



Roj: **SAP B 8373/2020 - ECLI:ES:APB:2020:8373**

Id Cendoj: **08019370152020101857**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **02/10/2020**

Nº de Recurso: **437/2020**

Nº de Resolución: **2047/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA PESQUEIRA CARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178153460

**Recurso de apelación 437/2020 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1868/2018**

Parte apelante: CAIXABANK SA

Procurador: Ramon Feixó Fernández-Vega

Abogado: Raimon Tagliavini Sansa

Parte apelada: Leon , María Inmaculada

Procurador: Javier Fraile Mena

Abogada: Nahikari Larrea Izaguirre

**Cuestiones.-** Nulidad de condiciones generales de la contratación. Cláusula de gastos a cargo de prestatario. Costas.

**SENTENCIA núm. 2047/2020**

**Composición del Tribunal:**

MANUEL DIAZ MUYOR

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a 2 de octubre de 2020

**Parte apelante:** Caixabank, S.A.

**Parte apelada:** Leon y María Inmaculada .

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 27 de febrero de 2019.

Parte demandante: Leon y María Inmaculada .

Parte demandada: Caixabank, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El tenor literal del fallo de la sentencia apelada es el siguiente:

" Que ESTIMO la demanda interpuesta por DON Leon y DOÑA María Inmaculada contra CAIXABANK S.A. y en consecuencia DECLARO la NULIDAD por abusiva de la CLÁUSULA OCTAVA, del **contrato de préstamo** hipotecario concertado en fecha 29 de abril de 2005 suscrita ante el/la Ilustre Notario D. JUAN MANUEL ALVAREZ CIENFUEGOS (protocolo 1624), en lo referente a gastos de notario, registro, tramitación e impuestos; y subsistiendo la vigencia del resto del **contrato**, en todo lo no afectado por la presente resolución, y en CONSECUENCIA CONDENO A LA PARTE DEMANDADA a abonar al actor la cantidad de SEISCIENTOS NUEVE EUROS CON DIECIOCHO CÉNTIMOS DE EURO (609,18 EUROS) así como a los intereses legales devengados desde el momento en el que se efectuó su pago, y los intereses del art. 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

*Díctese mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la Sentencia una vez alcance firmeza, en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la escritura de **PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA** con fecha 29 de abril de 2005 suscrita ante el Ilustre Notario D. JUAN MANUEL ALVAREZ CIENFUEGOS con número 1624 de su protocolo.*

*Con expresa condena en costas a la parte demandada".*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que se opuso al recurso, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 16 de septiembre de 2020.

Ponente: magistrada Marta Pesqueira Caro.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO. Términos en los que aparece contextualizado el conflicto en esta instancia.**

1. La parte actora ejercitó una acción de nulidad, por su carácter abusivo, de la cláusula de atribución de gastos a la parte prestataria incorporada como condición general de la contratación en la escritura de compraventa con subrogación de **préstamo** hipotecario de fecha 29 de abril de 2005. Solicitó también la devolución de las cantidades abonadas en su virtud más los intereses legales.
2. La entidad demandada defendió la validez de la citada cláusula oponiéndose al efecto restitutorio petitionado de contrario.
3. **La sentencia apelada estimó parcialmente la demanda. Declaró** la nulidad de la cláusula de atribución de gastos al prestatario, y condenó a la parte demandada al pago de la cantidad de 609, 18 euros, más los intereses legales; al tiempo que tuvo por desistida a la actora respecto de su pretensión de devolución de cantidades por razón del Impuesto de Actos jurídicos documentados, tasación y a la mitad del notario y gestoría, todo ello sin condena en costas.
4. El recurso de la parte demandada se centra en no ser posible declarar la nulidad de la cláusula de gastos respecto de una escritura de compraventa con subrogación en el **préstamo** hipotecario, insistiendo en su falta de legitimación pasiva al no haber intervenido en dicha operación, y oponiéndose a la condena en costas efectuada en la instancia.
5. La parte actora se opuso al recurso e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO. Sobre la nulidad de la cláusula de gastos.**

6. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en dos resoluciones distintas respecto del carácter abusivo de las cláusulas relativas a los gastos del **contrato de préstamo** hipotecario: (i) la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618), en el ámbito de una acción colectiva; y (ii) la Sentencia 1 4 7/2018, de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848), en el ámbito de una acción individual.
7. En la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, el TS justifica el carácter abusivo de la cláusula de gastos en que aparecía expresamente recogida en el listado de cláusulas que la Ley considera abusivas (la llamada lista negra), concretamente, en el artículo 89.3º del TRLGDCU. También alude a que la estipulación ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de



una negociación individualizada, lo que implica una remisión a la norma general sobre cláusulas abusivas del artículo 82.1 del RDL 1/2007 (artículo 3.1 de la Directiva 1393), que dice lo siguiente: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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**".

**8.** Las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo de 2018, insisten en esa misma idea y la desarrollan en relación con los efectos, esto es, analizan a qué concretos conceptos alcanza la declaración de nulidad. De todas esas sentencias del TS podemos deducir que el fundamento de la abusividad de la cláusula de gastos en la jurisprudencia del TS es doble:

(i) De una parte, porque se encuentra expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la Ley tipifica como abusivas, en concreto en las del artículo 89.3º TRLGDCU.

(ii) De otra, en la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLGDCU, al considerar el Tribunal Supremo que se trata de una cláusula que impone al consumidor todos los gastos de forma indiscriminada.

**9.** Aunque pueda ser objetable tal fundamento, al menos así se lo ha parecido a una parte de la sala, como puede verse en el voto particular formulado por dos de sus componentes a las primeras sentencias que dictamos en esta materia (a título de mero ejemplo puede verse nuestra Sentencia de 11 de julio de 2018 - ECLI:ES:APB:2018:6923- entre las que recogen los principales argumentos que han suscitado la atención de la Sala y el signo final de nuestra decisión mayoritaria favorable a declarar nula la cláusula en alguno de sus contenidos particulares), estimamos que hemos de partir de esa doctrina jurisprudencial conforme a la cual la cláusula contractual relativa a la atribución de los gastos al prestatario consumidor es nula por abusiva.

En el caso que nos ocupa, en la escritura que ha motivado la formación de la presente causa, que es de compraventa con subrogación hipotecaria de fecha 29 de abril de 2005, intervienen parte compradora, vendedora y la propia entidad bancaria, ésta última aceptando la subrogación. La cláusula de gastos contenida en la misma establece que todos los gastos de la escritura, incluidos los de cancelación de la hipoteca que se subroga, serán a cargo de la parte compradora. De ahí, que podamos concluir que pese a que interviene la entidad demandada en la escritura de **préstamo** hipotecario, ésta no ha redactado ni predispuesto las cláusulas contenidas en la misma, motivo por el cual, no puede ser condenada al pago de los gastos de notaría, registro ni gestoría. Ello conlleva la necesaria estimación del recurso de apelación formulado por Caixabank, S.A.

#### **TERCERO. Costas procesales.**

**10. Recurre la parte demandada la condena en costas efectuada en la instancia, alegando no hallarnos ante una estimación total de la demanda sino parcial.**

Efectivamente la estimación de la demanda en la instancia, tras la resolución del presente recurso de apelación, es parcial, que no sustancial, ni total, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha lugar a efectuar condena en costas, revocando así el pronunciamiento contenido en la sentencia.

#### **CUARTO. Costas procesales.**

**11.** En relación al recurso de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC, al estimarlo no ha lugar a efectuar condena en costas, ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir.

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Caixabank, S.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 50 de Barcelona, de fecha 27 de febrero de 2019, por lo que la modificamos en el sentido de dejar sin efecto la condena al pago de cantidad alguna por razón de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, y las costas de la instancia. Todo ello, sin costas en esta alzada, y ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer, recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.