



Roj: **SAP L 331/2020 - ECLI: ES:APL:2020:331**

Id Cendoj: **25120370022020100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **19/05/2020**

Nº de Recurso: **193/2019**

Nº de Resolución: **320/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERT MONTELL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Lleida. Civil

Calle Canyeret, 1 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973705820

FAX: 973700281

EMAIL:aps2.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.: 2512042120188204878

Recurso de apelación 193/2019 -D

Materia: Procedimiento Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 909/2018

Parte recurrente/Solicitante: CAIXABANK SAU

Procurador/a: Ares Jene Zaldumbide

Abogado/a: Juan Jimenez Salinas

Parte recurrida: Javier

Procurador/a: Carmen Gracia Larrosa

Abogado/a: David Vicente Lara

SENTENCIA N° 320/2020

Presidente:

ALBERT MONTELL GARCIA

Magistrados:

Mª CARMEN BERNAT ALVAREZ

BEATRIZ TERRER BAQUERO

Lleida, 19 de mayo de 2020

Ponente: Albert Montell Garcia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 20 de febrero de 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 909/2018 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida a fin de resolver el



recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Ares Jene Zaldumbide, en nombre y representación de CAIXABANK SAU contra Sentencia de fecha 17/12/2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Carmen Gracia Larrosa, en nombre y representación de Javier .

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" **ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por el **SR. Javier contra CAIXABANK SAU** , y por ello:

1º.- DECLARO LA NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE IMPONE EL PAGO DE UNA COMISIÓN DE APERTURA (CLAUSULA 4º, página 19 de la escritura notarial; DOC. 1 DE LA DEMANDA):

-.- En virtud de lo anterior, CONDENO a CAIXABANK SAU a restituir a mi representado la suma de 195,00.-€ por el concepto anteriormente referido

- DECLARO LA NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE IMPONE EL PAGO DE LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA CON CARGO A LA PARTE PRESTATARIA (CLAUSULA 5º, página 20 de la escritura notarial; DOC. 1 DE LA DEMANDA):

- En virtud de lo anterior, CONDENO a CAIXABANK SAU a restituir a mi representado la suma de 610,77.-€ por el concepto anteriormente referido

-DECLARO LA NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE IMPONE EL PAGO DE UNA COMISIÓN DE APERTURA (CLAUSULA 4º, página 25 de la escritura notarial; DOC. 3 DE LA DEMANDA):

- En virtud de lo anterior, CONDENO a CAIXABANK SAU a restituir a mi representada la suma de 405,00.-€ por el concepto anteriormente referido

-DECLARO LA NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE IMPONE EL PAGO DE LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS DE CONSTITUCION DE LA HIPOTECA CON CARGO A LA PARTE PRESTATARIA (CLAUSULA 5ª, PÁGINAS 27-28 DOC. 3 DE LA DEMANDA):

- En virtud de lo anterior, se CONDENE A CAIXABANK SAU a restituir a mi representado la suma de 750,92.-€ por el concepto anteriormente referido

-A todas las cifras objeto de restitución deberá sumarse el INTERESES LEGALES, DESDE LA FECHA DEL PAGO INDEBIDO POR PARTE DE MI REPRESENTADA Y HASTA SU COMPLETA RESTITUCION.

Todo ello con condena en costas para la entidad demandada. [...]"

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 15/05/2020.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Albert Montell Garcia .

QUINTO. Esta resolución fue entregada, ya deliberada y escrita, para ser editada y notificada, el día 15 de Mayo de 2020.

SEXTO. Dado que por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y sus sucesivas prórrogas, y que esta Sección, como otros organismos judiciales, está en situación laboral de servicios mínimos, no ha sido posible editar y/o tramitar esta resolución en la fecha en que fue entregada por el magistrado ponente a la oficina judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandada Caixabank interpone recurso de apelación contra los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que declaran nulas por abusivas las cláusulas Cuarta A) y Quinta de las dos escrituras de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 2-12-05, relativas a los gastos devengados por el otorgamiento de las mismas y de comisión de apertura. En el primer motivo de apelación alega que está prescrita la acción en reclamación de la devolución de las cantidades consideradas indebidamente satisfechas por el demandante. No obstante, este motivo no puede ser admitido. Olvida la recurrente que el prestatario no ha podido ejercitar la acción de reembolso o reintegro de las cantidades que pagó hasta que ha sido declarada la nulidad de ambas cláusulas de las dos escrituras, cuyo contenido es idéntico, lo cual no ha sucedido hasta este procedimiento. Hasta su declaración de nulidad nada podía reclamar el prestatario precisamente por los propios efectos de la citada disposición contractual, de forma que el plazo de prescripción para poder



reclamar su reintegro, que constituye una acción personal, no puede empezar a contar hasta que se produce su declaración de nulidad pues es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción en virtud del principio de la "actio nata" (art. 1969 del C.c.). Como dice la STS de 22-5-08, citada por la de 25-3-09: "nuestro Código Civil, superando la teoría de la "actio nata", afirmativa para ser posible la prescripción, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuando debe entenderse que nació, afecta, a través de la normativa del artículo 1969 de dicho Código, la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo al que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en Sentencias de 26 de noviembre de 1943, 29 de enero de 1952 y 25 de enero de 1962, reiterando criterio ya sostenido en otras precedentes, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuar (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977). Análoga la Sentencia de 29 de enero de 1982".

SEGUNDO.- Con respecto al pronunciamiento que declara nula por abusiva la cláusula sobre comisión de apertura contenida en ambas escrituras de préstamo con garantía hipotecaria objeto de autos, alega la apelante, sucintamente, que dicha comisión ha sido ampliamente respaldada por el Banco de España; que retribuye la realización de una serie de servicios y gestiones administrativas e informáticas necesarias para la concesión del préstamo que necesitaba la parte demandante; que su importe está dentro los márgenes normales que suelen aplicar las entidades financieras en este tipo de cláusulas, por lo que en ningún caso pueden entenderse como abusivas.

TERCERO.- Es cierto que este tipo de comisiones aparecen expresamente contempladas en la normativa sectorial bancaria (Circular del Banco de España nº 8/1990 y OM de 5 de mayo de 1994, y también en las posteriores Ley 2/2009 de 31 de marzo, Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre y Circular del Banco de España nº 5/2012). En lo concerniente a su abusividad, debemos considerar que, conforme ha interpretado la STS nº 44, del Pleno, de 23 de enero de 2019 (rec. 2982/2018), que hemos seguido en nuestra Sentencia nº 189, de 11 de abril de 2019 y nº 419/2019, de 19 de septiembre de 2019, la comisión de apertura forma parte del precio del préstamo, junto con el interés remuneratorio, y se incluyen en el cálculo del TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, concluyendo que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido por los Tribunales, sino exclusivamente de control de transparencia, que en el supuesto que nos ocupa cabe predicar de la cláusula concreta impugnada. Así dicha STS nº 44 de 23 de enero de 2019 concluye en su Fundamento Tercero que "la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia", teniendo a la vista las normas bancarias antes indicadas, y considerando los argumentos ofrecidos por la Sentencia a quo sobre la que versa el recurso, que son semejantes a los contemplados en nuestro caso por la Sentencia de instancia objeto de esta apelación: "2. La Audiencia Provincial, en su sentencia, examinó la normativa que regula la transparencia bancaria en las operaciones con los clientes y concluyó que "no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión [de apertura] y de la posibilidad de repercutir [en los clientes] dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten". Tras lo cual, afirmó que las actuaciones en las que la entidad bancaria pretende justificar el cobro de dicha comisión no justifican el cobro de dicha comisión porque se trata de actividades internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente y que por tanto no cabe su retribución.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial añade que, aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad, se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU. Tal proporcionalidad no estaría probada en este caso.

Para la Audiencia, la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura. La existencia de una normativa bancaria que regula la comisión de apertura no sería óbice para la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios "en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan solo regula su transparencia y límites".

4. Concluye la Audiencia Provincial con esta afirmación:

"En definitiva, dado que la referida comisión de apertura 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 préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad"..."



Tales argumentos se desvirtúan por el TS expresando que "No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10. No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11. Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12. La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa 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, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

"En el apartado "Otros componentes de la TAE" se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales".

13. La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual "no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión" de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

14. La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

15. El hecho de que esas actuaciones iniciales sean "inherentes" a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios



distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

16. No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones "inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito". Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones "inherentes al negocio bancario" que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.

17. En este sentido, lleva razón la sentencia del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que "la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio".

Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, "que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo") y "las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos" (respecto de las que exige que "deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo"). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2.b de la vigente Ley 2/2009.

Por tanto, el principio de "realidad del servicio remunerado" no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo."

Por último, se razona que "18. Otro argumento que la Audiencia Provincial expone para declarar la abusividad de la comisión de apertura es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen.

Este argumento no se considera correcto por varias razones.

En primer lugar, resulta contradictorio que la Audiencia afirme que la comisión de apertura corresponde a actividades internas inherentes al negocio bancario, lo que implicaría el carácter abusivo de la misma, para a continuación afirmar que no ha quedado probada la realización de tales actividades, y justificar también la improcedencia de cobrar dicha comisión con base en esa ausencia de prueba.

En segundo lugar, no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo.

19. No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.

20. Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es "proporcionado" al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.

Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

21. En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal



exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei.

Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el "equilibrio prestacional" por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida.

22. La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la "comisión de riesgo" objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

23. Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo."

Conforme a las consideraciones expuestas, debemos estimar el recurso de apelación formulado por Caixabank en este extremo, concluyendo que la cláusula 4. A) que impone la comisión de apertura de ambos préstamos otorgados en sendas escrituras de 2-12-04 son válidas, al ser una condición clara y transparente, debiendo revocar la Sentencia de instancia respecto a dicho pronunciamiento.

CUARTO.- Con respecto a la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula relativa a los gastos de las dos escrituras hipotecarias suscritas se alega que la cláusula contractual no dispone nada distinto a lo que establece la ley; no impone gastos a la prestataria que por ley deba asumir el empresario; el título de pago no es la cláusula sino un pacto concreto entre empresario y consumidor; el abono de esas cantidades no ha sido percibido por la demandada sino por terceros; que los gastos notariales y registrales no pueden imponerse a la entidad bancaria por cuanto el interesado primordial en la intervención de dichos profesionales no es otro que el prestatario, al igual que los gastos de gestoría, de los que se beneficia el actor; y que no son de aplicación los intereses legales aplicados. Pues bien, sin perjuicio de destacar que ninguna prueba se ha practicado por la entidad bancaria demandada (art. 10 bis LGDCU) en aras a acreditar la existencia de una pretendida negociación, que es negada por la parte actora, sobre esta cuestión ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos en nuestro auto de fecha 19-12-17, en donde ya hicimos aplicación de la STS de 23-12-15 que señala al respecto:

"Decisión de la Sala:

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, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 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" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una 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. 89.3.3º 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).



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 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).

En la sentencia 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".

Las Sentencias nº 147 y 148/2018 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Pleno) de 15 de marzo de 2018 vienen a confirmar tales criterios, considerando abusivas las cláusulas que, sin negociación y de forma indiscriminada, atribuyen en todo caso al consumidor el pago de los gastos e impuestos, pese a que la ley, según los diversos supuestos, hace una distribución de los mismos entre las partes contratantes, argumentando estas sentencias lo siguiente:

"Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios

1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio , trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio, incluyendo impuestos) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imposables también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran



y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación".

QUINTO.- En el supuesto que ahora es objeto de recurso, la Cláusula Quinta de ambas escrituras de préstamo hipotecario de fecha 2-12-04 son similares a la declarada nula en las indicadas sentencias del Tribunal Supremo, puesto que igualmente imponen al prestatario, sin discriminación alguna, el pago de todos los gastos, honorarios e impuestos que origine el otorgamiento de la escritura, aun cuando exista disposición legal que establezca que son de cargo de la entidad financiera. Cabe añadir, además, que la cláusula no afecta al objeto principal del contrato, como es el precio o retribución, por lo que sólo habrá que examinar si con la atribución de un gasto determinado al consumidor se está contradiciendo una norma imperativa. Solamente podría excluirse la abusividad de la cláusula si se hubiese probado cumplidamente la existencia de una negociación expresa así como las concretas contrapartidas que el consumidor obtuvo por su inserción en el contrato. Sin embargo, ninguna prueba se ha aportado de la existencia de negociaciones y ni tan siquiera se ha señalado qué concretas contrapartidas obtuvo el prestatario a cambio de su aceptación. Sobre el particular es interesante traer a colación la reciente STS del Pleno de 23-1-19 que establece:

"2.-En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos 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.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice:

"21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

"22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

"23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

"24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

"25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)".

3.-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. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4.-La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (único tributo al que se refiere) es el prestatario, puesto que lo único que hace es, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento vigente en la fecha de suscripción del contrato".

Por lo tanto, la cláusula es nula por contravenir el artículo 89.3 del TRLCU al imponer al consumidor el pago de todos los gastos y el artículo 82.1 de la misma Ley al contravenir los principios de la buena fe y ocasionar al consumidor un desequilibrio importante en su derechos y obligaciones.

SEXO.- Procede ahora el examen de cada uno de los distintos gastos que en concreto son objeto de controversia, para determinar si corresponde su pago al prestamista, al prestatario o a ambos. En primer lugar, y con respecto a los **gastos notariales**, la premisa que debe tenerse en cuenta es que el préstamo se constituye en escritura pública porque al mismo tiempo se constituye un derecho real de garantía de su devolución, como es la hipoteca. Con respecto a esta garantía tanto el Código civil y como la Ley Hipotecaria exigen como requisito constitutivo que se formalice en escritura notarial y se inscriba en el registro de la propiedad. La citada STS de 23-12-15 indica que quien tiene interés principal en la documentación e inscripción de la escritura del préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución, pero después añade que la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues quien es beneficiario del préstamo es el cliente de forma que el préstamo puede considerarse como la principal fuente de la constitución de hipoteca, sin perder de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Sobre este extremo se han pronunciado también las recientes SSTS nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, concluyendo que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Añaden que esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, estiman que el interesado en la liberación de la del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. Y respecto a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, entienden que deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. En concreto la sentencia nº47/2019 dispone:

"Gastos notariales.

1.-En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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".

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real.

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.

2.-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 cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.-Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés".

Puesto que ha de estarse a la normativa tributaria específicamente reguladora, por lo que respecta al timbre del papel notarial, indica la STS de 15-3-18 lo siguiente:

"5.- En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto -préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-), tiene dos modalidades:

a) Un derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento).

b) Un derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento).

El art. 29 LITPAJD, al referirse al pago del impuesto por los documentos notariales, dice:

"Será sujeto pasivo 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".

Pero el art. el art. 68 del Reglamento del Impuesto contiene un añadido, puesto que tras reproducir en un primer párrafo el mismo texto del art. 29 de la Ley, establece en un segundo apartado:

"Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Aunque se ha discutido sobre la legalidad de dicha norma reglamentaria, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a que antes hemos hecho referencia no ha apreciado defecto alguno de legalidad (por todas, sentencia de 20 de enero de 2004). Y como hemos visto, el Tribunal Constitucional también ha afirmado su constitucionalidad.

6.- Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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 hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento".

Aplicando la anterior doctrina se puede comprobar que en las dos facturas de la notaría que han sido aportadas no se desglosa el concepto de timbre y, con respecto a las copias, no consta quién fue su solicitante, receptor y, por tanto, la parte interesada en su obtención y disposición, por lo que ante la falta de mayor concreción lo procedente es que sean ambas partes las que satisfagan este gasto por mitad, lo que supone que cada parte debe pagar 172,9 € (345'80 € : 2) por la primera escritura, y 200,76 € (401,52 € : 2), por la segunda escritura.

SÉPTIMO.- En relación a los gastos originados por la inscripción en el **Registro de la Propiedad** de la garantía hipotecaria, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, regulador del arancel registral prevé el pago por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba el derecho en el Registro de la Propiedad. Sobre este extremo se han pronunciado también las SSTS Sala Civil nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, concluyendo que la



garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasiona la inscripción de la hipoteca. Añaden igualmente que, en cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto. En concreto la sentencia nº47/2019 dispone:

"Gastos de registro de la propiedad.

1.-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 1º, 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 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

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 aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.-Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.-En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto".

En consecuencia, corresponde a la demandada el pago de los gastos de registro de inscripción de la garantía hipotecaria, cuyo importe asciende para ambas escrituras a la cantidad de 100,25 € y 126,31 €, respectivamente.

OCTAVO.- En cuanto a los **gastos de gestoría**, procede estar también a lo dispuesto por las recientes SSTs nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, que han concluido que también se impone el pago por mitad de los mismos. En concreto la Sentencia nº47/2019 dice:

"Gastos de gestoría

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 banco o por el 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 de 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".

En el supuesto de autos los gastos de gestión ascienden a 164,72 € y a 223,09 € para una y otra escritura, por lo que cada parte debe asumir la mitad de estas cantidades, o sea, 82,36 € y 111,54 €. En resumen, pues, Caixabank debe reintegrar a la demandante la cantidad de 355,51 € en relación a la primera escritura (172,9 € + 100,25 € + 82,36 €), y otros 438,61 € por la segunda escritura (200,76 € + 126,31 € + 111,54 €), lo que hace un total de 794,12 €.

NOVENO.- Tampoco puede ser acogido el argumento aducido, según el cual no procede que el prestamista reintegre esos gastos al prestatario al haber sido percibidos por terceros. Sobre este particular, ha establecido el TS en sentencia de 19-12-18 lo siguiente:

"En el caso enjuiciado, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente



nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

3.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, 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 pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (Zsolt Sziber):

"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:2016:980, apartado 66).

"35 Aunque el Tribunal de Justicia ya ha enmarcado de este modo, en distintas circunstancias y teniendo en cuenta los requisitos de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, no es menos cierto que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C381/14 y C385/14, EU:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía".

DÉCIMO.- Esta misma resolución del TS da respuesta a la queja de la apelante en cuanto a la aplicación de intereses a la cantidad que debe restituir la prestamista. Dice al respecto esta STS de 9-12- 18 que:

"Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.



En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)."

DÉCIMO PRIMERO.- La estimación parcial del recurso comporta que no proceda efectuar condena respecto al pago de las costas causadas en ambas instancias (arts. 394 y 398.2 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimamos, parcialmente, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CaixaBank SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida en autos de procedimiento ordinario 909/18 que revocamos parcialmente, dejando sin efecto la declaración de nulidad de las cláusulas de comisión de apertura de las escrituras notariales de fecha 2-12-04 suscritas por los litigantes, así como dejamos sin efecto la condena impuesta a Caixabank SA a la devolución del importe percibido por las mismas. Asimismo, revocamos parcialmente los pronunciamientos de condena derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos de ambas escrituras de 2-12-04, de forma que Caixabank SA deberá pagar al Sr. Javier la cantidad total de 794,61 € (355,51 € + 438,61 €). No procede efectuar condena con respecto a las costas causadas en ambas instancias.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, a los oportunos efectos.

Dese el destino que proceda al depósito que ha constituido la parte recurrente para recurrir en apelación, conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.