



Roj: **SAP VI 251/2018 - ECLI:ES:APVI:2018:251**

Id Cendoj: **01059370012018100183**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2018**

Nº de Recurso: **75/2018**

Nº de Resolución: **183/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IÑIGO MADARIA AZCOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA**

#### **ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-17/007273

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2017/0007273

#### **Recurso apelación procedimiento ordinario/ Prozedura arrunteko apelazio-errekurtsoa. 75/2018 - A**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz / Gasteizko Lehen Auzialdiko 5 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 468/2017 (e)ko autoak

Recurrente/ Errekurtsogilea: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procuradora/ Prokuradorea: SOLEDAD CARRANCEJA DIEZ

Abogado / Abokatua:

Recurridos / Errekurritua: Celia y Melchor

Procuradora / Prokuradorea: CARMEN CARRASCO ARANA

Abogada/ Abokatua: MARIA ARANZAZU LOPEZ MARTINEZ

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Emilio Ramón Villalain Ruiz, Presidente, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día nueve de abril de dos mil dieciocho,

la siguiente

#### **SENTENCIA Nº 183/18**

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 75/18 procedente del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 468/17, promovido por **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, con asistencia letrada y representado por la Procuradora Dª Soledad Carranceja Diez, frente a la sentencia nº 250/17 dictada el 29-09-17, siendo parte apelada Dª **Celia y D. Melchor**, dirigidos por la Letrada Dª María Aranzazu López Martínez y representados por la Procuradora Dª Carmen Carrasco Arana. Ponente: D. Iñigo Madaria Azcoitia.



## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 250/17 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

*"ESTIMO la demanda de juicio ordinario, interpuesta para declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación con acción acumulada de reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado, al que por turno de reparto corresponden, a instancia del Procurador Sra. Carrasco, en representación de DON Melchor Y DOÑA Celia asistida por la Letrada doña María Aranzazu López Hernández, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA representada por la Procuradora Sra. Carranceja de conformidad con los anteriores fundamentos*

**1.- DECLARO la NULIDAD**, por tener el carácter de abusivas de las cláusula cuarta de comisión de posiciones deudoras, cláusula quinta de gastos y sexta de intereses de demora de 11 de marzo de 2010, que los demandantes DON Melchor Y DOÑA Celia formalizaron ante la notaria Doña Elena Gimeno Manzanos escritura de préstamo hipotecario, nº 236 de Protocolo, teniéndolas por no puestas, **CONDENANDO** a la demandada a su eliminación.

**2.- CONDENO** a la demandada al abono a la demandante de la cantidad de 1.047,63 euros más el interés legal devengado desde el momento de la reclamación extrajudicial esto es, el 26 de enero.

**3.- Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada. "**

Posteriormente con fecha 15-11-17 se dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"1.- SE ACUERDA rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 29 de septiembre 2017 en el sentido que se indica: Donde dice:*

*"Por todo ello en atención a la pretensión de reclamación de cantidades indebidamente abonadas por la parte actora corresponde estimar parcialmente pretensión y acordar que la entidad reintegre a la parte actora la cuantía de 129,92 euros en concepto de gastos de Registro, 369,35 euros en concepto de gastos de Notaría, 158,36 euros en concepto de Registro y 390 euros en concepto de gastos de Tasación que suponen un total de 1.047,63 euros."*

**y**

*".- CONDENO a la demandada al abono a la demandante de la cantidad de 1.047,63 euros más el interés legal devengado desde el momento de la reclamación extrajudicial esto es, el 26 de enero".*

*2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma: **Debe decir:***

*"Por todo ello en atención a la pretensión de reclamación de cantidades indebidamente abonadas por la parte actora corresponde estimar parcialmente pretensión y acordar que la entidad reintegre a la parte actora la cuantía de 129,92 euros en concepto de gastos de Registro, 369,35 euros en concepto de gastos de Notaría, **316,72 euros en concepto de Gestoría** y 390 euros en concepto de gastos de Tasación que suponen un total de **1.205,99 euros.**"*

**y**

*".- CONDENO a la demandada al abono a la demandante de la cantidad de **2.030,99 euros correspondiendo dicha cifra a la suma de 1.205,99 euros por gastos y otros 825 euros por comisión de apertura**".*

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 26-12-17, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de **D<sup>a</sup> Celia y D. Melchor**, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 24-01-18 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia y por resolución de fecha 15-02-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el 15-03-18.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO .-** La sentencia de instancia estima sustancialmente la demanda inicial promovida por D. Melchor y Dña. Celia contra BBVA, S.A. y declara la nulidad de las cláusulas referidas a las comisiones de apertura y



reclamación de posiciones deudoras, gastos e intereses de demora. Además condena a la demanda a reponer a los actores la cantidad de 2.030-99 euros por la comisión de apertura y gastos de notaría, registro, gestoría y tasación.

Frente a la sentencia se alza en apelación la demandada. Muestra su disconformidad con los pronunciamientos referidos a la nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura, los gastos de tasación y gestoría y la imposición de costas.

Resumidamente, en el recurso se alega que la cláusula referida a la comisión de apertura es lícita conforme a la normativa bancaria, fue pactada en forma, responde a un servicio efectivamente prestado y aceptado por los prestatarios; añade que no se acredita el pago. Sobre los gastos manifiesta que los de tasación no se acreditan y, en cualquier caso, considera deben ser a cargo de los prestatarios. Sobre los de gestoría afirma que son de cargo de los prestatarios en cuyo interés se hacen las gestiones necesarias, más si también se gestiona la compraventa de la vivienda. Finalmente alega que la demanda se estima parcialmente y además existían serias dudas de hecho y de derecho, lo cual justificaría la no imposición de costas.

**SEGUNDO** .- Conforme ha señalado la Jurisprudencia del TJUE, el alcance de la declaración de nulidad comporta la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva. Efecto de la nulidad previsto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, TRLGDCU , y que en este concreto caso implica que el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que se estipulan en dicha cláusula. Pero ello no significa que sea la entidad prestamista la que tenga que cargar con la totalidad, pues la restitución del equilibrio contractual en éste caso, una vez declarada la nulidad de la cláusula de gastos, no se concreta en la restitución de prestaciones recíprocas materia del contrato, cual regula el art. 1303 del Código Civil , sino que se trata de gastos satisfechos por la prestataria a un tercero, tasación y gestoría que indebidamente le fueron cargados en su totalidad como consecuencia de dicha cláusula.

Por tanto lo que se debe resolver es si tales gastos son comunes, en cuanto contribuyen de forma equivalente a la perfección y consumación del contrato y su justo equilibrio prestacional en interés de ambas partes, o si por el contrario existe alguno vinculado legalmente o por su exclusivo interés a una sola de las partes. Y, en su caso, la forma de resarcir el perjuicio y restituir el equilibrio, mediante la reposición de las cantidades que debió asumir la otra parte.

Si bien lo razonado en la S.TS. Sala 1ª, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 resuelve sobre la declaración de nulidad de la cláusula, no los efectos derivados de tal nulidad, sin embargo sí aporta razones interpretativas en relación con tales efectos, en cuanto puede deducirse que los distintos negocios que conforman el complejo contractual de un "préstamo con garantía hipotecaria" reportan intereses más relevantes respecto a uno u otro de los contratantes, cual obtener un préstamo de una parte o una garantía real de otra, pero en la integridad del contrato conforma un equilibrado y recíproco conjunto obligacional. Lo cual permite atisbar una necesaria reciprocidad en la distribución de los gastos, que es precisamente, como expresa la S.TS., de lo que adolecía la cláusula nula.

De la precedente doctrina jurisprudencial, aceptada por la demandada y declarada la nulidad de la cláusula contractual, podemos deducir que la repercusión de los gastos de tasación y gestoría en forma equivalente entre ambas partes es ajustada a derecho y establece un razonable equilibrio contractual, en relación con esos gastos, que son relevantes para el interés de ambos en los términos que expresa la Jurisprudencia citada y que resultan razonablemente imputables por mitad como resultado asimismo de lo regulado en el art. 1138 del Código Civil y ajustados a los criterios de equilibrio, buena fe y mayor reciprocidad de intereses, art. 1289 del Código Civil , como criterio interpretativo de las obligaciones integradas en contratos onerosos.

Los gastos referidos a tasación y gestoría constan debidamente acreditados y pagados por los demandantes. Así los documentos unidos a los folios 126 y ss. acreditan la existencia de la tasación y el cargo de 390 euros en la cuenta del demandante, sin que la demandada pruebe que tal cargo no responde a dicho concepto. Del mismo modo los documentos unidos a los folios 154 y 155, acreditan los gastos de gestoría, 310'34 euros más otros 6'38 euros en concepto de gastos de envío, abonados por el demandante.

Conforme a lo expuesto, los gastos de gestoría deberán abonarse al cincuenta por ciento entre ambas partes, pues tanto la entidad bancaria como el cliente se sirvieron de la gestoría para realizar las gestiones con la Notaría, el Registro y también con la Hacienda Foral.

Sobre los gastos de tasación debemos aplicar el mismo criterio, pues si bien, desde la entrada en vigor de la ley 1/2013, la actual redacción del art. 682.2.1ª LEC impone la necesidad de la tasación, por tanto en la fecha del contrato no era preceptiva, sin embargo sí podemos afirmar que la utilidad de una tasación técnica afectaba



al interés de ambas partes a efectos fijar el valor en la escritura conforme a un criterio imparcial. Por tanto entendemos que se debe sufragar asimismo por iguales partes.

Por todo ello el motivo del recurso referido a la carga derivada de la nulidad de la cláusula de gastos, en cuanto afectan a los correspondientes por tasación y gestoría, debe estimarse parcialmente y aplicar dichos gastos al 50%. Con ello, la demandada sólo deberá reintegrar por éstos conceptos 353'34 euros, cantidad que se debe minorar en la correspondiente condena, que se concreta en la cuantía de 852'65 euros en concepto de gastos, más 825 euros por la comisión de apertura.

**TERCERO** .- Sobre el motivo del recurso referido a la cláusula de "comisión de apertura", debemos señalar en primer término que fue efectivamente pagada por los demandantes, pues así consta expresamente confesado en la escritura de préstamo, folio 49 de autos, cláusula cuarta, 4.1, donde se establece dicha comisión, 0'50% sobre el capital prestado que "se liquida y se abona en este acto por la parte prestataria al Banco".

La nulidad de dicha cláusula resulta de la total falta de justificación de qué servicio efectivo se prestó por tal concepto y de la ausencia de prueba alguna acreditativa de que la cláusula fue negociada.

Como la propia recurrente pone de relieve, la Circular 8/1990 del Banco de España, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la clientela, la cláusula sobre comisión de apertura es un pacto válido, sin embargo, de la Memoria de Reclamaciones de 2011 y de la Orden de 12 de diciembre de 1989, derogada por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, art. 3, para que una cláusula reguladora de una comisión bancaria tenga plena validez en un contrato, es necesario:

- Que dicha cláusula haya sido pactada en forma.
- Que obedezca a un servicio efectivamente prestado o un gasto habido.
- Que dicho servicio haya sido aceptado por el cliente.

Requerimientos que no cumple la cláusula de autos.

Siguiendo lo expresado en la S. de la AP de Orense 1ª, de 18 de mayo de 2015, que incide en los argumentos expuestos, la consideración como condición general de la contratación de la cláusula de autos, conforme al art. 1 de la ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, dada la condición de consumidores de los prestatarios, permite la aplicación de su art. 8.2 de cuyo tenor: serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy artículo 82.1 del texto refundido de la ley general de consumidores y usuarios aprobada por Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, conforme al cual 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.

El apartado 4 del mismo precepto considera abusivas, en todo caso, las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: Vinculen el contrato a la voluntad del empresario (letra a) o determinen la falta de reciprocidad en el contrato (letra c). Entre ellas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (artículo 85.6); y, por falta de reciprocidad, las estipulaciones que prevean el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva (artículo 87.5).

Al tiempo de concertarse el préstamo litigioso no se hallaba en vigor la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Lo estaban orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. La orden de 5 de mayo de 2014 en anexo II sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a ella, como es el que nos ocupa (artículo 1 sobre su ámbito de aplicación) incluye como cláusula 4ª.1 la comisión de apertura indicando "cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión que se denominará comisión de apertura y se devengará por una sola vez". La misma cláusula 4ª en su apartado 2 admite, entre otras, las comisiones que habiendo sido comunicadas al Banco de España "respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo" y los gastos mencionados en la cláusula 5ª entre ellos (letra h) cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio relacionado con



el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo. Incide en la necesaria contraprestación o correlación gasto-servicio la orden de 12 de diciembre de 1989 al señalar en su apartado quinto: "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"

Sobre la base anterior la cláusula de autos debe entenderse nula por abusiva, por falta de reciprocidad, dado que se fija la comisión mediante un porcentaje en relación con el importe total del préstamo, sin que conste causa para su devengo. La demandada, que no contestó a la demanda, se limita ahora a afirmar que responde a un servicio, pero no concreta cuál sea éste de entre todos los autorizados para la comisión de apertura por la orden precitada de 5 de mayo de 2014, incumbiendo la prueba sobre el particular a la entidad bancaria como profesional. En este sentido, también las SS. de la AP de Madrid de 12 de febrero de 2015 y de Tenerife de 29 de noviembre de 2013 .

Por lo expuesto y razonado el motivo debe ser desestimado.

#### **CUARTO .- Costas.**

La estimación de abusividad y consiguiente nulidad de las cláusulas referida a gastos, comisiones e intereses de demora, significa que la demanda inicial se estima sustancialmente, en cuanto sólo se reduce la cantidad objeto de pago, pero las acciones principales se estiman en su integridad. Por ello conforme a lo regulado en los arts. 394 y 398 LEC , las costas de la instancia se han de imponer a la demandada, sin especial declaración sobre las correspondientes a la apelación e impugnación.

Debe tenerse en cuenta asimismo la doctrina del Tribunal Supremo, sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio , reiterada por otras posteriores, que fundan la imposición de costas en los principios de efectividad del Derecho de la Unión Europea con relación al de no vinculación del consumidor a la cláusula abusiva. Se razona que si el consumidor recurrente, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la "cláusula .... abusiva", y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos, lo que produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas abusivas sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

**Estimar parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por BBVA, S.A. contra la **sentencia nº 250/17** , dictada en el **procedimiento ordinario** seguido bajo nº **468/17** ante el **Juzgado de Primera Instancia Núm. Cinco de Vitoria-Gasteiz** , y en consecuencia **confirmamos sustancialmente** dicha sentencia salvo en el importe de la cantidad objeto de condena de pago, que reducimos a la de **1.677'65 euros** , confirmando el resto de los pronunciamientos, sin especial declaración sobre las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LECn ).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn ).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-06-0075-18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso" código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos ( DA15ª de la LOPJ ).





Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ