



Roj: **SAP BU 149/2018 - ECLI:ES:APBU:2018:149**

Id Cendoj: **09059370032018100053**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **05/03/2018**

Nº de Recurso: **61/2018**

Nº de Resolución: **70/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE IGNACIO MELGOSA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00070/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio: PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf: 947259950 - Fax: 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2017 0004602

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2018

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS

Procedimiento de origen : OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000567 /2017

RECURRENTE: Justino

Procuradora: CLAUDIA VILLANUEVA MARTINEZ

Abogado: BENEDICTO GUTIERREZ PEÑA

RECURRIDO: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA .

Procuradora: MARIA ELENA COBO DE GUZMAN PISON

Abogado: MARIA JOSÉ COSMEA RODRIGUEZ

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **Dª MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 70.

En Burgos, a cinco de marzo de dos mil dieciocho.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 61 de 2.018, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 567/17, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos, el Recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2.017, sobre nulidad cláusula contractual (gastos hipotecarios), en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelante, **D. Justino**, representado por la Procuradora Dª Claudia Villanueva Martínez y defendido por el Letrado D. Benedicto Gutiérrez Peña; y, como demandada-apelada, la mercantil "**BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**", representada por la Procuradora Dª María Elena Cobo de Guzmán Pison y defendida por la



Letrada D^a María José Cosmea Rodríguez. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Claudia Villanueva Martínez en nombre y representación de D. Justino contra BBVA S.A, y en consecuencia: 1º Declaro la *nulidad parcial* de la CLÁUSULA QUINTA "Gastos" del contrato de préstamo hipotecario otorgado el 17 de noviembre de 2015, por las partes ante notario del Ilustre Colegio de Notarios D. Fernando Puente de la Fuente, al número 1.576 de su protocolo, que repercute de forma genérica y exclusiva a cargo del prestatario todos los gastos originados en la formalización del préstamo hipotecario. Declaro conforme a derecho el inciso de la cláusula quinta " *a excepción de las costas judiciales cuyo pago será de quien determinen los jueces y tribunales en el correspondiente procedimiento* ". 2º Condeno a la demandada a restituir a la parte demandante la cantidad de MIL NOVENTA Y NUEVE EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS (1.099,90 €) correspondiente a la mitad de los gastos notariales, mitad de los gastos de gestoría y los gastos registrales, más los intereses legales desde la fecha en que se pagaron dichas cantidades. 3º Declaro la nulidad de la CLÁUSULA SEXTA "Interés moratorio", del contrato de préstamo hipotecario otorgado el 17 de noviembre de 2015, por las partes ante notario del Ilustre Colegio de Notarios D. Fernando Puente de la Fuente, al número 1.576 de su protocolo debiendo la demandada estar y pasar por la anterior declaración, eliminando dicha cláusula del contrato. 4º Sin pronunciamiento en costas".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal del demandante se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 27 de febrero de 2.018, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la representación procesal del demandante se promovió juicio ordinario contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA" ejercitando acción individual de nulidad por abusiva de condición general de la contratación, y en concreto en relación con el contrato de préstamo hipotecario para adquirir la vivienda habitual del actor se solicitó la nulidad de la cláusula inserta en la escritura de préstamo que imponía todos los gastos derivados de tal escritura y de su inscripción, incluido el impuesto, a la parte prestataria, solicitando por ello la condena al banco demandado a abonar al actor todos los gastos abonados por ésta (notaria, registro, gestoría y tasación) con más los intereses legales devengados por las cantidades desde la fecha de su abono. El banco demandado se opuso a tal demanda y la sentencia de instancia la estimó parcialmente, declarando nula la cláusula de gastos por abusiva, y condenando al banco demandado a abonar al actor la mitad de los gastos notariales y de gestoría, y la totalidad de los gastos del registrador, a la vez que desestima la pretensión de reclamación de los gastos de tasación por considerar que corresponde su abono al prestatario. Y contra tal sentencia se alza el prestatario demandante que se interpone recurso de apelación solicitando su revocación parcial a fin que se dicte otra que estime la demanda en su integridad con condena al banco a abonar la totalidad de los gastos reclamados, fundando el recurso en que siendo nula por abusiva la cláusula de gastos no procede moderar o limitar los efectos de la nulidad y por ello corresponde al banco abonar al actor todos los gastos que éste tuvo que sufragar por aplicación de tal cláusula, y que en todo caso los gastos reclamados deben ser abonados por el banco por ser éste el interesado en el otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción para constituir la hipoteca que garantiza el crédito concedido. El banco demandado se opuso al recurso y solicitó su desestimación con confirmación de la sentencia de instancia.

Segundo. - No habiendo el banco demandado formulado recurso de apelación ni impugnación de la sentencia de instancia, ha devenido firme el pronunciamiento que declara la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en la escritura del préstamo hipotecario por la que se imponen al prestatario todos los gastos derivados de su



otorgamiento e inscripción en el registro. El presente recurso se circunscribe por ello a determinar los efectos jurídicos de tal nulidad y en concreto a determinar si el prestatario demandante puede reclamar al banco todos los gastos señalados en la demanda (gastos de notario, registro, gestoría y tasación) o solo los que se conceden en la sentencia (totalidad de los gastos de registro, y mitad de los gastos de notaría y gestoría, con exclusión de los gastos de tasación).

Funda el actor su recurso en la doctrina sentada tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por la Sala Primera del Tribunal Supremo que las consecuencias de declarar abusiva una cláusula no negociada inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor o usuario es nula de pleno derecho, se tiene por no puesta y los efectos jurídicos de tal nulidad no pueden moderarse o limitarse, pues la cláusula no es vinculante para consumidor y debe ser expulsada del contrato, debiendo ser ello a su vez un incentivo para que el profesional no vuelva a imponer las cláusula abusiva en otros contratos. Tal doctrina es cierta, y en tal sentido la jurisprudencia del referido Tribunal europeo en Sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013, señala una cláusula abusiva debe suprimirse del contrato, sin que queda su integración, y por ello la moderación de la cláusula, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato y la integración opere en el beneficio del consumidor, cual no es el caso presente en que, como es obvio, el contrato puede seguir subsistiendo sin la cláusula discutida. En definitiva tal como tienen dicho nuestro Tribunal Supremo la cláusula declara abusiva es nula de pleno derecho, siendo tal nulidad susceptible incluso de ser apreciada de oficio, y como tal debe tenerse por no puesta, quedando excluida del contrato, no siendo por ello vinculante para el consumidor y no produciendo efecto jurídico alguno, debiendo restituirse al consumidor a quien se ha impuesto la cláusula abusiva a la situación fáctica y jurídica que tendría de no haber sido impuesta la cláusula.

Ahora bien, de la doctrina anterior no debe extraerse la consecuencia jurídica que pretende el prestatario demandante, en el sentido que la nulidad de la cláusula de gastos debe conllevar la consecuencia jurídica inexorable de abonarse al mismo todos los gastos que tuvo que pagar por razón de la misma. Y ello no es así porque en el caso de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos concurre la peculiaridad que tales gastos no se han abonado al banco prestamista sino a terceros que han girado la correspondiente factura (en el presente caso la notaría, el registro de la propiedad, la gestoría y la sociedad de tasación), por lo cual el abono de tales gastos por el banco no puede ser consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil sólo los efectos jurídicos de la nulidad de un contrato, dado que al no haber recibido el banco tales gastos no tiene la obligación de restituirles con sus intereses legales, como así ocurre con todas las cantidades que se perciben por razón de un contrato nulo. En tal sentido nos pronunciábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, en la que citábamos sobre tal particular la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava nº 501/2017, de 17 de noviembre (Ponente don Iñigo Elizburu Aguirre). Ahora bien, como señalábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, la nulidad por abusiva implica restituir al consumidor prestatario a quien se ha impuesto tal cláusula a la situación fáctica y jurídica que tendría de no existir tal cláusula, que como hemos dicho debe considerarse no puesta y expulsada del contrato, y en tal sentido debe considerarse que en virtud de la misma abonó gastos que no le correspondía haber pagado, pues era gastos no debidos para el mismo y que debían haber sido pagados por el banco prestamista, con lo cual se ha producido una situación en enriquecimiento injusto por pago indebido, y ello en el sentido que el pago del gasto que no corresponde pagar al prestatario por ser de cargo del banco prestamista supone un desplazamiento patrimonial que empobrece al prestatario que lo realiza de forma no debida y que correlativamente enriquece al banco que se ve liberado de realizar un pago que tenía la carga de realizar, y ello sin que exista causa que legitime o sirva de título al desplazamiento patrimonial que implica el pago, dado que la cláusula de gastos que en un principio justificó tal pago ha sido declarada nula por abusiva y por ello se tiene por no puesta. Tal argumentación, permite reclamar al banco prestamista el abono de las cantidades pagadas por el prestatario cuando tales cantidades no eran debidas para el mismo y lo eran para el banco, pero no permite la reclamación de los gastos que si eran debidos para el prestatario, es decir los gastos que el prestatario tenía la obligación de pagar al margen de la cláusula de gastos, o dicho de otra forma lo gastos que hubiera pagado de no haber existido la cláusula de gastos.

Por lo expuesto procede establecer que gastos no corresponde abonar al prestatario, o que gastos le corresponde abonar sólo en parte, y ello en consideración de tres parámetros: primero, la normativa sectorial que regula de forma específica el gastos y establece quien debe afrontarlo; segundo, la parte que por verse favorecida por el mismo tiene interés directo en su realización, y tercero el principio de reciprocidad de intereses, en favor del cual deben resolverse las dudas interpretativas en los contratos onerosos, según dispone el art. 1.289 del Código Civil, teniendo asimismo en consideración lo dispuesto en art. 1.138 del CC para el caso de obligaciones en que existan dos o más deudores, en el sentido que la deuda se entenderá dividida en tantas partes iguales como deudores haya. Tal cuestión la abordamos en el siguiente fundamento de Derecho atendiendo a los gastos concretos que se discuten.

Tercero. -

**Gastos notariales.**

El Arancel de los Notarios está regulado por el Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, que en su regla sexta señala: "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de las funciones o servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente".

No consta que una de las dos partes haya requerido de forma exclusiva los servicios del Notario que autorizó la escritura, y el hecho que ésta se otorgase según minuta aportada por la entidad financiera no implica que ésta sea quien requiere en exclusiva la intervención notarial, siendo perfectamente posible que ambas partes soliciten la intervención del Notario para redactar una escritura conformada por las condiciones generales de la contratación predispuestas por el banco prestamista. Entra por ello en juego la regla del interesado en el otorgamiento de la escritura notarial que formaliza el préstamo hipotecario, y aquí hemos de señalar que ambas partes están interesadas en su otorgamiento, la entidad financiera en cuanto que con la misma obtiene un título ejecutivo que unido a su inscripción la permite acudir a un procedimiento especial de ejecución en caso de impago del préstamo, y el prestatario en cuanto que con la misma puede obtener un préstamo hipotecario con el cual conseguir financiación para comprar su vivienda habitual, siendo obvio por otra parte que en con el préstamo hipotecario los intereses remuneratorios a pagar son más bajos que un préstamo personal que no precisa del otorgamiento de escritura. Por ello rige el principio de reciprocidad de intereses y ambas partes deben quedar obligadas a pagar por su mitad la minuta del Notario que autoriza la escritura del préstamo hipotecario, y ello conforme lo dispuesto en los arts. 1.289 y 1.138 del CC . Este es el criterio seguido por la juzgadora de instancia y por la mayoría de las Audiencias que se han pronunciado sobre el tema.

Gastos registrales.

El Arancel de los Registradores de la Propiedad aparece regulado por el Real Decreto 1.427/1989, de 17 de noviembre, que en su regla octava señala que: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a las personas que hayan presentado el documento..."

Pues bien, la hipoteca en cuanto derecho real o gravamen que garantiza el préstamo concedido se inscribe a favor de la entidad financiera que concede el préstamo como prestamista y es por ello acreedora con la garantía de la hipoteca, siendo a su vez la principal interesada en tal inscripción con la cual queda garantizado su crédito, pues la inscripción de una hipoteca tiene carácter constitutivo, y su existencia y vigencia es requisito imprescindible para iniciar un procedimiento especial de ejecución hipotecaria contra el deudor moroso que ha incumplido el préstamo. No obstante, hemos de señalar que la hipoteca también favorece e interesa al prestatario, pues gracias al gravamen que representa y que garantiza el cumplimiento del préstamo, el prestatario tiene la opción de obtener financiación para adquirir su vivienda, y sin la misma, ora no tendría acceso a tal financiación ora el préstamo personal que se le concedería tendría un interés más elevado, pues como es sabido sin hipoteca hay mayor riesgo y a mayor riesgo el interés a pagar aumenta, por lo cual no sería abusiva una cláusula que repartiéndose por partes iguales el pago de los gastos registrales. No obstante, ello, siendo nula por genérica y omnicompreensiva la cláusula que impone al prestatario todos los gastos derivados del préstamo, en aplicación del Arancel de Registrador los gastos registrales por la inscripción de la hipoteca deben imponerse al banco acreedor en favor del cual se ha inscrito, debiéndose por ello confirmar el criterio de la juzgadora de instancia.

Gastos de gestoría . -

Al ser prestados por una empresa privada no existe normativa que los regule, correspondiendo su pago a quien contrata los servicios de la misma, debiendo presumirse que es la entidad financiera por ser la primera interesada en que se gestione tanto la liquidación del correspondiente impuesto y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo señalarse que estamos ante un servicio privado que no es necesario, pudiendo el prestatario asumir personalmente tales tareas de gestión, que no implican gran complejidad como para requerir los servicios de un profesional , o contratar tales servicios con una gestoría de su elección, que puede cobrar honorarios menores, debiendo por lo dicho considerarse que estamos ante la imposición al consumidor de un servicio complementario o accesorio no solicitado por el mismo, y que como tal está contemplada por el art. 89-4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 como cláusula abusiva. En este extremo la sentencia de instancia condena al banco demandado a abonar la mitad de los gastos de gestoría, y por ello debe darse la razón al prestatario apelante, y con revocación parcial de la sentencia de instancia condenarse al banco demandado a abonar la totalidad de los gastos de gestoría reclamados, esto es 781,66 euros.

Gastos de tasación de la finca que se hipoteca. -



La juzgadora de instancia considera que tales gastos son de cuenta exclusiva del prestatario, por lo cual desestima la reclamación que de los mismos se hace al banco. No compartimos tal criterio y tal como adelantábamos en la Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, tales gastos, al igual que sucede con los gastos de notaría, deben ser compartidos por igual por el prestatario y el banco prestamista, y ello atendiendo tanto al criterio de reciprocidad, como al interés que tienen ambas partes en tal tasación, el prestamista por cuanto que la tasación de la finca que va a hipotecarse sirviendo de garantía del préstamo le permite solicitar y acceder al mismo, y el banco prestamista por cuanto que está interesado en garantizar el crédito que concede con la hipoteca y por ello en la tasación de la finca hipotecada dado que ello es un requisito necesario para constituir la hipoteca, dado que debe figurar en la misma el importe por el cual se ha tasado. Debe por ello estimarse en este punto el recurso de apelación y condenarse al banco demandado al pago de la mitad de los gastos de tasación, esto es 205,7 euros (411,40 euros/2).

Cuarto. - La estimación parcial del recurso de apelación conlleva que no se impongan las costas procesales generadas en segunda instancia por tal recurso (art. 398-2 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S. M. el Rey de España, administrando la justicia que emana del pueblo español y ejercitando la potestad jurisdiccional que la Constitución y las leyes confiere a este tribunal

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Justino contra la Sentencia nº 296/17, de 15 de noviembre dictada en Autos del Juicio Ordinario nº 567/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos promovidos por la citada representación procesal contra el "Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." y, en su consecuencia, revocar parcialmente tal sentencia en el sentido de condenar al banco demandado a abonar al actor la suma de 1,696,43 euros de principal (402,66 euros por la mitad de los gastos de notaría, 306,41 euros por el total de gastos de registro, 781,66 euros por el total de gastos de gestoría, y 205,7 euros por la mitad de los gastos de tasación), con más los intereses legales devengados desde la fecha del abono de las cantidades, confirmado el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida; todo ello sin imposición de las costas procesales generadas en la segunda instancia por el recurso interpuesto.

La estimación parcial del recurso de apelación conlleva la devolución al apelante del depósito para recurrir previsto en la disposición adicional 15ª de la L.O.P.J .

Notifíquese esta Sentencia a las partes con la advertencia que no es firme y que contra la misma cabe interponer en el plazo de veinte días desde su notificación y mediante escrito presentado en este Tribunal recurso extraordinario por infracción procesal y /o de casación, cuyo conocimiento y resolución corresponderá a la Sala Civil del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, no notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.