

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.106.00.2-2017/0002626

Recurso de Apelación 2108/2018

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 06 de Parla
Autos de Procedimiento Ordinario 269/2017

APELANTE: LIBERBANK SA

PROCURADOR D./Dña.

APELADO: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA 676/2020

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

En Madrid, a doce de marzo de dos mil veinte .

La Sección 28 Refuerzo de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 269/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 06 de Parla a instancia de LIBERBANK SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. y defendido por el/la letrado D. contra D./Dña. apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. y defendido por el/la letrado D. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/11/2017.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 06 de Parla se dictó Sentencia de fecha 28/11/2017, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales , en representación de contra la entidad Liberbank S.A. , representada por el Procurador de los Tribunales , declaro que es abusiva la estipulación pactada relativa a la atribución en exclusiva al prestatario de los gastos relativos a aranceles de Notario, Aranceles de Registro y facturas de Gestoría, y como consecuencia de ello, CONDENO a la entidad Liberbank SA a abonar al demandante la cantidad de 634,27 euros, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda el día 4 de mayo de 2017 hasta su completo pago.

Se imponen a la parte demandada el pago de las costas procesales.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida estima la demanda deducida por contra LIBERBANK S.A. y declara la nulidad de la cláusula por la que se impone a la prestataria el pago de todos los gastos generados en la constitución del préstamo hipotecario de 9 de marzo de 2011, y condena de la entidad bancaria a restituir las cantidades abonadas por los prestatarios en concepto de gastos de Notaría y gestoría en un 50% y el integro importe correspondiente a gastos registrales.

La entidad bancaria presenta recurso de apelación en el que muestra su disconformidad con la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y con la atribución de esos gastos, e impugna el pronunciamiento condenatorio en costas.

La parte apelada se opone al recurso e impugna el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de restitución del 100% del importe correspondiente gestoría y Notaría.

SEGUNDO.- Criterio jurisprudencial

Centrada la cuestión, en materia de gastos derivados de los préstamo hipotecarios las sentencias del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero han formado un cuerpo de doctrina que prácticamente ha resuelto casi todas las dudas existentes en realidad con los pronunciamientos derivados de las peticiones de nulidad de la cláusula de gastos realizadas por los consumidores.

Debemos recordar que la sentencia del **Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015** , que resuelve sobre la nulidad de una cláusula similar a la que aquí nos ocupa, que atribuye al prestatario todos los gastos causados por la constitución de un préstamo hipotecario, determinó la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque *"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)".

Por su parte, **la STS de Pleno de 23 de enero de 2019 (49/19)** recogía que:

“1.- El art. 6.1 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La referencia a medidas "adecuadas y eficaces" representa la manifestación positiva del principio de efectividad, inicialmente incluido en las directivas sobre antidiscriminación y que, con posterioridad, se ha incorporado a numerosas directivas, entre ellas las relativas a consumidores, como la Directiva 93/13 y la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, al concretar el contenido de las sanciones para los proveedores que incumplan las previsiones adoptadas por la norma nacional para aplicar la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

En **STS de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo**, se declara la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

Aplicada la anterior doctrina a la cláusula litigiosa, se deduce con facilidad la necesidad de confirmar la declaración de nulidad efectuada en la sentencia recurrida, al contener una atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos a los prestatarios, que provoca

un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, por lo que en este punto la sentencia debe ser confirmada.

TERCERO.- Consecuencias económicas.

Como recogía igualmente la **STS de Pleno 23 de enero de 2019 (49/19)** (el énfasis es nuestro)

“1.- El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva.

Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

*El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, **debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva.** En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.”*

CUARTO.- Distribución de los gastos.

Por tanto, debemos aplicar la doctrina expresada en Sentencias del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, a las que también se remite **la STS de 1 de mayo de 2019**, que en relación a este tipo de cláusulas, de manera extractada y en lo que aquí interesa, resume (el énfasis es nuestro):

“De acuerdo con los preceptos invocados y doctrina jurisprudencial de esta sala debemos declarar que la cláusula impugnada es claramente abusiva en cuanto desproporcionada en sus efectos, al atribuir al prestatario todos los gastos derivados de la operación de ampliación de préstamo, en contra de las prevenciones legales.

En este sentido la sentencia 47/2019, de 23 de enero, declaró:

"Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (arancel de los notarios, arancel de los registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad".

1-Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

"...la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos":

"a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario".

2.- Con respecto a los gastos notariales, declara la mencionada sentencia:

*"Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable **distribuir por mitad** el pago de los gastos que genera su otorgamiento.*

"Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación".

3.- En relación a los gastos de gestoría, se pronuncia la sentencia 46/2019 del Tribunal Supremo que establece:

"1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40 , que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito .

*2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser **sufragado por mitad.**"*

Esta línea interpretativa ha sido seguida por las sentencias (46 y 49) del Alto Tribunal de 23 de enero de 2019.

4.- En relación a los gastos del Registro de la Propiedad la sentencia 44/2019, de 23 de enero, se pronuncia en la misma línea que las demás indicadas de esa misma fecha que: *"En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, 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".

Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16.- A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

17.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca."

Por ello, el gasto **corresponde a la entidad bancaria.**

En consecuencia se desestima este motivo de apelación y se desestima la impugnación, puesto que la decisión de la Juzgadora de Instancia se ajusta a los criterios jurisprudenciales expuestos.

QUINTO.- En relación a la condena en costas a la entidad bancaria.

Impugnación del pronunciamiento sobre costas.

Considera la apelante que resulta contraria a derecho la técnica de peticiones subsidiarias a fin de evitar una eventual estimación parcial de la demanda que evitaría el pronunciamiento condenatorio en costas a la entidad prestamista.

La Juzgadora de Instancia estima la demanda íntegramente pues el fallo es congruente con la solicitud subsidiaria 2 bis del suplico de la demanda, decisión que se comparte en esta alzada a tenor del art. 394 LEC.

Como recoge muy expresivamente la **STS de 27 de marzo de 2019:**

"En cuanto a las costas de primera instancia, es cierto que no se accedió a la restitución de lo abonado por el IAJD, pero olvida la parte recurrente que en la demanda se realizaban dos peticiones, una principal, y otra subsidiaria, y mientras que en la principal se reclamaba lo abonado por el IAJD, en la subsidiaria no se hacía, por lo que habiéndose accedido a la devolución de los gastos reclamados en la petición subsidiaria no cabe por menos que considerar que la estimación de la demanda es íntegra, y es que se debe de considerar que el hecho de admitir la petición principal, o la subsidiaria o cualquiera de las formuladas alternativamente implica en principio una admisión total de la demanda, ya que (...) cuando se contiene en el petitum de las demandas una petición

subsidiaria lo que con ello se hace es ofrecer también al juzgador una posibilidad de opción entre las dos, con lo cual la decisión del mismo en uno u otro sentido lleva implícita una admisión total de la pretensión por la que opte, habiendo establecido el TS que "no pueden eliminarse de la idea del victus victori o vencimiento objetivo los supuestos de procesos en que formulándose las peticiones del actor con criterio de alternatividad o de subsidiariedad, la decisión del juzgador optando por una u otra petición elimine dicho vencimiento, en cuanto ello implicaría una interpretación en perjuicio del actor cuando dichas situaciones se presentaren" (STS 1226/2004, de 17 de diciembre , 963/2007, de 14 de septiembre o 173/2016, de 17 de marzo)."

El motivo se desestima, y con ello el recurso de apelación.

SEXTO.- Costas.

Las costas devengadas del recurso de apelación se imponen a la parte apelante, las devengadas de la impugnación se imponen a la parte impugnante (art. 398 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de LIBERBANK S.A. y **DESESTIMAMOS** la impugnación promovida de contrario, contra la Sentencia dictada el 28 de noviembre de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Parla, en el juicio ordinario 269/17, que **SE CONFIRMA INTEGRAMENTE**, con imposición de las costas devengadas del recurso de apelación a la parte apelante, y las de la impugnación a la parte impugnante, con pérdida del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial).

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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