



Roj: **SAP O 281/2018 - ECLI:ES:APO:2018:281**

Id Cendoj: **33044370012018100034**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2018**

Nº de Recurso: **462/2017**

Nº de Resolución: **34/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **GUILLERMO SACRISTAN REPRESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OVIEDO

SENTENCIA: 00034/2018

N10250

COMANDANTE CABALLERO Nº 3 - 3º 33005 OVIEDO

-

Tfno.: 985968730/29/28 Fax: 985968731

JCG

N.I.G. 33044 42 1 2017 0005258

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000462 /2017

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000614 /2017

Recurrente: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SAU

Procurador: PILAR ORIA RODRIGUEZ

Abogado:

Recurrido: Montserrat

Procurador: FERNANDO LOPEZ GONZALEZ

Abogado: DAVID GONZALEZ LABRADOR

SENTENCIA nº 34/18

RECURSO APELACION 462/17

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Oviedo, a dos de febrero de dos mil dieciocho.



VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 614 /2017, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 462 /2017, en los que aparece como parte apelante BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA SAU, representado por la Procuradora PILAR ORIA RODRIGUEZ, asistido por la Abogada MONICA RECHE CASTILLO , y como parte apelada Montserrat representada por el Procurador FERNANDO LOPEZ GONZALEZ, asistida por el Abogado DAVID GONZALEZ LABRADOR, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 6 de octubre de 2017 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Fernando López González, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusiva de las cláusula contenida en la escritura hipotecaria objeto de la presente litis, que imponían a la actora el pago de los honorarios de Notario, Registro, Gestoría y comisión de apertura, debiendo en consecuencia la entidad demandada abonar a la misma la cantidad de 2.044,32 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de pago de cada factura y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC .

2.- Se condena a la entidad demandad al pago de las costas procesales."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 1 de febrero de 2018.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la sentencia dictada en este procedimiento, que acoge la demanda de d^a Montserrat frente a la mercantil BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U., la entidad condenada.

Son motivos de su impugnación el error en la valoración de la prueba y en la aplicación de la normativa y legislación aplicable a las cuestiones que se discuten, sosteniendo que dichas normas no imponen a las entidades financieras cubrir tales gastos, y termina citando una serie de sentencias del Tribunal Supremo en apoyo de sus argumentos.

SEGUNDO.- Debe partirse de que dos son las cláusulas que la sentencia declara nulas por abusivas, lo que conduce a la condena a reintegrar las cantidades que la actora debió pagar en virtud de su aplicación. Dichas cláusulas son la cuarta y la quinta del contrato de préstamo hipotecario firmado el 20 de noviembre de 2.012. La primera relativa a una comisión de apertura y la segunda sobre gastos a cargo de la prestataria, entre los que se reclaman los notariales, de Registro de la Propiedad y de gestoría por trámites realizados por la constitución del préstamo.

La sentencia parte de la base de la dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015 en la que trataba con amplitud todas estas cuestiones, excepto lo relativo a gastos de gestoría, reproduciendo algunos de sus párrafos más significativos para pasar inmediatamente al análisis de la literalidad de ambas cláusulas concluyendo que los términos de redacción que emplea la escritura conduce a su consideración como abusivas al no permitir reciprocidad en la distribución de tales gastos, haciendo recaer la totalidad en forma plenamente generalizadora sobre el hipotecante lo que impide realizar una distribución equitativa como también ponía de relieve dicha resolución; en cuanto a la comisión de apertura señala que se desconoce qué servicio es el que pretende cobrarse con aquella cantidad única que alcanza 75952 € que no solo no se individualiza sino que ni siquiera se explica por qué debe ser abonado al margen de las restantes condiciones financieras, sin que la referencia a "gastos inherentes a la actividad de la empresa" impida afirmar lo evanescente de la identificación del gasto.

TERCERO.- Comenzando por la cláusula cuarta, la relativa a la comisión de apertura su literalidad es la siguiente: "Comisión de apertura. El prestatario abonará en concepto de comisión de apertura, SETECIENTOS



CINCUENTA Y NUEVE EUROS, CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (75952) por una sola vez, cuya comisión se liquidará y percibirá por la Entidad acreedora en el momento de formalizar la operación".

Esta Sección, al igual que las restantes Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Asturias ha declarado ya la nulidad de cláusulas de esta naturaleza con argumentos como los siguientes: Si bien es cierto que son aplicables a las operaciones de las entidades bancarias con sus clientes la Ley 26/1.988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1.989, la Circular del Banco de España 8/1.990 de 7 de septiembre, la Orden EHA 1608/2.010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que ha sido desarrollada en aspectos importantes que afectan a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2.012, del Banco de España de 27 de junio, no lo es menos que tal normativa reseña que "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que estas fijen libremente"; ahora bien, añade a renglón seguido: "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". Ni que decir tiene que una comisión por apertura no obedece a servicio alguno, lo que supone que carece de justificación. Entre sentencias de esta Audiencia que han declarado la nulidad de este tipo de cláusulas que puedan citarse la de la Sección 5ª fechada el 17 de julio de 2.015 , de la Sección 6ª de 10 de febrero de 2.017 , o de esta misma Sección de 10 de octubre de 2.017 .

Debe rechazarse el recurso en lo que se refiere a la comisión de apertura, y mantener la condena a la entidad demandada para pagar a la actora la cantidad de 75952 €.

CUARTO.- Con relación a la cláusula quinta, su redacción por lo que interesa en estos momentos es la siguiente: "GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO ... En consecuencia, serán de cuenta y cargo del prestatario los gastos ya devengados y que puedan devengarse en el futuro por los siguientes conceptos: ... b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, comprendidos los de la primera copia de la presente escritura, expedida para la Entidad prestamista ...d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos". En la demanda se reclama la devolución de las siguientes cuantías abonadas ya por la prestataria: 42742 € de Notaría; 13138 € de Registro de la Propiedad; y 726 € de gestoría.

Como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015 : "... 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)". Debe tenerse en cuenta la forma genérica que utiliza la literalidad de la cláusula para llevar al prestatario a tener que asumir la totalidad de dichos gastos y es precisamente la circunstancia relativa a que se trata de una condición general del contrato impuesta por el prestamista en la que, por lógica, estuvo ausente cualquier clase de negociación, lo que debe conducir a su nulidad por abusiva así como a la condena a reintegrar al prestatario las cantidades que hubo de pagar la actora tanto en la Notaría como en el Registro de la Propiedad, pudiendo señalarse el apartado el apartado 62 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 21 de diciembre de 2.016 que dice: "De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes", sin diferenciar si tales pagos fueron hechos a la entidad que contrató con el consumidor o que debió realizar este a otras entidades como la Notaría o el Registro.

QUINTO.- En cuanto a los abonos a la gestoría, también esta Sección así como otras de la Audiencia Provincial de Asturias también ha sido cuestión resuelta en otra serie de sentencias considerando su abusividad al haber sido una imposición de la entidad financiera y prestamista. Debe señalarse que en el caso que se examina la entidad no se ha defendido como en otros supuestos diciendo que fue el prestatario quien tenía elegida la gestoría para que realizara las gestiones correspondientes en el marco del préstamo hipotecario concedido. A



partir de esta ausencia, debe decirse que se trata de la imposición de tal contratación de los servicios de una gestoría por el prestamista, al decir en la demanda que no fue decisión de la actora realizar tal contratación, lo que se presenta como innecesario, suponiendo obligar a un servicio accesorio que no consta solicitado por el consumidor en los términos del artículo 89. 4 de la LGDCU . Ahora bien, si es indudable que no existió voluntariedad de la prestataria en delegar en una agencia dichos trámites, lo que es lo mismo, se trató de una imposición de la prestamista de un nuevo requisito dentro de una de las condiciones generales de la contratación que, como tal, ni se negoció ni se permitió modificar. Bien es cierto que podría haber rechazado la demandada tal imposición, ahora bien en ese caso no puede olvidarse que el artículo 82. 2, párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios sobre la negociación individualizada de las cláusulas en contratos suscritos con consumidores hace recaer la prueba sobre la parte que no tiene esta cualidad, es decir en el caso presente sobre la entidad financiera que concedió el préstamo, y tal prueba brilla por su ausencia.

En consecuencia, debe también condenarse al reintegro a la actora de la cantidad que debió pagar a la gestoría por importe de 726 €.

SEXTO.- La desestimación del recurso supone la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia dictada en los autos de los que el presente recurso dimana, que se **CONFIRMA** en todos sus extremos, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Dese el desti **no** legal al depósito constituido para recurrir.

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