



Roj: **SAP O 1420/2018 - ECLI: ES:APO:2018:1420**

Id Cendoj: **33044370062018100196**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **18/05/2018**

Nº de Recurso: **141/2018**

Nº de Resolución: **212/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

00212/2018

N10250

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33004 41 1 2017 0002063

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000141 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de AVILES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000300 /2017

Recurrente: BANKIA S.A.

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: DOÑA MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Palmira

Procurador: MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA

Abogado: IGNACIO HERNANDO ACERO

RECURSO DE APELACION (LECN) 141/18

En OVIEDO, a Dieciocho de Mayo de dos mil dieciocho. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María Elena Rodríguez Vigil Rubio, Presidente; D. Jaime Rianza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N° 212/18

En el Rollo de apelación núm. 141/18, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 300/17 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 3 DE Avilés, siendo apelante **BANKIA S.A.**, demandado en primera instancia, representado por el Procurador Sr. JOAQUÍN MARÍA JÁÑEZ RAMOS y asistido por la Letrada Sra. MARÍA JOSÉ COSMEA RODRÍGUEZ; y como parte apelada DOÑA **Palmira**, demandante en primera instancia, representada por la Procuradora Sr. M^a. ARÁNZAZU GARMENDIA LORENZANA y asistida por el Letrado Sr. IGNACIO HERNANDO ACERO; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Avilés dictó sentencia en fecha 23.01.18 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que **ESTIMO SUSTANCIALMENTE** la demanda interpuesta por la representación procesal de Palmira frente a Bankia con los siguientes pronunciamientos:

1) **DECLARO** la nulidad por abusiva de la cláusula de comisión de apertura contenida en la escritura de 29.12.06, y **CONDENO** a la demandada a restituir al actor la cantidad abonada en aplicación de la misma, junto con los intereses legales.

2) **DECLARO** la nulidad por abusiva de la cláusula quinta de la escritura de 29.12.06 en lo concerniente a la imposición al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales, gastos de tasación y gestoría en los términos expuestos en el fundamento de derecho segundo,

y **CONDENO** a la demandada a restituir a la actora la cantidad abonada en aplicación de la misma, suma que se incrementará con el interés legal del dinero desde la fecha de sentencia.

3) **DECLARO** la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios, teniéndola por no puesta, y **CONDENANDO** a la demandada a restituir las cantidades que, en su caso, hubiera percibido en aplicación de la misma, interés moratorio que ha de ser sustituido por el interés remuneratorio hasta el pago de la deuda.

4) Con imposición de costas a la demandada."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14.05.18.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de primera instancia en relación a la petición de acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidos en la póliza de préstamo con garantía hipotecaria suscrita en fecha 29 de diciembre de 2006 entre DÑA. Palmira y la mercantil BANKIA S.A., estima sustancialmente la demanda y declara:

- la nulidad por abusiva de la comisión de apertura, y condena a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad abonada en aplicación de la misma, junto con los intereses legales.

- la nulidad por abusiva de la cláusula quinta en lo concerniente a la imposición al prestatario del pago de los aranceles notariales y registrales, gastos de tasación y gestoría, condenando a la entidad demandada a restituir a la actora la cantidad abonada en aplicación de la misma, suma que se incrementará con el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia.

- la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios, teniéndola por no puesta, y condenando a la demandada a restituir las cantidades que, en su caso, hubiera percibido en aplicación de la misma, interés moratorio que ha de ser sustituido por el interés remuneratorio hasta el pago de la deuda.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada los pronunciamientos que impugna son los referentes a la cláusula de intereses moratorios, con base en que el pacto de un interés remuneratorio fijado en el ordinario incrementado en cuatro puntos no puede considerarse, atendiendo al contexto socioeconómico y de usos bancarios en el momento de la contratación, como un tipo de interés abusivo. De declararse abusivo debería simplemente adecuarse dicho tipo a lo señalado en la ley.

Los relativos a la declaración de nulidad de la comisión de apertura del 25 sobre el total capital prestado, la cual no puede considerarse abusiva al ser un pacto perfectamente lícito contemplado expresamente en la legislación sectorial aplicable, siendo la claridad y transparencia de la cláusula innegable, teniendo el carácter de esencial por se parte del precio del préstamo.

Error en la valoración respecto de la declaración de nulidad de la cláusula relativa a impuestos y gastos, no presenta esa generalidad respecto de los gastos sino que describe y limita cada uno de los que serían de cuenta del deudor, y en concreto, de los referidos a los honorarios de notario y registrador, y siendo los actores los principales interesados en la operación estarían obligados al pago de la factura de estos profesionales. Y, en todo caso, la cláusula afecta a terceros, en este caso, los profesionales destinatarios del pago y a quien han sido abonadas.

Por lo que hace a los gastos de gestoría, no acreditado que fuese la recurrente quien eligiese los servicios de gestoría, fue la prestataria quien requirió los servicios de la misma y que lo hizo en su beneficio.



SEGUNDO.- Como reflexión preliminar debe apuntarse que la sentencia no atribuye al Banco la carga impositiva, de manera que ese es pronunciamiento que no le afecta desfavorablemente y que el apelante carece de derecho a recurrir pues así se desprende del artículo 448 de la LEC .

Del mismo modo diremos que la regla general del artículo 1303 del Cc . no desvirtúa la aplicación de los artículos 1.145 y 1.158 del Cc . de los que resulta el derecho de quien pagó a repetir contra el verdadero deudor, o al reembolso de lo pagado en exceso, supuesto de que se tratara de deuda solidaria de ambos frente al acreedor; de ahí que la condena a la restitución de lo abonado por el consumidor al gestor, notario o registrador por cuenta de ambos sea conforme a derecho y se confirme el planteamiento de la sentencia de instancia.

TERCERO.- La normativa que rige las comisiones aplicables a las operaciones de las entidades de bancarias con sus clientes reseña 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...".

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).

En el recurso se invoca que la comisión de apertura se trata de un pacto perfectamente lícito, cláusula que fue negociada y aceptada, conociendo su existencia y que obedece al pago de las gestiones realizada por Bankia previas a la contratación del préstamo. Y además forma parte del precio del contrato.

Pese a ello, reafirmamos 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.

Ahora bien, la recepción de la solicitud de préstamo y el estudio propiamente dicho de solvencia son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente los únicos conceptos que podrían haber justificado la comisión de apertura serían los costes que para la entidad financiera comportó la información recabada al CIRBE y a ASNEF y EXPERIAN.

Sucede que en el presente caso el Banco obvia el coste efectivo de los trabajos y servicios previos realizados frustrando cualquier juicio de proporcionalidad conforme a lo previsto en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 y por consiguiente se desestima el recurso.

CUARTO.- En el marco de la acción individual de nulidad de una condición general de contratación, como es la que aquí se ejercita, puede y debe discriminarse aquellos extremos que puedan merecer dicha sanción, frente a los que por el contrario hayan de conservar plena validez y eficacia, porque el artículo 82.2 del R.D.Leg 1/2007 admite la nulidad parcial cuando advierte que, "*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.*"; es verdad que el precepto solo alude a la negociación individualizada de la



cláusula o de parte de la misma, pero es obvio que cuando la condición general de que se trate simplemente transcriba la solución prevista en la norma vigente al tiempo del otorgamiento no podrá decirse que causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor y usuario, pues en definitiva esa era carga que ya le venía impuesta por el derecho positivo.

Por el contrario cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá que apreciar abusividad, con la consiguiente declaración de nulidad parcial de la cláusula y limitación de sus efectos a aquellos gastos que, como decíamos antes, hayan sido imputados injustificadamente al primero.

En la acción individual, a diferencia de la acción colectiva, no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, de modo que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en relación al concreto gasto a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo. Lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es, relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, y solo podrá ser declarada si la parte que solicita la nulidad y consiguiente reintegro, prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían.

QUINTO.- Abordaremos, de acuerdo con la precedente doctrina, el enjuiciamiento de los distintos gastos asumidos por los actores.

Sobre ello existen criterios discrepantes de los tribunales, que alcanzan a las distintas secciones de esta Audiencia. Ello no obstante sobre los mismos esta sala ha mantenido un criterio uniforme a partir de su sentencia de 19 de mayo de 2017, que mantenemos, en la forma siguiente.

GASTOS NOTARIALES.- La sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 determina que "*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, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado 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 (art. 1875 del Cc . y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).*"

En consecuencia, la tesis del TS es que la cláusula discutida es abusiva porque "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"; y sentada esa premisa el Tribunal concluye que la estipulación ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

Y continúa razonando el Alto Tribunal "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."; así pues el TS se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, el interesado, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista.

Nuestro derecho positivo sobre este particular se constriñe a la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, vigente en esa fecha; la regla en cuestión establece que "*La obligación de pago de los derechos corresponderá a los quehubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, atodos ellos solidariamente*".

De modo que en este punto el TS se ciñe al concepto de "interesado" referido por el Arancel de los Notarios, entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, pero por el contrario a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista, a ese concepto de interesado ha de atenderse a la hora de distribuir este concreto gasto de documentación.



Los gastos que se reclaman en la demanda y que se acogen en la sentencia devienen todos ellos del préstamo con garantía hipotecaria. Así se contiene expresamente que únicamente cabe apreciar abusividad respecto de los gastos que dimanen del préstamo hipotecario, más no así por el otorgamiento en sí de la compraventa en que no es parte la entidad financiera.

En trance de distribuir el coste que nos ocupa la minuta aportada no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía hipotecaria; por ello, a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes.

El panorama es radicalmente distinto en relación a las copias que el pacto repercutía en el consumidor; es así que la expedición de primera copia de la escritura para el prestamista sólo beneficia al Banco, que obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), y en nada al consumidor. Se está por tanto ante una condición general que, como decía la sentencia comentada, no es objeto de negociación y causa un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor incurriendo por tanto en infracción de los arts. 82 y 89.3.4º de la Ley de Consumidores .

En relación a la factura objeto de enjuiciamiento, en la misma se contienen tanto las copias autorizadas de las copias simples, sin especificar quien solicita estas últimas.

Por ello, a falta de criterio más ajustado a los particulares del caso que nos ocupa, el Tribunal considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos por mitad entre ambos otorgantes.

Y este es el criterio que, aún no expresamente resuelto en sentencias de Pleno del TS de 15 de marzo de 2018 , centrada exclusivamente en la imputación del gasto que representa el Impuesto transmisiones y actos jurídicos documentados, cuando dice que respecto de la matriz es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto. Y respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

GASTOS DERIVADOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.- La norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten.

Es claro que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, de manera que en este punto la cláusula litigiosa invierte la regla natural que atribuiría el gasto al Banco y se considera que en efecto es abusiva.

GASTOS DE GESTORIA.- La liquidación y el pago del impuesto del impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados es obligación que incumbe al consumidor por lo que, de encomendar tales gestiones a tercero, a él corresponde la remuneración de dichos servicios. Y aún cuando la gestoría hubiera sido designada por la entidad financiera, ello por sí solo no puede estimarse como un desequilibrio de préstamos sino se demuestra que la factura girada por el profesional designado por el Banco, supere el coste medio del mercado. Por el contrario, la constitución de la hipoteca solo redundaría en beneficio del acreedor, de manera que los servicios prestados a tal fin deberían ser remunerados por el prestamista.

La cláusula no limita la autonomía del consumidor privándole de su derecho a gestionar personalmente el pago de los tributos antes mencionados e inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad pues simplemente dice que el coste de dichas gestiones será soportado por el prestatario.

En lo demás reiteraremos que la liquidación y pago del impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados es obligación que incumbe al consumidor por lo que, de encomendar tales gestiones a tercero, a él corresponde la remuneración de dichos servicios; por el contrario, como acabamos de decir, la constitución de la hipoteca solo redundaría en beneficio del acreedor, de manera que los servicios prestados a tal fin deberían ser remunerados por el prestamista. En este caso, dado que los gastos de gestoría son los aranceles de notaría, impuesto y registro, de acuerdo con la doctrina del TS tan citada ha de estimarse que el coste del servicio debería ser repartido entre los dos interesados; en consecuencia procede limitar la procedencia de reintegro a la mitad de su importe.

El Tribunal Supremo en su precitada sentencia de 23 de diciembre de 2015 ya advertía que " *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, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado 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 (art. 1875 del Cc . y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)."

TASACIÓN.- Establecida la premisa del doble interés de ambos litigantes, uno por la obligación principal y el otro por la accesoría, parece evidente que la misma debería conducir a que cada cual soportara los gastos que comporta la prestación respectivamente recibida y a ello parece referirse el TS cuando concluye que la cláusula discutida es abusiva porque *"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"*; y sentada esa premisa el Tribunal concluye que la estipulación 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).

Partiendo en consecuencia de que el beneficiario del préstamo es el consumidor, pues así lo proclama dicha sentencia, es aún más irrefutable que también es el cliente quien elige la modalidad del préstamo hipotecario para aprovechar las ventajas que le depara un tipo de interés y un plazo de amortización sensiblemente más favorables que el préstamo personal.

Pues bien, esa elección comporta necesariamente el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria suficiente para la obtención del tipo de préstamo que nos ocupa porque así resulta del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario , tras la reforma operada en 2.007, que reza como sigue: *El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley.*

De ello deriva que la suficiencia de la garantía es requisito legal e imprescindible para la viabilidad de la modalidad de préstamo elegida por el consumidor, de modo que éste debe acreditar en primer término que es propietario del bien que ofrece como garantía; y en segundo lugar, debe también justificar que valor del inmueble supera los porcentajes antes mentados.

En consecuencia concluimos que la tasación dirigida a establecer el valor de la vivienda es acto preparatorio del préstamo y ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto al futuro deudor.

Corroboramos esa conclusión que la tasación podría haber sido efectuada por profesional designado por el cliente, pues así resulta del artículo 3 bis l.) de la Ley antes mentada cuando dispone que *" las entidades de crédito, incluso aquéllas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones."*

Es así que, vistos los términos de la condición controvertida, esta tampoco limita la autonomía del consumidor para elegir el tasador que hubiera reputado más conveniente, de manera que si en su momento delegó dicha designación en la entidad financiera no lo hizo obligado por la cláusula que nos ocupa.

Procede así, por cuanto se lleva razonado, condenar al prestamista al pago de las siguientes cantidades en cuanto se limita la condena al reintegro de: a) a la mitad de los aranceles notariales; b.) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y c) la mitad de los servicios de gestoría

Esos importes devengarán el interés legal del dinero desde la fecha en que hubiesen sido satisfechos por el cliente como efecto directo del art. 1303 del Código civil , sin perjuicio de que sean sustituidos desde la fecha de la sentencia de primera instancia por los previstos en el art. 576 LEC .

SEXTO.- La sentencia de instancia de instancia declara la nulidad de la cláusula sexta que regula el interés de demora en cuanto lo fija en cuatro puntos porcentuales al tipo vigente en cada momento de pago. Y se basa para ello en la doctrina establecida por el TS en sus sentencias de 3 de junio de 2016 en la señala para los préstamos hipotecarios que un interés moratorio que rebasa en dos puntos al interés remuneratorio implica una indemnización desproporcionadamente alta en perjuicio del consumidor debiendo reputarse nula la cláusula que lo establezca.

Y señala como consecuencia de todo ello, la eliminación de dicha cláusula, con restitución de las cantidades que hubiera percibido la entidad en aplicación de la misma. Sin que ello conlleve la supresión del interés remuneratorio.

La oposición formulada por la entidad prestamista al respecto radica en que dicho interés moratorio no puede considerarse como abusivo atendiendo al contexto socioeconómico al momento de la contratación.



Y de declararse abusivo ese tipo de interés lo que debería es simplemente adecuarse dicho tipo a lo señalado en la ley.

Por más que los intereses de demora tengan la doble función de indemnizar el daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento de sus obligaciones e imponerle una pena disuasiva para éste último, y por ello, éstos se establecen siempre por encima de los remuneratorios. La cláusula relativa a los intereses de demora es una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, a la que resulta de aplicación la TRLGDCU y cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar con base en el art. 82 y en particular el 85.6, trasposición de la Directiva 93/13 CEE que sanciona con nulidad basada en la abusividad las cláusulas que supongan una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Cuando lo que se pretende en la demanda es un pronunciamiento de nulidad de la estipulación contractual, pronunciamiento fundado en su carácter abusivo, el control de contenido o abusividad, opera desde la firma del contrato y determina la nulidad de la cláusula desde su origen. Y así lo establece la STS de 23-12-2015 cuando dice: "no obstante, conforma a la jurisprudencia del TJUE, el art. 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que se indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones en los términos del art.85.6 TRLGDCU".

Respecto del juicio de abusividad de las cláusulas de intereses moratorios debemos destacar las SSTs de 8 de septiembre y la de 22 de abril de 2015, esta última citada en la recurrida y base de su resolución. Y en la que establece que para decidir sobre la abusividad del interés de demora es preciso hacer una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del TJUE.

El TJUE ha declarado, para decidir si una cláusula es abusiva, que deben tenerse en cuenta las normas de derecho nacional aplicables cuando no exista un acuerdo en tal sentido. Y, en concreto respecto de la cláusula relativa a los intereses de demora, el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de este tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar qué es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que se persigue en el estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importantes entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo de 2013). Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor.

El umbral de la desproporción para determinar en cada caso si el interés de demora lo es, ya con anterioridad a la reforma del art. 114 de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 1/2013, que estableció cual era el criterio de referencia para apreciar la abusividad en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda familiar, venía siendo realizado por los Tribunales, siguiendo criterios similares a los tomados en cuenta por el Legislador en otros supuestos de morosidad legalmente determinados, entre los cuales están, los que se establecen cada año la Ley de Presupuestos, que añaden al respecto un punto o punto y medio sobre el tipo de interés legal, los procesales del art. 576.1 que establecen dos puntos por encima del interés legal o convencional, el art. 20 LCS respecto a la morosidad de las aseguradora que lo fijan en el tipo legal incrementado en un 50%, . Y, en todo caso, la que ha sido establecida por el TS a partir de su conocida sentencia de 22 de abril de 2015, reiterada en relación a los préstamos hipotecarios en la de Pleno de 23 de diciembre del mismo año y en la de 18 de febrero de 2016, convirtiéndose así en doctrina legal, que es la acogida en la recurrida, que considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, criterios todos ellos que en este caso supera el tipo pactado en el contrato litigioso.

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de aplicación de las normas nacionales antes dichas.

En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula, la STS 464/2015, recuerda que, conforme con la jurisprudencia del TJUE en interpretación del art. 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos



vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

La conclusión que se extrae de la jurisprudencia del TJUE, es que las consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse mediante los criterios establecidos, en el derecho español, en el art. 1258 del código civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, excepción que no concurre en el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

Por ello, la que se anula o suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo, pero no el interés remuneratorio que no está aquejado de abusividad, que en el presente caso no ha sido cuestionado por nadie ni tampoco por el consumidor que se aquietó con la resolución de instancia, y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, de modo que continuará devengándose hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

SÉPTIMO.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias, en virtud de lo dispuesto en los arts. 394.2 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimar en parte el recurso de apelación interpuesta por la entidad bancaria que conlleva la revocación parcial de la sentencia y la demanda interpuesta .

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Jañez Ramos en nombre y representación de BANKIA S.A. contra la sentencia dictada en fecha 23 de enero de 2018 por el Juzgado de Primera instancia Nº 3 de Avilés en los autos de juicio ordinario nº 330/2017, y manteniéndola en el resto de pronunciamientos, declaramos la nulidad parcial de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario otorgada por los litigantes el 29 de diciembre de 2006 condenando a Bankia S.A. al pago de la mitad de los aranceles notariales, los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la propiedad y la mitad de los gastos de gestoría. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha en que hubiesen sido satisfechos por el cliente como efecto directo del art. 1303 del Código civil , sin perjuicio de que sean sustituidos desde la fecha de la sentencia de primera instancia por los previstos en el art. 576 LEC .

Sin realizar expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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