



Roj: **SAP O 1447/2018 - ECLI:ES:APO:2018:1447**

Id Cendoj: **33024370072018100203**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **30/04/2018**

Nº de Recurso: **13/2018**

Nº de Resolución: **209/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MANUEL TERAN LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00209/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN N.º 7 de GIJÓN

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

MG

N.I.G. 33024 42 1 2017 0003997

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000013 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON

Procedimiento de origen: ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000394 /2017

Recurrente: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A.

Procurador: CONCEPCIÓN INES UCHA TOME

Abogado: ELENA VALERO GALAZ

Recurrido: Elsa

Procurador: FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VIÑES

Abogado: ARTURO GONZALEZ GONZALEZ DE MESA

SENTENCIA N.º 209/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

PRESIDENTE : D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

D. PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN

En GIJON, a treinta de abril de dos mil dieciocho

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000394 /2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000013 /2018, en los



que aparece como parte apelante, UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A., entidad representada por la Procuradora de los tribunales, Sr./a. D.ª CONCEPCIÓN INES UCHA TOME, asistida por la Abogado D.ª ELENA VALERO GALAZ, y como parte apelada, Elsa , representada por el Procurador de los tribunales, Sr./a. D. FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VIÑES, asistida por el Abogado D. ARTURO GONZALEZ GONZALEZ DE MESA, siendo el **Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Dos, de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador D. Francisco Javier Rodríguez Viñes, en nombre y representación de Dª Elsa contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., debo declarar y declaro:*

1º.- la nulidad de apartado referente a la comisión de apertura, recogida en la cláusula cuarta de las cláusulas financieras de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de junio de 2006, suscrito entre las partes, condenando a la demandada a reintegrar a la actora la suma de 2.808,00 €, satisfecha por este concepto, con los intereses legales devengados desde la fecha de cobro, que desde sentencia serán los del artículo 576 de LEC .

2º.- la nulidad de la cláusula quinta recogida en las cláusulas financieras referente a los gastos a cargo del prestataria, en tanto incluye gastos relativos a los aranceles notariales y registrales y gastos de gestión de la constitución e inscripción de la hipoteca, condenando a la demandada a que reintegrar a la actora la suma de 860,07 euros, que se verá incrementada con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, que desde sentencia serán los del artículo 576 de LEC .

3º.- Sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento ."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia/Auto a las partes, por la representación de "UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A." se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 13 de marzo de 2018.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda formulada por la representación de D.ª Elsa frente a la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., declarando la nulidad de apartado referente a la comisión de apertura, recogida en la cláusula cuarta de las cláusulas financieras de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de junio de 2006, suscrito entre las partes, condenando a la demandada a reintegrar a la actora la suma de 2.808 euros, satisfecha por este concepto con los intereses legales devengados desde la fecha de cobro y la nulidad de la cláusula quinta recogida en las cláusulas financieras referente a los gastos a cargo del prestataria, en tanto incluye gastos relativos a los aranceles notariales y registrales y gastos de gestión de la constitución e inscripción de la hipoteca, condenando a la demandada a que reintegre a la actora la suma de 860,07 euros, que se verá incrementada con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, que desde sentencia serán los del artículo 576 de LEC ; sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a dicha resolución se interpone el presente recurso por la representación de la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., alegando la validez de las comisiones establecidas en la cláusula cuarta a) del préstamo, por ausencia de abusividad; exclusión del control de abusividad; ausencia de desequilibrio; cumplimiento del control de inclusión y transparencia de las comisiones así como cumplimiento de los requisitos de contenido exigidos por la normativa; y por otra parte en relación a la nulidad de la cláusula quinta del préstamo, donde se relacionan los gastos a cargo de la parte prestataria; la misma cumple los requisitos de inclusión y transparencia; no debe considerarse abusiva; se especifican claramente los gastos que asume el prestatario, cuestiona los impuestos, aranceles notariales y registrales y por último señala que establece erróneamente el importe abonado como consecuencia de aplicar la cláusula de gastos.-

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la comisión de apertura señala la recurrente la validez de las comisiones establecidas en la cláusula cuarta a) del préstamo, por ausencia de abusividad; exclusión del control de abusividad; ausencia de desequilibrio; cumplimiento del control de inclusión y transparencia de las comisiones así como cumplimiento de los requisitos de contenido exigidos por la normativa.



Esta cuestión fue analizada detenidamente en nuestra Sentencia de 2 de febrero de 2018, en la que señalamos que ciertamente existe previsión legal sobre la comisión de apertura en los contratos de préstamo y, en particular, en los de préstamo con garantía hipotecaria, y así la Circular del Banco de España número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su Norma tercera, 1.-bis b) que en los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, la comisión de apertura se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo. Se repite la referencia a la comisión de apertura en la norma octava, 4.c). En el anexo de la Orden Ministerial de 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios (vigente en la fecha del préstamo hipotecario litigioso) se contienen también menciones a la comisión de apertura. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, regula la comisión de apertura para préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas en su art. 5-2-b) en términos muy similares a la norma tercera 1. bis b) de la Circular del Banco de España anteriormente transcrito: (...) se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito (...). Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito". No obstante, el art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ciertamente en este caso posterior a la fecha de la escritura, dice que las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En la misma línea, la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, con respecto a dicha normativa reseña que "*Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente*", añadiendo después que "*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...*".

Por lo tanto, no existe ninguna duda sobre la legalidad de dicha comisión y de la posibilidad de repercutir dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten (tal como esta Audiencia ha venido sosteniendo, así sentencias de la Sección 6ª de 2 de junio de o 27 de octubre de 2017, o de la Sección 5ª en las de 14 de septiembre y 25 de mayo de 2017, aunque ciertamente en la anterior de 21 de marzo del mismo año no contempló dicha nulidad).

En el caso no analizamos la cuestión desde la perspectiva del control de incorporación ni de transparencia, por lo que la insistencia del recurso sobre la inclusión de la cláusula en las negociaciones previas u oferta vinculante, sobre la claridad de su redacción, resultan irrelevantes para controlar la abusividad de su contenido. El objeto del proceso radica en determinar si la cláusula causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y, por ello, debe ser declarada abusiva.

La tesis de que la cláusula ha sido objeto de negociación individual, no impediría que la misma no estuviese sometida al control de abusividad; ya que la cláusula abusiva se define por el propio sistema seguido en el procedimiento contractual, y si se trata de cláusulas predispuestas e impuestas al consumidor, parte más débil de la relación jurídica, correspondería al prestamista que alega la existencia de un efectivo acuerdo de voluntades, la prueba de tal hecho, que no cabe apreciar en el presente supuesto. Es más el hecho de que se incorporara la cláusula a la oferta vinculante no es índice de que fuera objeto de negociación individual, sino más bien al contrario.

A juicio de la Sala ello no justifica el cobro de dicha comisión. La recepción de la solicitud de préstamo, el estudio propiamente dicho de solvencia son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente, ni por ello cabe su retribución. La apertura es un trámite sin el cual el préstamo no se puede conceder, el cual, y además por exigencia legal (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en su art. 29), determina que la entidad financiera deba realizar estudios de solvencia del cliente, el recurrente pretende así justificar el devengo de la comisión en el uso de recursos materiales y humanos puestos a disposición del cliente, mas esta es una actividad inherente a la propia de su negocio bancario, característicos de la actividad bancaria; estamos hablando por ello de costes inherentes a la explotación de su negocio, que se sufragan con sus propios recursos, y no a costa del prestatario, que retribuirá al prestamista por vía del interés pactado a modo del correspondiente beneficio para que la operación comercial le resulte ventajosa.



En este sentido, ya la sentencia de la Sección 5ª de 30 de julio de 2015 señaló que " *Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC como en el Código de Comercio, no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero* ".

Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio), además de que la normativa sectorial al referirse a los "gastos inherentes a la actividad de la empresa" para la concesión del préstamo hace aún mas evanescente la identificación del gasto.

Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U. , y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

De forma y concluyendo que como sea que la dicha comisión no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno, y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamos) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe de mantenerse su declaración de nulidad.

TERCERO.- Se alega por la recurrente la improcedente declaración de nulidad de la cláusula de gastos ya que la misma cumple los requisitos de inclusión y transparencia; no debe considerarse abusiva; se especifican claramente los gastos que asume el prestatario.

Esta misma cuestión ya fue planteada por la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., y resuelta por esta Sala en su Sentencia de 20 de abril de 2018 rec. n.º 20/18 con cita de la de 12 de abril de 2018, rec. n.º 136/18 , que la nulidad que se predica no deriva de una falta de incorporación, ni de transparencia en la contratación, debiendo tener presente que el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios señala que "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", y por lo que a la cláusula relativa a los gastos se refiere, la decisión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 , se fundamenta en el art. 89.2 de la LGDCU , según el cual tienen la consideración de cláusulas abusivas las que impliquen "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables"; artículo, que atribuye la consideración de abusiva, cuando se trate de compraventa de viviendas, y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, según reconoce dicha resolución judicial, 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).

En este supuesto, del análisis de la cláusula controvertida, cuya nulidad se pretende en parte, con independencia de que pueda estar correctamente incorporada en los términos de los arts. 5 y 7 de la citada LCGC, o que pudiera conocer su significación jurídica y económica la parte prestataria, ello no obsta a su nulidad, pues si se trata de una cláusula general predisuelta por la entidad financiera que no fue objeto de negociación individual (puesto que nada se prueba al respecto), dado el carácter omnicompreensivo de la repercusión de gastos que contempla (solo hace las salvedades referidas cuya validez no se cuestiona), al alcanzar a todos los derivados de la concertación del contrato de préstamo, abstractamente considerada y en



su propia literalidad, justifica, de acuerdo con la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015, la declaración de abusividad y consiguiente expulsión del contrato.-

CUARTO.- Por otra parte conviene recordar que en el art. 82.1 de Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios se define cláusula abusiva, al señalar que " *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.* " Y añade que " *El carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa* " .

Con independencia de que no podamos enjuiciar el caso de una forma abstracta, sino teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, ninguna duda cabe que en este caso estamos ante una condición general de contratación, sin que en cualquier caso se acredite su negociación previa, y por lo que se refiere al resto de los requisitos para apreciar tal abusividad, lo que se discute en el recurso es la procedencia de la repercusión que en la cláusula en cuestión se hace de dichos gastos, al considerar, en resumidas cuentas que el abono de dichos gastos corresponde al obligado por las normas fiscales, es decir, el prestatario, infringiendo la recurrida el artículo 89.3 a) en relación con las normas 6ª y 8ª de los Anexos II de los Reales Decretos 1426 Y 1427 de 1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueba el Arancel de los Notarios y Registradores: conforme al primero, le corresponde el pago al interesado conforme a la normativa sustantiva y fiscal, es decir, al sujeto pasivo del impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD), sujeto pasivo del impuesto que, lo es, el prestatario; y respecto del segundo, la persona a cuyo favor se inscriba el derecho o quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir, siendo al prestatario el interesado en la elevación a público y su posterior inscripción, pues es ella la interesada final en la constitución de la hipoteca, en cuanto sin hipoteca no hay crédito.

Pese a ello, esta cuestión está ya resuelta por la Sentencia de Pleno, y por ello con valor jurisprudencial, del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en la que tras aludir al art. 89.3 TRLGCU que califica como cláusulas abusivas, particularmente en lo que aquí interesa, "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario " (numero 3º), o 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), advierte que 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). Doctrina que ha sido reiterada en las recientes STS de Pleno nº 147/2018 y 148/2018 de 15 de marzo de 2018 al analizar el IAJD.-

QUINTO.- El siguiente motivo del recurso aduce la improcedente declaración de nulidad de la repercusión al prestatario de los gastos notariales y registrales y la vulneración del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, reguladora del Arancel de los Notarios y del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, 17 noviembre, reguladora del Arancel de los Registradores de la Propiedad.

Comenzando por los gastos notariales, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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,



siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo.

La citada sentencia del Tribunal Supremo de 25 de diciembre de 2015 señala que "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, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado 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 (art. 1875 del Cc . y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)."

En consecuencia, la tesis del Supremo es que la cláusula discutida es abusiva porque "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"; y sentada esa premisa el Tribunal concluye que la estipulación 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). Y continúa razonando el Alto Tribunal "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."; así pues el TS se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, el interesado, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista".

Pues bien, en supuestos como el presente en los que no es dable distinguir los conceptos por los que se minuta por el Notario autorizante, esta Audiencia ha optado por diferentes soluciones. Así la Sección Sexta, en las sentencias de 27 de enero y 2 de junio de 2017 , parte de la citada sentencia, y señala que "el de trance de distribuir el coste que nos ocupa constata que la práctica más común es que ambos negocios jurídicos se concierten en unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que la minuta no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía; por ello, a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes".

Por el contrario la Sección 5ª en su sentencia de 26 de mayo de 2017 , con cita de las de 1 y 17 de febrero del mismo año, también parte de lo razonado por el Tribunal Supremo en su resolución, pero repercute la totalidad de dicho gasto en la entidad financiera, y señala que "no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples. Ello ha de llevar en consecuencia a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU), la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS".

Esta Sala ha optado, a partir de su sentencia de 28 de septiembre de 2017 , por la segunda de las soluciones citadas, teniendo presente que, aún siendo indiscutible que es el prestatario, quien tiene interés en el préstamo (al igual que la propia prestamista, no lo olvidemos) no lo es menos que quien lo tiene en que el mismo se documente en escritura pública lo es exclusivamente la prestamista en tanto que con ello se procura un título ejecutivo y al mismo tiempo se cumplen las exigencias formales para la válida constitución de la hipoteca, por lo que en la medida en que estaríamos, en principio, ante una imposición de la apelante, ajena al interés del apelado, es a ella a quien incumbe el gasto.-

SIXTO.- En relación a los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca, la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, de manera que en este punto la cláusula litigiosa invierte la regla natural que atribuiría el gasto al Banco y se considera que en efecto es abusiva.



SEPTIMO.- Por ultimo se señala en el recurso que la declaración de nulidad de la atribución al prestatario de los gastos judiciales, también carece de fundamento, si bien debe ponerse de manifiesto que realmente no parece haber sido objeto de expresa impugnación en la demanda sin que tampoco la Sentencia se haya pronunciado expresamente al respecto, y sobre ello se pronunció claramente la STS de Pleno de 23 de diciembre de 2015 al señalar que " *la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho* " y añade posteriormente que " *Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC "*, por lo que debe desestimarse dicho motivo impugnatorio.-

OCTAVO.- El último motivo del recurso señala el error en el importe abonado como consecuencia de aplicar la cláusula de gastos, en relación a los gastos de gestoría reclamados por importe de 79,71 euros, que aun cuando se hace en unos términos imprecisos en el recurso, quedo claramente delimitado el motivo de su improcedencia en el escrito de contestación a la demanda.

Y efectivamente tal como señala la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., hubo dos operaciones crediticias, la nº NUM000 relativa al préstamo hipotecario por importe de 140.400 euros y la nº NUM001 relativa a un préstamo personal por importe de 19.600 euros, y examinado el doc. nº 4 de la demanda "presupuesto gastos y recibo provisión de fondos" de la Gestaría Nosti, S.L. se refiere al expediente nº NUM001, y por tanto ajenos a la cláusula del préstamo hipotecario, por lo que procede estimar en parte el recurso y reducir el importe de la condena en 79.71 euros, debiendo quedar fijada la cantidad derivada de la nulidad de cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario en la suma de 780,36 euros.-

NOVENO.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia al estimarse parcialmente el recurso, en virtud de lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .-

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., contra la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Gijón en los autos de Juicio Ordinario nº 394/2017, de los que este Rollo de Apelación dimana, resolución que se revoca en el único sentido de fijar en SETECIENTOS OCHENTA EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (780,36 €) la cantidad que la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., debe abonar a D.ª Elsa como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula quinta referente a los gastos a cargo del prestatario, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

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