Roj: **SAP M 10241/2021 - ECLI:ES:APM:2021:10241**

Id Cendoj: **28079370282021100788**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Madrid**
Sección: **28**
Fecha: **24/06/2021**
Nº de Recurso: **1151/2021**
Nº de Resolución: **1717/2021**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **MILAGROS DEL SAZ CASTRO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0104648

Recurso de Apelación 1151/2021

O. Judicial Origen: Jdo de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 837/2017

APELANTE: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

APELADO: D./Dña. Reyes

PROCURADOR D./Dña. SUSANA TORO SANCHEZ

SENTENCIA Nº 1717/2021

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

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

D./Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO

D./Dña. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veintiuno.

La Sección vigésimo octava Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario nº 837/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 101 BIS de Madrid, que ha dado lugar al Rollo 1151/2021 seguidos entre partes, de una, como parte demandante-apelada Dña. Reyes , representada por la Procuradora Sra. Toro Sánchez y de otra como demandada-apelante-BANCO SANTANDER S.A.., representada por el Procurador Sr. Codes Feijoo

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. Doña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 101 BIS de Madrid, en fecha 24 de Abril de 2018, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que con ESTIMACIÓN TOTAL de la demanda interpuesta por la Procuradora Susana TORO SANCHEZ en nombre y representación de Reyes , contra la entidad BANCO DE SANTANDER SA:

A)Declaro la nulidad de la Cláusula Quinta, de gastos, de la Escritura de préstamo hipotecario con garantía suscrito entre las partes a fecha de 17 de septiembre de 2015, debiendo tenerla por no puesta manteniendo la vigencia del resto del contrato.

B)Declaro la nulidad parcial de la Cláusula Cuarto, de comisión de impagos, del contrato suscrito entre las partes a fecha de 17 de septiembre de 2015, debiendo tenerla por no puesta manteniendo la vigencia del resto del contrato.

D) Condeno a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 1.652,91 (MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS CON NOVENTA Y UN) Euros, cantidad que devengará los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial.

E) Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."

.

SEGUNDO.- Se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue admitido y dado traslado se presentó oposición por la contraria y previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 22 de Junio de 2021

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan y dan por reproducidos los fundamentos de derecho de la resolución recurrida en todo lo que no sean modificados por la presente.

PRIMERO.- Sobre la falta de prueba

Alega la apelante que al contrario de lo que se establece en sentencia, la parte actora no ha acreditado los gastos abonados, siendo carga que a ella se le impone

El motivo se estima, puesto que ciertamente consta en el procedimiento que junto con la demanda no se aportaron las facturas de los gastos que se reclaman y habiendo sido aportadas después alegando un error, no fueron admitidas por resolución que ha devenido firme, por lo que no puede considerarse acreditado que abonaran las cantidades reclamadas por los conceptos que se señalan en la demanda

La anterior conclusión no se desvirtúa por las alegaciones realizadas por la parte apelada, ya que el hecho de que el importe de los gastos se consigne en la oferta vinculante, no implica que el pago por la parte actora pueda considerarse acreditado, que es lo que se requiere para que pueda condenarse a la demandada a su restitución, no siendo suficiente con consignar el importe que la formalización de la operación va a suponer, sin que en el escrito de contestación se reconozca que la parte actora abonó las cantidades cuyo importe reclama, por lo que, existe falta de prueba del pago, y el motivo debe prosperar

SEGUNDO.- **La sentencia recurrida se equivoca cuando declara nula la cláusula quinta del préstamo hipotecario en lo relativo a la imputación al prestatario delos gastos de Notaría, Registro, Gestoría e Impuesto de actos jurídicos documentados.**

Se alega que al no existir ninguna disposición que imponga el pago de gastos al banco, no puede ser declarada nula.

La anterior alegación no puede ser acogida, ya que en esta materia, existe criterio jurisprudencial que, valorando las cláusulas en las que se atribuye sin distinción los gastos e impuestos al prestatario establece que son nulas, tal y como concreta la Sentencia de esta sección nº 883/2020 de 27 de Mayo de 2020, al señalar:

"La cláusula controvertida atribuye a los prestatarios los gastos de tasación, notariales, registrales, tributos, etc.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Debemos recordar, con la sentencia de instancia, que la *sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015* , 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)".*

Posteriormente, las *sentencias de Pleno de la Sala Civil, de fecha 15 de marzo de 2018* , declaran que " *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".*

Por su parte, la *sentencia 46/2019, de 23 de enero* señala a los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, teniendo en cuenta la doctrina del TJUE expuesta en la sentencia de 16 de enero de 2014, que " *resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, 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, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. 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."*

En el presente supuesto, se atribuyen al cliente todos los gastos y tributos que se devenguen con motivo del otorgamiento de la escritura y de su inscripción, por lo que aplicando la Doctrina expuesta, la cláusula es nula, sin que conste negociación individualizada, siendo abusiva según los criterios expuestos por el Tribunal Supremo, por lo que no puede considerarse que las argumentaciones de la parte sean relevantes para desvirtuar esa calificación.

En cuanto a la inexistencia de normativa que imponga al banco el pago de los gastos notariales y registrales, existe criterio jurisprudencial de atribución al que debe estarse, cuando, como aquí ocurre, la cláusula ha sido declarada nula, concretándolos la Sentencia del Tribunal Supremo de 26-10-2020, nº 556/2020, rec. 1735/2018, al establecer:

"Sobre la procedencia de atribuir al prestatario la obligación de pagar los gastos del Registro de la Propiedad, ya nos hemos pronunciando en otras ocasiones. Así en la Sentencia 377/2020, de 30 de junio, recordamos que "por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los Registradores de la Propiedad regulado en el *RD 1427/1989, de 17 de noviembre* , los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho". Y partiendo de lo anterior, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que "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". Así se establece en Sentencia, que en este aspecto debe ser confirmada-

"Respecto de los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como "la normativa notarial (el *art. 63 Reglamento Notarial* , que remite a la norma *sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre)* 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".

El mismo criterio resulta de aplicación a 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, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a 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.

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad", por lo anterior, en este aspecto, al haber condenado a la apelante a restituir el importe íntegro abonado por la apelada deberá estimarse parcialmente el motivo.

Por lo anterior el motivo se desestima, sin perjuicio que en este supuesto, como se señaló con anterioridad, no cabe la repercusión pretendida, por lo que tampoco procede el análisis de los motivos que se expresan con carácter subsidiario.

TERCERO.- Incorrecta declaración de nulidad de la cláusula de comisión por posiciones deudoras

Se alega que estas comisiones forman el precio del contrato, son pactadas, no son abusivas y se vinculan con servicios efectivamente prestados, sin que el incumplimiento de la normativa administrativa suponga abusividad, pues son normas de transparencia dirigidas a las entidades bancarias, siendo el pacto plenamente válido

El Tribunal Supremo en Sentencia 566/ 2019 de 25 de octubre de 2019, respecto de éste tipo de comisión estableció:

"**1.-** La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir *in situ* al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la *STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17* , *Gyula Kiss*), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la *STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13* , *Matei*), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

5.- Precisamente la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU."

En el presente supuesto, la cláusula cuarta de la escritura establece: " el banco percibirá por el concepto de comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de treinta y nueve euros (39 €), a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada"

De lo anterior se deduce que se establece como una reclamación automática y no se relaciona con la necesaria reclamación ni se identifica el tipo o clase de ellas que debe realizarse, por lo que no cumple los requisitos exigidos jurisprudencialmente y que han sido reseñados, y por tanto, la declaración de nulidad por ausividad que en sentencia se establece debe ser confirmada

CUARTO.- Costas de Primera Instancia.

Al estimarse parcialmente la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 394 LEC)

QUINTO.- Costas de esta alzada

Respecto de las costas de apelación, la estimación parcial del recurso, supone que no se haga expresa imposición de las causadas (art. 398 LEC)

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

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Codes Feijoo en nombre y representación de BANCO SANTANDER S.A. contra la Sentencia nº 1557/2018 de 24 de Abril de 2018, del Juzgado de Primera Instancia nº 101 Bis de Madrid, en el Procedimiento Ordinario número 837/2017, por lo que se realizan los siguientes pronunciamientos:

1.- Revocar parcialmente la sentencia apelada, en el sentido tan solo de absolver a la demandada del pronunciamiento de condena realizado en la sentencia apelada y de las costas de primera instancia, manteniendo invariables el resto de pronunciamientos que en ella constan.

2º. No hacer expresa imposición de las costas de esta alzada

En cumplimiento de lo dispuesto en el *artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución 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 del texto legal antes citado* , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la 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, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5399-0000-00-1151-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ