



Roj: **SAP MU 1802/2020 - ECLI:ES:APMU:2020:1802**

Id Cendoj: **30030370042020100778**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **01/10/2020**

Nº de Recurso: **1644/2019**

Nº de Resolución: **807/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN MARTINEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00807/2020

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 001

N.I.G. 30030 42 1 2017 0020055

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001644 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0002381 /2017

Recurrente: BANCO SABADELL SA

Procurador: CARLOS MARIO JIMENEZ MARTINEZ

Abogado: JOSÉ MANUEL ALBURQUERQUE BECERRA

Recurrido: Teofilo , Frida

Procurador: MARIA DE LA SOLEDAD GALAN REBOLLO, MARIA DE LA SOLEDAD GALAN REBOLLO

Abogado: LAURA SIMO FERNANDEZ, LAURA SIMO FERNANDEZ

Rollo Apelación Civil núm. 164419

SENTENCIA Nº 807/2020

Il'tmos. Sres.:

D. Carlos Moreno Millán Presidente

D. Juan Martínez Pérez

D. Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la Ciudad de Murcia, a uno de octubre de dos mil veinte.



Habiendo visto el rollo de apelación nº 1644/2019, dimanante del procedimiento ordinario nº 2381/2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en el que han sido partes actoras, y ahora apelados, D. Teofilo y Doña Frida, representados por la procuradora Doña María Soledad Galán Rebollo, y defendidos en instancia por la letrada Doña Laura Simó Fernández, y en esta alzada por la letrada Doña María Cristina Chacón Verdú, y como demandada, y ahora apelante, la entidad Banco Sabadell, S.A., representada por el procurador D. Carlos Mario Jiménez Martínez, y defendida por el letrado D. José Manuel Alburquerque Becerra.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, D. Juan Martínez Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 2381/2017, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en fecha 26 de junio de 2019 se dictó sentencia, en cuya parte dispositiva se acuerda: *"Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Doña María Soledad Galán Rebollo en nombre y representación de Don Teofilo y Doña Frida frente a Banco de Sabadell SA, se declara la nulidad de la cláusula quinta sobre gastos de la escritura de fecha 21 de diciembre de 2004 en la parte de la misma que impone al prestatario el pago de los gastos de notaría, registro, gestoría y tasación, gastos por reclamación extrajudicial y honorarios de letrado y derechos de procurador, y la nulidad de la estipulación sobre interés de demora inserta en la estipulación sexta de la misma escritura, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc, eliminando tales cláusulas y acordando respecto de la cláusula sobre interés de demora, la supresión del tipo de interés en ella establecido, y la continuación, llegado el caso, del devengo del interés remuneratorio desde la fecha de vencimiento hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada, condenando a la demandada a abonar a la parte actora la suma de SEISCIENTOS TRES EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (603,87) suma que devengará el correspondiente interés legal desde la fecha de los respectivos pagos, incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del artículo 576 de la Ley Procesal, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre las costas causadas en esta instancia".*

SEGUNDO.- Frente a la resolución antes referida se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la entidad Banco Sabadell, S.A., y teniéndose por interpuesto se acordó dar traslado a las demás partes para formular oposición o, en su caso, impugnación. La representación procesal de D. Teofilo y Doña Frida, dentro de plazo presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la resolución recurrida. Formalizado el anterior trámite se acordó remitir los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, y tras el correspondiente reparto, se formó el rollo de apelación nº 1644/2019, teniéndose por personadas, en calidad de apelante y apelada, a los antes designados. Remitidos los autos a la Sección IV de la Audiencia Provincial se dictó providencia en fecha 21 de septiembre de 2020, señalándose para la deliberación y votación el día 29 de septiembre de 2020.

CUARTO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco Sabadell, S.A., se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra estimando íntegramente los pedimentos aducidos en el escrito de contestación a la demanda. Se indica que la declaración de nulidad no puede comportar la obligación de restitución; que los gastos del préstamo hipotecario fueron detallados y especificados en su día a los prestatarios, no teniendo, éstos, problemas de comprensión, haciéndose mención a la documentación aportada con el escrito de contestación a la demanda. Se hacen alegaciones en cuanto a la restitución del importe de los gastos indicándose que son los prestatarios los interesados en la operación, haciéndose especial mención a los gastos de tasación; que quien elige la modalidad de préstamo debe acreditar la suficiencia de la garantía.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda, declarando, entre otros pronunciamientos, la nulidad de la cláusula de gastos inserta en la escritura de préstamo hipotecario de 21 de diciembre de 2004, con la condena a la entidad demandada a la cantidad de 603,87 € más los intereses desde la fecha de los respectivos pagos. Se indica <<por cuanto no existe prueba alguna en autos de la negociación individual e informada de las cláusulas impugnadas objeto de la presente litis (...)>>. Se declara la abusividad y nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario relativa a los gastos.

<<Sentado lo anterior, ha de señalarse que el actor para acreditar las sumas que afirma indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula gastos, ha aportado a las actuaciones diversas facturas que integran



el documento nº 2 de la demanda, y esta documental revela que con motivo de la suscripción de la escritura objeto de esta litis, la parte actora abonó en concepto de aranceles notariales la suma de 396,69 euros, en concepto de aranceles registrales la suma de 122,63 euros, en concepto de gestoría 125 euros y en concepto de tasación la suma de 220,40 euros. A la luz de esta doctrina jurisprudencial, ha de condenarse a la demandada a abonar a la actora la suma de 198,34 euros de aranceles notariales, 122,63 euros de aranceles registrales y 62,50 euros de gestoría. En relación a los gastos de tasación, (...) evidente resulta que esta pretensión de la actora debe prosperar, condenándose a la demandada a abonarle la suma que por tal concepto reclama ascendente a 220,40 euros, lo que eleva la suma a devolver por la demandada a los actores, a la cantidad de 603,87 euros, suma que devengará conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018>>.

TERCERO.- Para determinar si es nula o no la cláusula quinta establecida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 9 de septiembre de 2004, se deben tener en consideración las resoluciones judiciales que se citan a continuación. Y así la STS de 23 de diciembre de 2015 declara <<EL art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso>>.

La STS de fecha 15/3/2018 refiere <<CUARTO.-Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios

1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio , trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).



2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponibles también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación>>.

La sentencia del Pleno de esta Audiencia Provincial dictada en el rollo de apelación nº 996/2017, de fecha 19 de abril de 2018, declara "Dicha cláusula es nula por abusiva porque: Está impuesta por el profesional o empresario. No ha sido negociada (la carga de la prueba de que lo fue corresponde al profesional). No es equitativa al provocar un desequilibrio importante en los derechos del consumidor imponiéndole indiscriminadamente y sin distinción todos los gastos derivados del contrato".

La Sala acepta la nulidad de la cláusula quinta establecida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 9 de septiembre de 2004, pues considera que la misma constituye una condición general, que no ha sido negociada individualmente con los prestatarios, que concurre en éstos la condición de consumidores, circunstancia esta no cuestionada, y que la misma es abusiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del TRLGCU, así como de la doctrina fijada en la STS de 23 de diciembre de 2015 y 15/3/2018, al imponer a la prestataria el pago de todos los gastos derivados de la escritura de préstamo hipotecario, lo que origina un perjuicio importante en el consumidor, con un desequilibrio evidente en los derechos y obligaciones. Se acepta, pues, lo razonado en instancia en cuanto a la nulidad de la cláusula referida.

CUARTO.- Para resolver en cuanto a los gastos objeto de controversia se deben tener en cuenta las resoluciones que se citan a continuación.

Las SSTS números 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, del Pleno, todas de fecha 23 enero de 2019, refieren lo siguiente:

Gastos notariales <<1.-En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art.



517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.-Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés>>.

Gastos registrales <<1.-En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, 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».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.-Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.-En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto>>.

Gastos de gestoría <<1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad>>.

La sentencia del Pleno de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial dictada en el rollo de apelación nº 996/2017, de fecha 19 de abril de 2018, declara "(...). Los de tasación deberán ser atendidos por el prestamista al no existir norma de Derecho nacional que determine quién debe abonarlos".

La sentencia recurrida condena a la demandada a la cantidad de 597,25 €, correspondiente a gastos notariales, por importe de 197,97 € (50% de 395,95 €); 190,38 € por gastos registrales; por gastos de gestoría 62,5 € (50% de 125,00€) y 146,40 € por gastos de tasación.

De acuerdo con las resoluciones antes referidas se desestima el recurso de apelación, ya que las cantidades concedidas en instancia, y que se mencionan en el fundamento segundo de la presente resolución, se ajustan



a los criterios establecidos en las mismas, relativos a quién debe responder de los gastos y en qué porcentaje en el caso de los gastos notariales y de gestaría.

Procede, pues, desestimar el recurso de apelación de conformidad con lo sostenido en el escrito de oposición al recurso formulado por la representación procesal de D. Teofilo y Doña Frida .

QUINTO.- Procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante al desestimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 LEC, y ello en tanto que no concurren dudas de hecho y de derecho que justifiquen otro pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos Mario Jiménez Martínez en nombre y representación de la entidad Banco Sabadell, S.A., debemos de **confirmar y confirmamos** la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en fecha 26 de junio de 2019, en los autos de procedimiento ordinario nº 2381/2017, con la imposición expresa de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante. Dése al depósito el destino legal al haber sido desestimado el recurso de apelación.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.