



Roj: **SAP IB 913/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:913**

Id Cendoj: **07040370052018100183**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **209/2018**

Nº de Resolución: **184/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA COVADONGA SOLA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00184/2018**

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

**N.I.G.** 07032 41 1 2017 0001087

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000209 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de MAÓ

**Procedimiento de origen:** OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000406 /2017

Recurrente: BANCO SANTANDER SA

Procurador: JULIA DE LA CAMARA MANEIRO

Abogado: HÉCTOR ARIEL TEMPO

Recurrido: Alejandro

Procurador: ALEJANDRA FERNANDEZ LOPEZ

Abogado: MANUEL PECHARROMAN JIMÉNEZ

**SENTENCIA Nº 184**

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mahón, bajo el número 406/17, Rollo de Sala número 209/18, entre partes, de una como demandada apelante BANCO DE SANTANDER S.A., representada por el Procurador de los Tribunales DOÑA JULIA DE LA CÁMARA MANEIRO y asistida del Letrado



DON HECTOR ARIEL TEMPO y, de otra, como demandante apelado DON Alejandro , representado por el Procurador de los Tribunales DOÑA ALEJANDRA FERNÁNDEZ LÓPEZ y asistido del Letrado DON MANUEL PECHARROMÁN JIMÉNEZ.

ES PONENTE la. Magistrada D<sup>a</sup> COVADONGA SOLA RUIZ

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mahón en fecha 23 de enero de 2018 se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debo **estimar y estimo íntegramente** la demanda interpuesta por la representación procesal de don Alejandro contra Banco de Santander S.A. y, en consecuencia, dispongo:

- 1.- Declarar la nulidad de la cláusula cuarta, primer párrafo, sobre devengo de comisión de apertura a favor de la entidad bancaria.
- 2.- Condenar a la parte demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 480 euros cobrados en concepto de comisión de apertura, más los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la demanda.
- 3.- Declarar la nulidad de la cláusula cuarta, tercer párrafo, sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas.
- 4.- Declarar la nulidad de la cláusula quinta sobre gastos a cargo de la parte prestataria.
- 5.- Declarar la nulidad de la cláusula sexta interés de demora con los efectos establecidos en la presente sentencia.
- 6.- Declarar la nulidad de la cláusula sexta bis, apartado 6º, sobre vencimiento anticipado en determinados casos de arrendamiento de la finca hipotecada.
- 7.- Condenar a la parte demandada a eliminar dichos apartados del préstamo hipotecario suscrito por las partes litigantes.
- 8.- Condenar a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración.
- 9.- Condenar a la parte demandada a reintegrar a la parte actora los gastos registrales por importe de 194,48 euros; y los gastos de gestoría por importe de 453,75 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de presentación de la demanda.

Se condena a Banco de Santander S.A. al pago de las costas procesales".

**SEGUNDO.-** Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 16 de mayo del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

**TERCERO.-** Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimando la demanda, declara nulas, por abusivas, las cláusulas que se contienen en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 3 de enero de 2015, en concreto:

- 1). La cláusula cuarta, relativa a la comisión de apertura y de reclamación de posiciones vencidas.
- 2) La cláusula quinta, sobre gastos a cargo de la parte prestataria
- 3) La cláusula sexta, relativa a los intereses de demora
- 4) La cláusula sexta bis, apartado 6) relativa al vencimiento anticipado, por arrendamiento de la finca hipotecada sin el consentimiento del banco

Y condena a la demandada a la demandada estar por dicha declaración y a reintegrar al actor los gastos indebidamente repercutidos (registro y gestoría) y el importe de la comisión de apertura, con mas los intereses legales y costas del procedimiento.

Contra dichos pronunciamientos se alza la parte demandada, reproduciendo como motivos de impugnación, los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de contestación a la demanda y que pueden resumirse en los siguientes:



1.- Respecto a la validez relativa a la comisión de apertura y gestión de recobro, considera que forma parte del precio del contrato, constituyendo una contraprestación a los servicios asociados al préstamo, siendo que las normas de aplicación solo prohíben el cobro de comisiones que no respondan a servicios efectivamente prestados.

2.- Respecto a la validez de la cláusula quinta relativa al abono de los gastos derivados de la formalización del préstamo, considera que la actora no asumió ningún gasto que legalmente pueda ser imputado a al empresario, por lo que en modo alguno vulnera el artículo 89 del TRLGCU.

3.- Respecto de los intereses de demora, considera que la previsión que al respecto se contiene en la escritura se ajusta al límite establecido por la normativa vigente ( art. 114 LH ), por lo que no puede considerarse abusivo y desproporcionado.

4.- Respecto al vencimiento anticipado, la cláusula denunciada, tan sólo permite que opere como consecuencia de un perjuicio del activo hipotecado, por lo que no puede considerarse que implique una limitación excesiva del derecho de propiedad.

La parte actora se ha opuesto al recurso interesando la integra confirmación de la resolución recurrida y con expresa condena en costas a la parte apelante.

**SEGUNDO.-** Centrado de este modo los términos de la presente alzada, vaya por delante que este Tribunal no puede sino compartir por acertados la totalidad de los razonamientos que se contienen en la resolución recurrida, que por lo demás se ajustan al criterio que ha venido manteniendo este mismo Tribunal, al analizar el contenido de cláusulas similares a las que son objeto del presente procedimiento, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada.

Ello no obstante y aún cuando sólo sea incidir en aquellos razonamientos, señalar que por lo que se refiere a la cláusula Cuarta "Comisiones", sin desconocer que no es unánime la jurisprudencia menor, hemos optado por adoptar los siguientes criterios (por todas Sentencias de 26 de octubre y 9 de noviembre de 2017 ), que se exponen a continuación:

1) Comisión de apertura. El pacto establece una comisión del 1% sobre el capital del préstamo, con un mínimo de 300.- euros, devengada y a satisfacer por la parte prestataria de una sola vez, al formalizarse esta operación.

Como refiere la SAP de Asturias de 2 de junio de 2017 , cuya argumentación reitera en otra posterior de 13 de julio de 2017, " *la validez de las comisiones y entre otras la de apertura, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, ello es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, como así ya apuntaba la vigente en la fecha de concesión del préstamo y recoge expresamente la actual, representada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.*

*Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo a la cual "Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por el cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de comisiones, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión lo que justifica la declaración de abusividad de la misma" Y con cita a otra anterior del mismo Tribunal de 30 de julio de 2015 "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 se perfecciona con la entrega del dinero.*

*Y si como gasto (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionado por la concesión del préstamo), del mismo modo se hace difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar deber 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 LGDCU en su artículo 87.5 reconoce a legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos coste no repercutidos en el previo (indisolublemente unidos al inicio del servicio) pero, además de que su interpretación debe 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 la LGDU 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 (F.J. 9), la existencia de un regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la LCGC (ni por ende de la LGCU), 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".*

En el caso, el cobro de la comisión tal y como está prevista en la propia escritura implica no sólo el abono de una cantidad por servicios no prestados efectivamente, de hecho ni tan siquiera se ha practicado prueba para acreditar a que concretos servicios responden, sino que igualmente se aprecia que carece de cualquier proporcionalidad con los servicios a que pudieran corresponder, pues se calculan a tanto alzado, aplicando un porcentaje sobre el importe del principal o dicho de otro modo, se cobra la citada comisión al momento de formalizarse el préstamo, basada en un porcentaje del capital prestado y no en el servicio realmente prestado que es lo que justificaría su cobro, sin que pese a su disponibilidad y por tanto facilidad probatoria, la parte demandada haya probado a que concretos servicios obedeció y su proporcionalidad en cuanto a lo cobrado.

2) Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, el pacto establece una comisión por importe de 39.-euros, a satisfacer por la parte prestataria, por cada cantidad vencida o reclamada.

Como indica la SAP de Valencia de 15 de junio de 2017 " se trata de una cláusula abusiva cuando no responde a un verdadero servicio prestado por la entidad, cuando no se han llevado a cabo efectivas gestiones de cobro y cuando dicha sanción ya queda cubierta por los intereses

Así, recoge esta doctrina, la SAP Pontevedra, Sec 1ª de 31 de marzo de 2016 :

Sobre esta cuestión establece la SAP Guipúzcoa, sec 2ª, 22 de mayo de 2015 :

*El artículo 10.1 LGDCU , vigente a la fecha de suscripción del contrato, dispone que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, deberán cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.*

*Igualmente, según lo dispuesto en el art. 10.4 LGDCU , serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan dichos requisitos.*

*La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de sus reflejos en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".*

*Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo sólo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación....*

*Si partimos de la necesidad de que las comisiones responden a servicios realmente prestados, cuyo coste variará en función del tipo de servicios o gastos derivados del mismo, no cabe establecer una cantidad fija, incurriendo en una duplicidad inadmisibles por el mismo concepto cuando también se sanciona con la imposición de intereses de demora, situación que comporta el carácter abusivo tanto por la imposición de una indemnización fija y automática, sin ningún criterio de proporcionalidad, como por la fijación de cantidad por servicios no efectivamente prestados o que no cabe considerar ajenos a la mera administración del préstamo en lo que a la cantidad fija se refiere".*



A las sentencias que se citan en dicha resolución cabe añadir las más recientes de las AAPP Guadalajara de 27 de junio de 2017, Madrid 16 de enero de 2017, Barcelona 8 de septiembre de 2017 y Alicante de 15 de julio de 2016, que se pronuncia en el mismo sentido.

**TERCERO.-** Gastos a cargo del prestatario. La cláusula quinta de la escritura de préstamo es del tenor literal siguiente " *I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca, así como todos lo que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad y la expedición de su primera copia con efectos ejecutivos y una copia simple, ambas para el BANCO...*"

Lo primero que llama la atención es su redacción abierta y con vocación omnicomprendiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que por sí sólo es motivo suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resultando por tanto correcta su declaración de nulidad, siendo de plena aplicación al caso, la doctrina recogida en la STS Pleno de 23 de diciembre de 2015, citada en la instancia que al respecto refiere:

*"1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, sufriendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.*

*El artículo 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" (número 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es un 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. 89.3.3ª 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 tiene por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4ª) y correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizadores que no corresponden a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresado 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 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 de 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.*

*3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna, El artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentales , dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y*



de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el artículo 26.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el artículo 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de copias, actas y testimonios que intereses y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGC, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho....

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio de vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto ( art. 559.2 LEC ), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo ( art. 561.2 LEC ); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no sólo 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".

En cuanto a las consecuencias que se derivan de dicha declaración de nulidad, venimos asumiendo como propios los razonamientos que al efecto se contienen la SAP de Asturias de 2 de junio de 2017, en la que tras analizar la diferencia entre la acción enjuiciada por el TS en la precitada sentencia, que no es otra que la acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, y la que al igual que en el presente, lo que se analiza no es sólo dicho control en abstracto, sino también las consecuencias de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma refiere " en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esta estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o de forma teórica sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran a cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían; de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva".

En el caso, y respecto a los concretos gastos que en la referida cláusula se imputan al prestatario y que cuya restitución ha sido acordada en la instancia, consideramos lo siguiente:

a) *Gastos del Registro.* Consideramos que el responsable de los gastos registrales derivados de la escritura que constituye el préstamo con garantía hipotecaria, es aquel que resulte "interesado" en la constitución de dicha garantía, el banco, por ser acorde con la normativa que regula los Aranceles del Registrador (RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad) y que, en consecuencia, no podemos compartir, con base a la doctrina sentada por aquella Sentencia de Pleno, la argumentación que realiza la parte apelante en orden a que el prestatario sí tiene un interés en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario e inscripción registral, por lo que debe entenderse que como solicitante de los



servidos debe asumir los gastos derivados de la inscripción del registro, pues lo que se indica en la Sentencia de Pleno citada es que es preciso discriminar entre la obligación principal (préstamo) en el que el principal interesado es el consumidor, y la accesorio (la garantía hipotecaria) que favorece directamente a la entidad bancaria por los motivos que expone (*obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial*)".

b) *Gastos de gestoría* . Consideramos acertado que los gastos de gestoría, en tanto que fue el propio Banco quién le encomendó la tramitación de la inscripción de la carga hipotecaria en el Registro de la Propiedad, debían ser asumidos por aquél, máximo cuando no existe prueba en autos que acredite que la actuación de dicha gestoría, responda a una solicitud expresa del prestatario. Recordar al respecto que el artículo 89.5 TRLGDCU, considera en todo caso abusivos "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" y en el caso, tan sólo se acuerda el reintegro de las cantidades facturadas por la gestoría y derivadas de los trámites de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad..

**CUARTO.-** Por lo que se refiere a los intereses moratorios, la cláusula sexta refiere " *La parte prestataria estará obligada a satisfacer al Banco el interés de demora por las cantidades adeudadas en concepto de principal no satisfechas en las fechas estipuladas, sin necesidad de previo requerimiento. El tipo de interés de demora aplicable será el equivalente a tres veces el tipo de interés legal del dinero vigente al producirse la demora*".

La Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, al reformar el artículo 114.3 de la LH , vino a establecer que en los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda, garantizados con hipotecas sobre la misma vivienda, los intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, lo que originó dudas sobre si era posible declarar abusivos intereses moratorios que no superasen, como es el caso, tal limitación legal.

Tales dudas han quedado zanjadas a raíz de la STS DE Pleno de 3 de junio de 2016 , en la que con la finalidad de poner fin a la inseguridad jurídica que suponía la gran diversidad de valoraciones que se efectuaban por los distintos juzgados y tribunales, no sólo viene a establecer que el límite legal del interés de mora para tal tipo de préstamos previsto en el art. 114.3 LH , no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios, sino que igualmente extiende el criterio establecido en su anterior Sentencia de 22 de abril de 2015 para los intereses de préstamos personales, fijando como criterio objetivo para determinar la abusividad, la fijación de un interés de demora que suponga un incremento en más de dos puntos porcentuales respectivo del interés remuneratorio pactado, de manera que la cláusula que supera dicho límite debe tenerse por nula de pleno derecho y por no puesta; estableciendo, igualmente, que la consecuencia de la apreciación de la abusividad " *no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada*»

**QUINTO.-** Resta por analizar la validez o no del Pacto Sexto Bis, sobre el vencimiento anticipado, que en el concreto apartado denunciado refiere " *6.- Cuando la parte prestataria arriende la finca en el presente otorgamiento hipotecada, y la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero, un 50 por 100 mas, no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, sin el consentimiento expreso por escrito del BANCO*".

Como ya tuvimos ocasión de señalar en Sentencia de 15 de noviembre de 2017 , la limitación que establece es claramente desproporcionada, pues de suyo permite el vencimiento anticipado de un préstamo aún en el caso de que el préstamo estuviera siendo abonado puntualmente. Y aún siendo cierto que nuestro ordenamiento permite que, en determinadas circunstancias, sea válida y razonable la limitación de los arriendos ( art. 219 RH ), tal previsión sólo se admite cuando las circunstancias revelen que la finalidad primordial del arrendamiento sea la de causar una disminución el valor de la finca.

**SEXTO.-** En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas devengadas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

**SÉPTIMO.-** Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la



pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

#### **FALLAMOS**

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DOÑA JULIA DE LA CÁMARA MANEIRO, en representación de BANCO DE SANTANDER S.A., contra la Sentencia de fecha 23 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mahón , en los autos de Juicio Ordinario número 406/17, de que dimana el presente Rollo de Sala, CONFIRMAMOS los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO