



Roj: **SAP B 9726/2020 - ECLI:ES:APB:2020:9726**

Id Cendoj: **08019370152020102096**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **19/10/2020**

Nº de Recurso: **691/2020**

Nº de Resolución: **2228/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

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.: 0801942120178110048

**Recurso de apelación 691/2020 -3**

Materia: Juicio Ordinario

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

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 6512/2017**

Parte recurrente/Solicitante: BANKINTER S.A.

Procurador/a: Ana Maravillas Campos Perez-Manglano

Abogado/a:

Parte recurrida: Ezequiel , María Esther

Procurador/a: Josep Ramon Sero Flamarique

Abogado/a: ANA SOLA ARNAUDA

**Cuestiones:** nulidad de cláusula de gastos. Impuesto, arancel notario y arancel registro.

**SENTENCIA núm. 2228/2020**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a diecinueve de octubre de dos mil veinte.

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

**Parte apelada:** María Esther y Ezequiel .

**Resolución recurrida:** Sentencia.

**Objeto:** nulidad condiciones generales y acción de devolución de cantidades indebidamente percibidas.



- Fecha: 21 de enero de 2020.
- Parte demandante: María Esther y Ezequiel .
- Parte demandada: Bankinter, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por Dña. María Esther y D. Ezequiel y en consecuencia:

1) Declaro la nulidad por abusivas de las cláusulas de gastos de la escritura de fecha 4 de mayo de 2005, formalizada ante el Notario Sr. Blascos Maymó, con número 661 de su protocolo.

1) Condeno a la demandada a abonar al actor la cantidad de 633,99 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.

2) *No hago especial pronunciamiento en materia de costas*".

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Bankinter, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 14 de octubre pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. Juan F. Garnica Martín.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La parte actora, María Esther y Ezequiel , interpuso demanda contra Bankinter, S.A. solicitando la nulidad de la estipulación incluida en el **contrato** de **préstamo** hipotecario suscrito el 4 de mayo de 2005 relativa a los gastos del **contrato**. También solicitaba la condena a la demandada a reintegrarle la suma que afirmaba haber abonado indebidamente y que debía soportar la demandada.

2. Bankinter, S.A. se opuso a la demanda y, particularmente respecto de la cantidad reclamada en concepto de efectos de la nulidad de la cláusula de gastos por considerar que los gastos reclamados pesaban sobre los prestatarios y por considerar que se había producido un retraso desleal en el ejercicio de la acción.

3. La resolución recurrida estimó en parte la demanda y declaró nula la estipulación impugnada, y condenó a la demandada a la devolución de una parte de los conceptos reclamados.

4. El recurso de la demandada alega prescripción de la acción de restitución con fundamento en lo previsto en el art. 1964 CC y en el art. 121.21 del Codi Civil de Catalunya.

La parte actora se opuso al recurso argumentando que la alegación de prescripción es extemporánea, por cuanto debió haber sido alegada en la primera instancia.

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

5. 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 147/2018, de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848), en el ámbito de una acción individual.

6. 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 93/13), que dice lo siguiente: "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**".

7. 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.

**8.** 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.

### **TERCERO. Sobre los efectos derivados de la nulidad**

**9.** La jurisprudencia antes referida no establece un efecto automático de la nulidad de la cláusula (o cláusulas) de imputación de gastos que determine que deban ser soportados incondicionalmente por el predisponente. Por tanto, la condena al predisponente a retornar todos los gastos no es un efecto inherente a la nulidad sino que resulta obligado analizar en cada caso quién debe soportar cada uno de los conceptos sin tomar en consideración la cláusula anulada.

**10.** En las Sentencias del TS núm. 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas ellas de 23 de enero de 2019 y del Pleno, se ha establecido criterio por el Alto Tribunal en relación con la comisión de apertura y con los gastos notariales, registrales y de gestoría que resumidamente exponemos:

a) En cuanto al **Impuesto de Actos Jurídicos Documentados**, son de cargo del prestatario porque así resulta de la interpretación de la normativa tributaria hecha por la jurisprudencia de la Sala correspondiente del propio TS.

b) En cuanto a los **gastos notariales y de gestoría**, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.

c) Los **gastos registrales** deben ser soportados en su integridad por el Banco a cuyo favor se inscribió en el Registro la escritura de hipoteca.

d) **Gastos de tasación.** Deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito. Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del **préstamo** y acreditar que la garantía es suficiente. Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario, se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del **préstamo**.

**11. En cuanto a la contratación deseguro de daños**, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 descarta que se trate de una previsión desproporcionada o abusiva, por cuanto " *no 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 TRLGDCU, 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.* " No es posible, por tanto, su traslación al prestamista.

**12.** Haciendo aplicación en el caso de tales criterios, hemos de concluir que la resolución recurrida se ha atendido a tales conceptos.

### **CUARTO. Sobre la prescripción alegada en esta instancia.**

**13.** Tiene razón la recurrida que Bankinter no opuso la prescripción durante la primera instancia, momento en el que se limitó a oponer retraso desleal en el ejercicio de la acción, de forma que no podemos entrar en el examen de esa cuestión en esta instancia, atendido que constituye una cuestión nueva en la que no puede entrarse ( art. 456.1 LEC ).

**14.** Por lo demás, y dando respuesta a la alegación de retraso desleal, a la que no ha dado respuesta la resolución recurrida, hemos de decir que no tiene el menor fundamento. La parte ha reaccionado para pedir la nulidad, y la consiguiente restitución, cuando el estado de la cuestión en la jurisprudencia abrió esa



**posibilidad y con ello no causó a la demandada ningún perjuicio para que pudiera ejercitar adecuadamente sus derechos de defensa.**

**QUINTO. Costas.**

**15.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas, al haberse desestimado el recurso.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de fecha 21 de enero de 2020, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos con imposición a la recurrente de las costas del recurso y con pérdida del depósito constituido.

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

Remítanse los autos originales 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD