato, al precio, por lo que el control judicial en términos de desproporción objetiva entre los derechos y deberes de las partes está vedado, sólo pudiéndose controlar en términos de transparencia, circunstancia no alegada en la demanda rectora.

SEGUNDO. - *IMPOSICIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO (CLÁUSULA 5^a)*

Respecto de la cláusula de imposición de gastos al prestatario, vienen señalando nuestros Tribunales, ya de manera mayoritaria desde la STS de 23/12/15, que 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).

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.

Dicha doctrina ha venido a ser ratificada plenamente por las SSTs de 15 de marzo de 2018, que declaran terminantemente que la cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

La invocación de la *Cosa Juzgada* que realizó BBVA en su escrito de contestación (fundamento de derecho jurídico material primero) en relación con la citada STS de 23/12/15, debe rechazarse. Así, la STS 423/2017 de 5 de julio, expresa: "como ya advertimos en la STS 334/2017, esta cuestión fue analizada en la *sentencia 123/2017, de 24 de febrero*, en la que justificamos por qué de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (contenida en la STJUE de 14 de abril de 2016), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (contenida en la STC 148/2016, de 19 de septiembre, y otras posteriores) y la jurisprudencia de esta misma Sala Primera del Tribunal Supremo (*sentencia 375/2010, de 17 de junio*), entre las acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, y por ello no cabe apreciar el efecto de cosa juzgada material: «Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC». Por último, en la línea de lo señalado, esta sala en la *sentencia núm. 357/2017, de 6 de junio*, a propósito de la inexistencia de cosa juzgada material, declaraba lo siguiente: «[...]Una vez que el TJUE ha declarado que tal pronunciamiento se opone al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, si los tribunales españoles otorgaran eficacia prejudicial a la *sentencia 241/2013* cuando resuelvan litigios en los que se ejercite la acción individual de nulidad respecto de cláusulas como las que fueron objeto del anterior proceso en que se ejercitó la acción colectiva contra, entre otros, Abanca, vulnerarían el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.». Como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 (caso Olimpiclub), el principio de efectividad impide que se salvede la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional».

Procede resolver, pues, las consecuencias de la nulidad 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, específicamente, determinar si procede la devolución de las cantidades abonadas por el prestatario en relación con los Gastos Notariales, Registro de la Propiedad, Gestoría e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, conceptos todos ellos que se reclaman en la demanda rectora de la litis.

*En cuanto a los **GASTOS NOTARIALES**, ciertamente el prestamista es interesado pues obtiene indudables ventajas de la constitución de la hipoteca, para lo cual es requisito insoslayable el otorgamiento de la escritura pública: así, en primer lugar, obtiene un título ejecutivo pues el artículo 517.2 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla como título ejecutivo las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes; a eso se añade que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. De otro lado, su crédito es preferente ex artículo 1923. 3º del Código Civil, a lo que se adiciona que en el caso de concurso de acreedores del deudor prestatario, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial (art. 90.1.1º de la Ley Concursal).

Pero lo anterior, y como indican diversas sentencias de nuestros Tribunales (SAP de La Rioja de 31/10/17, SAP de la Sección 6ª de la AP de Asturias de 15/12/17, SAP de Soria de 21/12/17 y SAP de Palencia de 22/1/18, entre otras) no excluye que no pueda considerarse igualmente interesado al prestatario. Es al prestatario, y no al prestamista, a quien le interesa conseguir el préstamo que ha solicitado. Y es meridiano que las condiciones de un préstamo hipotecario son mucho más favorables para el prestatario que las que resultan en caso de préstamo personal (el tipo de interés es más bajo, las condiciones mejores) y que esas condiciones más favorables para el prestatario que derivan de la aportación de la garantía hipotecaria, solo es posible obtenerlas si se otorga la escritura pública, pues la constitución de hipoteca exige ese instrumento como requisito constitutivo. Recordemos además que, por ejemplo, en caso de ejecución por impago, la ejecución hipotecaria otorga singulares ventajas procedimentales al deudor prestatario respecto de la posición que



ostentaría en el caso de que el préstamo hubiera sido personal, y por ende se viera sometido en caso de impago a una ejecución ordinaria.

La conclusión que obtenemos es que tanto prestatario como prestamista pueden considerarse interesados en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, y que por lo tanto ambos serían, aplicando la segunda regla prevenida en la norma del Arancel (que impone el pago a los interesados según las normas sustantivas y fiscales), deudores de la intervención notarial, por lo que lo procedente es el reparto por mitad de este tipo de gastos.

Ahora bien, y de conformidad con la doctrina contenida en las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15.03.2018, (recursos 1211/2017 y 1518/2017), el timbre de la matriz, (salvo pacto al respecto entre los litigantes, pacto que aquí no consta), corresponde al prestatario. ¿Y a cuánto asciende en el caso que nos ocupa el timbre de la matriz?. Pues asciende, (dentro de la partida "Timbre Matriz y Autorizadas norma 8ª del arancel de la factura del Notario), a 7,20 ? (del total de 15,33 ? que allí se reflejan), suma que vendría a corresponder a 48 folios expedidos por 0,15 ? cada folio.

En consecuencia y por todo lo expuesto, de los 717,99 ? de la factura del Notario, deben descontarse los ya referidos 7,20 ? del timbre de la matriz, (que, como ya hemos dicho, entendemos que deben correr exclusivamente a cargo de los demandantes), por lo que se obtiene una cifra de 710,79 ?. Y esta última cantidad, (710,79 ?), es la que debe repartirse por mitad entre los litigantes, razón por la cual el Banco debe reintegrar a la parte actora por gastos notariales 355,36 ?.

*En cuanto a los *GASTOS REGISTRALES*, la norma de derecho supletorio es el art. 19 bis 6ª LH que dispone que " *Los derechos arancelarios se abonarán por el interesado a cada Registrador en su parte correspondiente* ". No cabe pacto en contra de dicha atribución legal, y en consecuencia dicho pacto vulnera lo dispuesto en el art. 89.3 TRLGDCYU. El Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que: " *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* ". 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, de modo que procede la restitución a los prestatarios de la cantidad de 186,06 euros.

*En cuanto al *IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS*, y más en concreto en lo que respecta al importe reclamado por este concepto de 4.368,00 euros consignado en el modelo 600 adjuntado a la demanda, la reclamación no debe prosperar de conformidad con la doctrina sentada por las SSTs de 15/3/2018, que establecen que respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

*La solución de reparto por mitad debe establecerse en el caso de los *GASTOS DE GESTORIA*. La Gestoría realizó gestiones para las dos partes, tramitando la liquidación del impuesto -gasto que corresponde al consumidor demandante- y efectuando los trámites de inscripción de la hipoteca ante el Registro de la Propiedad -gasto que corresponde a la entidad demandada-.

De ahí que, no pudiendo determinarse el importe correspondiente a cada una de las gestiones al no existir desglose al efecto, y declarada la nulidad de la cláusula, la devolución deberá circunscribirse al 50%, de ahí que la entidad demandada deberá reintegrar a los actores la cantidad de 161,82 euros.

TERCERO. - COMISIÓN DE APERTURA (CLÁUSULA 4ª.1)

Al respecto, la SAP de Huelva, Sección 2ª, de 22/12/17, Rec. 874/17, hace un detenido análisis de la cuestión que por su interés al caso pasamos a reproducir:

"La OM de 12/12/1989, establecía sobre las comisiones en su apartado quinto del capítulo primero que "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas.



Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

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."

La OM de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2011 sustituyó la anterior y viene a regular en términos parecidos las comisiones en el art. 3, insistiendo que deben responder en cuanto a su cobro a servicios efectivamente prestados.

Igualmente deber tenerse en cuenta la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone: "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. 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. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad".

También debe decirse que la comisión de apertura es una de las que contemplaba la derogada OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente en la fecha del contrato de préstamo a que se refiere la demanda. Dice el apartado 4. 1 del Anexo II de la citada OM que "cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará comisión de apertura y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula".

Ahora bien, en la actualidad esta cuestión se encuentra regulada en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, concretamente en su artículo 5.1 se dispone que "Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas. En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor". A continuación, el apartado 2º del referido precepto hace una especial mención en su letra b) a la denominada comisión de apertura en créditos hipotecarios estableciendo "en los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. En el caso de préstamos o créditos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo o crédito. Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito".

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. En este punto, con carácter general, el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 noviembre 2007, reproduciendo el contenido del apartado 1 del artículo 10 bis, de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, vigente en la fecha de celebración del contrato, establece que "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 del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Los requisitos exigidos del precitado artículo para poder considerar como abusiva una determinada cláusula de un contrato de consumo, relativos: 1º) a que se trate de un contrato celebrado con consumidores; 2º) ausencia de negociación individual de las cláusulas contractuales y 3º) necesidad de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

De otra parte, la actual L.G.D.C.U. en su artículo 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 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 artículo 80 del la L.G.D.C.U.

La jurisprudencia menor mantiene dos posturas en relación a la cuestión planteada, la que está a favor de la nulidad cuando no se acredite que la comisión responde a un servicio realmente prestado en beneficio del consumidor, así podemos citar la SAP de Asturias (6ª) de 17/09/2017, viene a razonar sobre esta cuestión que "Concurren en este caso los requisitos para proceder a la declaración de nulidad de la citada cláusula, puesto que si se entiende la citada 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 como en el Código de Comercio, 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 se entiende 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 difícil la identificación del gasto". (SAP de Asturias de 30 de julio de 2015)."

En este sentido podemos citar también la SAP de Soria (1ª) de 10/10/2017 cuando razona al respecto que

"... 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. Ni se menciona, ni tan siquiera en vía de apelación, y menos aún, se justifica, qué tipo de gastos han sido originados en la entidad bancaria, como consecuencia del otorgamiento de la escritura de préstamo.

Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), es 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 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, como en el presente supuesto, 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, (F.J.9), la existencia de una regulación normativa bancaria, -Orden 2899/11 citada por el apelante-, 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 de préstamos) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe mantenerse su declaración de nulidad.

Por tanto, se declara nula por abusiva la estipulación relativa a la comisión de apertura ... "

Otras mantienen una postura contraria como la SAP de Madrid (20ª) de 31.3/2017 (ROJ 4689/2017), cuando razona que "...Asimismo consideramos que la imposición de los gastos de apertura del préstamo a cargo del prestatario, tampoco puede ser reputada abusiva y nula, puesto que es servicio efectivamente prestado por la entidad prestamista para la concesión del préstamo." En el mismo sentido la SAP de La Coruña (4ª) de 07/06/2017 (Roj 1923/2017) y SAP de Zamora (1ª) de 30/03/2017 (ROJ 150/2017).

A la vista de lo expuesto, la Sala considera que la comisión debe responder a un servicio efectivamente prestado al consumidor y a los gastos efectivamente realizados por la entidad prestamista de cara a la concesión de préstamo, circunstancias que debe acreditar en cada caso la entidad de crédito, lo que en principio tiene mal encaje con la estipulación de un porcentaje del capital del préstamo en cuanto a la comisión de que estamos tratando. Además, ocurre que en este supuesto la entidad prestamista no ha acreditado que la comisión responda a un servicio prestado al cliente y a los gastos que haya realizado para comprobar la solvencia de la parte prestataria, dado que entendemos que la recepción de la solicitud del préstamo, el estudio de la solvencia y la formulación de la oferta vinculante, son actividades internas de la entidad bancaria que en sí mismas no proporcionan servicio al cliente, sino al banco de cara a la realización de un contrato propio de su actividad empresarial, por lo tanto consideramos que la cláusula que establece dicha comisión debe ser declarada abusiva y por lo tanto nula, al ser impuesta y no haberse acreditado que responde a servicios prestados a la parte prestataria y a gastos llevados a cabo por el Banco de cara a la realización del préstamo".

En aplicación del criterio expuesto, que es compartido por esta Sala, y ante la falta de prueba en este caso por parte de la entidad demandada de los concretos servicios y gastos que pudieran ser tomados en consideración como contraprestación efectiva de la comisión de apertura objeto de enjuiciamiento, procede la estimación del recurso en este punto, accediéndose a la nulidad pretendida y al reintegro de lo abonado por este concepto, en concreto, la suma de 1.050 euros.

CUARTO.- En materia de intereses, considera la Sala, en consonancia con lo determinado por otras AAPP, como la de Soria en sentencia, entre otras, de 22/1/18, o la de Zaragoza, Secc. 5ª, de 26/2/18 , que la abusividad y consecuentemente la nulidad de la cláusula que ahora determina la restitución de lo indebidamente abonado por los prestatarios, debe llevar aparejada la imposición de intereses legales desde la fecha en que se produjo el abono, compensando así la pérdida de rentabilidad sufrida por la parte actora únicamente imputable a la parte demandada. Bien es cierto que -a excepción de la comisión de apertura- las cantidades que pretende recuperar el consumidor-prestatario en base a la nulidad de la cláusula de imposición de gastos, no las ha cobrado el Banco-prestamista, pero sí se ha beneficiado de la satisfacción por un tercero de lo que a aquél le correspondía, por lo que abonándose a quien pagó por su cuenta, el consumidor recuperará la indemnidad en su patrimonio. La doctrina del T.J.U.E., *sentencia de 21-12-2016* , señala que la nulidad de una condición general por abusiva supone su expulsión del contrato (*art. 6-1 de la Directiva 93/13/CEE*), debiendo recuperar los afectados la situación patrimonial que tenían de no haberse aplicado dicha condición nula.

QUINTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada en virtud de lo dispuesto en el art. 398.2 LEC , como tampoco en las de la primera instancia (art. 394.2 LEC). Procede la devolución del depósito constituido para recurrir.

SEXTO.- De conformidad con lo solicitado por el recurrente, en base al art. 22 de la LCGC, procede la inscripción de la presente sentencia en el Registro de Condiciones Generales.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Dª. Remedios y D. Isidro** contra la sentencia de veinte de noviembre de dos mil diecisiete dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cuenca en el seno del Juicio Ordinario nº 208/2017; y, en consecuencia, declaramos que debemos **REVOCAR COMO REVOCAMOS ÍNTEGRAMENTE LA RESOLUCION RECURRIDA** , que se deja sin efecto y, en su lugar, dictamos la presente por la que ESTIMANDO COMO ESTIMAMOS PARCIALMENTE LA DEMANDA RECTORA, acordamos:



1.- Se declara la nulidad de las cláusulas cuarta y quinta del contrato objeto de la litis, relativas a la comisión de apertura y repercusión de gastos al prestatario, condenándose a la entidad demandada al reintegro de los siguientes gastos:

1.1º.- Importe íntegro de la comisión de apertura, la cantidad de 1.050 euros.

1.2º.- Por Gastos Notariales, la cantidad de 355,36 euros.

1.3º.- Por Gastos Registrales, la cantidad de 186,06 euros.

1.4º.- Por Gastos de Gestoría, la cantidad de 161,82 euros.

Las reseñadas cantidades devengarán intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos efectuados en su día por los demandantes por los referidos conceptos.

2º.- Se desestima la demanda en cuanto al reintegro de lo reclamado en concepto de Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

3º.- Todo ello, sin expresa condena en las costas de las dos instancias y con devolución del depósito constituido para recurrir.

Procédase a la inscripción de la presente sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Póngase en conocimiento de las partes que contra esta Resolución cabe recurso de casación, por razón de interés casacional, y de infracción procesal, (en este último caso cuando concurra interés casacional y se admita conjuntamente un recurso de casación interpuesto conjuntamente contra la Sentencia), que se presentarán, en el plazo de 20 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Resolución, ante esta Audiencia Provincial; debiendo procederse en su caso, y con arreglo a la Disp. Adic. 15ª de la L.O.P.J., a la consignación del oportuno depósito.

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