



Roj: **SAP OU 53/2019 - ECLI: ES:APOU:2019:53**

Id Cendoj: **32054370012019100031**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2019**

Nº de Recurso: **359/2018**

Nº de Resolución: **40/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00040/2019

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

JN

N.I.G. 32054 42 1 2017 0003460

RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000359 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de OURENSE

Procedimiento de origen: ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000445 /2017

Recurrente: Santos , Mercedes , BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador: ANA MARIA LOPEZ CALVETE, ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLANO

Abogado: ANGEL GARCIA GONZALEZ, SALVADOR SAMUEL TRONCHONI RAMOS

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA: 00040/2019

En la ciudad de Ourense a doce de febrero de dos mil diecinueve.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de procedimiento Ordinario Contratación 445/2017 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Ourense, Rollo de Apelación núm. 359/2018, entre partes, como apelantes, D. Santos y Dña. Mercedes , representados por la procuradora Dña. Ana María López Calvete, bajo la dirección del letrado D. Ángel García González, y, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representado por la procuradora Dña. Ana Maravillas Campos Pérez Manglano, bajo la dirección del letrado D. Salvador Samuel Tronchoni Ramos.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO



Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 29 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **FALLO** : Que ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Lucía Sacto Rodríeuz, actuando en nombre y representación de Sonsoles, frente a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA, representada por la Procuradora Paula Cadaveira González, y, en consecuencia,

1.- Declaro la nulidad de la cláusula tercera bis e) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 5 de enero de 2005, sin la aplicación de los límites del 3'25% y 10'25% fijado en la cláusula suelo por ser abusiva.

II.- Condeno a la entidad demandada a eliminar la cláusula mencionada en el punto anterior.

III.- Condeno a la entidad demandada a la devolución a la parte actora las cantidades que se hayan cobrado en exceso en aplicación de las mismas que se cifran en SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (7.332'50 €). Dicha cantidad devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta Sentencia hasta el completo y efectivo pago de lo debido.

A dicha cantidad se le restarán 2.110,16 € (que la entidad demandada devolvió de forma voluntaria a la parte actora el 24/08/2017) incrementada en el interés legal del dinero, desde la fecha de su percepción hasta la fecha de esta sentencia y, desde la fecha de esta sentencia, incrementada en el interés del artículo 576 de la LEC, hasta el completo y efectivo pago de lo debido.

IV.- Se condena a la entidad demandada a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo a interés variable.

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

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D. Santos y Dña. Mercedes y por la de BBVA recursos de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la respectivas representaciones procesales, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En la sentencia dictada en el presente procedimiento, estimándose la demanda formulada por Dña. Mercedes y D. Santos contra la entidad BBVA Argentaria SA, se dictó sentencia en la que, entre otros pronunciamientos, se declaró la nulidad de la cláusula 4.1 en la que se fija una comisión de apertura en relación al préstamo con garantía hipotecaria suscrito el día 12 de septiembre de 2002 entre los litigantes, así como la nulidad de la cláusula 5 relativa a los gastos a cargo de los prestatarios, condenado a la entidad demandada a reintegrar a los actores por estos gastos la suma de 878,78 euros. Frente a dicha resolución se interpone por los actores recurso de apelación discrepando del pronunciamiento por el que no se condena a la entidad a reintegrarles la cantidad de 961,62 euros abonada en concepto de comisión de apertura. Y la entidad bancaria interpone también recurso de apelación alegando la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, discrepando también de los efectos anudados a dicha declaración.

Segundo.- En relación a la cláusula cuarta, apartado primero, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de la que se impone a la parte prestataria, en concepto de comisión de apertura, el pago de una cantidad equivalente al 1,00% sobre el importe total del préstamo, con un máximo de 961,62 euros, la parte demandada mantiene que se trata de una cláusula legal, totalmente válida y ajustada a derecho que no puede considerarse abusiva al responder a la prestación de servicios asociados al préstamo.

Partiendo de que en absoluto se ha acreditado que la cláusula en cuestión hubiera sido negociada entre las partes respecto a su legalidad ha de tenerse en cuenta la normativa sectorial vigente en el momento de la suscripción del contrato. Y en ese momento se hallaba en vigor la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de intereses y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la Circular del Banco de España 8/1990 y la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, sustituidas hoy por la Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre y la Circular 5/2012, de 27 de junio. Pues bien, el Banco de España y la normativa sectorial hacen referencia explícita a esta cláusula, dotándola de apariencia, al menos, de buena práctica bancaria.

Efectivamente, se refiere expresamente a ella la Circular 8/1990 de 7 de junio, en su Norma 3-bis B, que establece que se devengará una sola vez y englobará cualquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados



por la concesión del préstamo, y lo hace también el Anexo II sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario de la Orden de 5 de mayo de 1994 que incluye, en su artículo 1 sobre su ámbito de actuación, como cláusula 4ª.1, la comisión de apertura indicando "cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán integrarse obligatoriamente en una única comisión que se denominará comisión de apertura y se devengará por una sola vez". La misma cláusula 4ª en su apartado 2 admite, entre otras, las comisiones que habiendo sido comunicadas al Banco de España "respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo".

A su vez, la Ley 3/2009, de 31 de marzo, después de reiterar los principios de liberalización y realidad del servicio o gasto repercutidos, en su artículo 5.1, en el ordinal 2, al referirse a los préstamos o créditos hipotecarios vinculados a la adquisición de viviendas, se refiere a la comisión de apertura en términos sustancialmente idénticos a los de la citada circular.

Según la doctrina científica, la comisión de apertura responde a la disponibilidad inicial del nominal que conlleva la concesión del préstamo o crédito, aún con la limitación cuantitativa establecida tanto en la circular como en la Ley, al disponer que integrará cuantos gastos genere la concesión o tramitación del préstamo o crédito; o también sugiere que, desde el plano normativo, dicha comisión tanto comprende el servicio de poner a disposición del prestatario o acreditado, el nominal, como los gastos asociados y previos a la decisión de otorgar al cliente bancario este servicio.

La referencia explícita de la normativa a la "comisión de apertura", no puede sin embargo soslayar la exigencia legal de que "responda a un servicio efectivamente prestado al cliente bancario, ni menos la protección que al consumidor dispensa la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, respecto de la que el artículo 1 de la Ley 2/2009, declara su preferencia si otorga mayor protección.

Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo, desde el sistema normativo de esta clase de contratos contenido en el Código Civil y en el Código de Comercio, no puede percibirse qué tipo de servicio se le otorga al cliente, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero. Y si como gasto (de estudio y otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo) era difícil de entender, del mismo modo es difícil comprender por qué lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (interés ordinario y moratorio).

La actual Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en su apartado 87.5, reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio), pero, además de que su interpretación debe ser restrictiva, con limitada proyección a determinados sectores empresariales, el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habido o prestado, de forma que si esa proporcionalidad no existe, ello incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el artículo 80 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Pero es que además, ha de tenerse en cuenta, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en cuanto dicha normativa no impone la introducción, en los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que, tan solo, regula su transparencia y límites.

En este caso no se percibe que la comisión de apertura corresponda a un servicio o gasto real y efectivo y, además, si se considerase como gasto difuso inherente a la actividad de concesión de préstamos, tampoco se acreditó su proporcionalidad. Por todo ello la cláusula debe considerarse abusiva por falta de reciprocidad, al haberse fijado la comisión mediante un porcentaje en relación al nominal del préstamo, sin que conste causa alguna para su devengo, toda vez que la entidad bancaria no ha concretado cuál sea el servicio retribuido de entre los autorizados para la comisión de apertura por la Orden de 5 de mayo de 1994, ni, consecuentemente lo ha probado.

Consecuencia de dicha declaración ha de ser el reintegro a la parte actora por la entidad bancaria de la suma recibida por tal concepto, 961,62 euros, discrepándose en este extremo de la resolución apelada sobre la justificación del abono, pues la entidad ni en la contestación a la demanda ni en la vista negó haber percibido la suma, sin que la expresión contenida en la contestación sobre la falta de aportación por la actora de documentos que justifiquen el abono signifique una negativa expresa del cobro. Además en la propia cláusula 4.1 de la escritura de préstamo hipotecario se indica que "Este préstamo devenga una comisión de gastos del UNO POR CIENTO sobre el capital total del préstamo (con un mínimo de NOVECIENTOS SESENTA Y UN



EUROS Y SESENTA Y DOS CÉNTIMOS (961,62 EUROS)) que se liquida y se abona en este acto por la parte prestataria al Banco, mediante cargo que éste hace de su importe en la cuenta corriente abierta a nombre de aquella". De dicha expresión se deduce que el pago del importe de la comisión se realizó en el momento de la firma del contrato, especificándose la forma de pago, es decir, cargo directo de la entidad bancaria en la cuenta corriente de los actores, no existiendo, por tanto, ninguna duda de que el pago se verificó, por lo que el reintegro de es de evidente procedencia.

Tercero.- la entidad bancaria alega que es improcedente la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato sobre gastos a cargo de la parte prestataria. Dicha cláusula establece: "Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía".

La cláusula en cuestión es muy amplia, ha sido redactada por el banco predisponente, tiene una vocación omnicompreensiva, pretende englobar todos los gastos y tributos que pudieran existir, presentes y futuros, atribuyendo su pago al consumidor prestatario. Sobre este tipo de cláusulas y subrayando las características antedichas, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de diciembre de 2015 , que resuelve sobre la nulidad de una cláusula similar a la que nos ocupa.

Dicha sentencia, dictada en un procedimiento en el que se ejercita una acción colectiva por la OCU frente a Banco Popular y BBVA, afronta el análisis de una cláusula que atribuye todos los gastos de formalización, inscripción, gestoría y tributación al consumidor. Se constata que se trata de una cláusula de una extensión excesiva y se concluye que es abusiva esa transmisión a uno solo de los contratantes de todos los gastos que incluye, en atención a lo dispuesto en el artículo 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , que se refiere a cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. En concreto, en su párrafo 3 considera abusiva tanto "la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (número 2º), como "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario" (número 3º). Añade también que en la compraventa de viviendas, una de cuyas fases es la financiación que suele obtenerse con un préstamo con garantía hipotecaria, se consideran abusivas en diversos apartados del artículo 89 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , las cláusulas que imponen al consumidor los gastos de preparación de la titulación que corresponden al empresario por su naturaleza; la que le impone el pago de los tributos en que el sujeto pasivo es el empresario, las que tienen como objeto imponerle bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados y los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresados con la debida claridad y precisión. Sobre tales bases declara que tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o en cuyo favor se inscribe el derecho; y quien tiene interés principal en la documentación o inscripción de la escritura de préstamo hipotecario es el prestamista, que obtiene así un título ejecutivo (artículo 517 Ley de Enjuiciamiento Civil), constituye la garantía real (artículos 1875 del Código Civil y 2.2 de la Ley Hipotecaria) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Concluye así que una cláusula como la examinada no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos derivados de la intervención notarial y registral, haciendo recaer la totalidad sobre el hipotecante, aunque la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa. Aunque el negocio principal sea el préstamo, la garantía se adopta en beneficio del prestamista; y por ello, la estipulación ocasiona al cliente un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

Como se ha dicho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del Tribunal Supremo se dictó en ejercicio de una acción de cesación, ordenando precisamente la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a éstos no puede decirse que la cláusula sea abusiva. La perspectiva desde la que debe abordarse la cuestión es distinta en una acción colectiva de cesación de la que debe adoptarse en el marco de una acción individual de nulidad; aquella busca prohibir la utilización en el futuro de una condición general de contratación que, en los términos en que había sido redactada, resulta ser abusiva y, por tanto, en ella prima el control abstracto o formal de la misma, prescindiendo por ello no solo de la información particularizada sobre su alcance y contenido que haya podido recibir el consumidor con carácter previo a la suscripción del contrato, sino, lo que es más relevante, del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera.



Es decir, en el marco de la acción individual de nulidad de una condición general de la contratación puede y debe discriminarse aquellos extremos que puedan merecer dicha sanción, frente a los que por el contrario hayan de conservar plena validez y eficacia, porque el artículo 82.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007 admite la nulidad parcial cuando advierte que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato". Es verdad que el precepto solo alude a la negociación individualizada de la cláusula o de parte de la misma, pero es obvio que cuando la condición general de que se trate simplemente transcriba la solución prevista en la norma vigente al tiempo del otorgamiento no podrá decirse que causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor y usuario, pues en definitiva esa era carga que ya le venía impuesta por el Derecho positivo. Por el contrario, cuando la condición general traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá que apreciar la abusividad, con la consiguiente declaración de nulidad de la cláusula con la limitación de sus efectos a aquellos gastos que hayan sido imputados injustificadamente al primero.

Con ello no se entiende que se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y vulnerando lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que señala que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas; 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 en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo se han impuesto en nuestro ordenamiento jurídico. El derecho de reintegro del artículo 1301 del Código Civil, derivado de la nulidad, únicamente afectará a la parte de los gastos que fueron imputados al consumidor y que no eran de su cargo, sin que proceda la devolución de aquellos otros que sí eran de su cuenta y que debía satisfacer conforme a la legislación vigente. En definitiva, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por ello al ser obligación del Juez dejar de aplicar una cláusula abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas, la consecuencia será la correspondiente obligación de restitución de tales importes. Pero lo que el Derecho de consumo comunitario no exige es que se devuelva al consumidor más de lo que corresponda, imponiéndose a la entidad financiera la obligación de abonar gastos de los que no es deudora, por haberse generado en beneficio del consumidor o corresponder al mismo su satisfacción conforme a las normas de Derecho interno, y sin que ello suponga romper el justo equilibrio de las prestaciones de las partes sino respetar la reciprocidad y bilateralidad del contrato y las obligaciones propias que impone la disciplina legal.

En suma, según señala la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en 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.

Cuarto.- Discrepa también la entidad bancaria de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula en relación a los gastos notariales y registrales.

La cláusula, en vez de asegurar la reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la norma reglamentaria permitiría una distribución equitativa a falta de pacto expreso, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, pues aunque el beneficiado por el préstamo es el cliente y ese negocio es el principal frente a la constitución de la hipoteca, la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Se trata de una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (artículo 89.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), por lo que ha de declararse nula.

Declarada así la nulidad, la cuestión es determinar si su consecuencia debe ser la restitución por el banco a la actora del importe de los gastos notariales y registrales o cómo han de ser satisfechos. En relación a los gastos notariales, el artículo 63 del Reglamento del Notariado señala que "la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel". En la escritura de préstamo hipotecario se formalizan dos negocios jurídicos, con autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo del derecho real de hipoteca. Esta diversidad no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables:



el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado, prevaleciendo una consideración unitaria del conjunto, aplicándose el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

La base minutable en el préstamo hipotecario se determina de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4ª.2), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.

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".

La obligación de pago se imputa, en primer lugar, al sujeto requirente; y en defecto de aquél, la obligación de pago se atribuye al sujeto interesado. El precepto establece una norma de primer grado y otra de segundo, aplicable en defecto de la primera. La expresión "y en su caso" establece un régimen de subsidiariedad de la segunda norma, pago por los interesados, respecto a la primera, pago por los requirentes, de forma que solo puede acudir a aquélla en defecto de ésta.

Por ello, en primer lugar ha de determinarse quién es el sujeto requirente. Al respecto es cierto que la escritura de préstamo hipotecario se redacta siempre conforme a la minuta elaborada por la entidad bancaria, lo que es lógico pues se trata de un negocio conformado por condiciones generales en que el banco es el predisponente y que, además, contiene usualmente diversas normas técnicas, como las que afectan a la aplicación de fórmulas matemáticas para el cálculo de intereses, que exigen conocimientos que normalmente no están al alcance de un consumidor medio. Ello, sin embargo, no significa sin más que el banco sea el que requiere la actuación notarial; no pudiendo, en ausencia de cualquier clase de prueba, realizarse esa inferencia pues es posible que prestamista y prestatario, conjuntamente, requieran la intervención notarial conforme a la minuta redactada por la entidad. Habrá de tenerse en cuenta la prueba que se practique, que normalmente es solo la propia escritura; y de ella se deduce que las dos partes aparecen ante Notario, como comparecientes, otorgantes de la escritura; ambas partes, prestamista y prestatario, mediante actos concluyentes, han patentizado de esa forma que solicitan la intervención del Notario. Así se establece en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de septiembre de 2017 : "...si aplicamos la mentada norma arancelaria podíamos concluir, que si ambas partes acuden al notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podían compelerse recíprocamente conforme al artículo 1279 en relación con el artículo 1280 del Código Civil , es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial; por lo tanto, por tal circunstancias y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio de los servicios profesionales prestados (artículo 1544 del Código Civil), vínculo obligacional distinto del propio negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente. Es más, conforme a la normativa fiscal el arancel le corresponde satisfacerlo a los usuarios del servicio".

En suma, ambos se someten a la intervención del Notario, apareciendo ambos como requirentes de sus servicios. La prestación de sus funciones se lleva a efecto a instancia de ambas partes, siendo necesario ese previo requerimiento para la prestación de la función notarial debido a su carácter rogado proclamado por el artículo 3.1 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, cuando dispone que el notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados. La rogación genera una relación jurídica entre los requirentes y el notario, independiente del acto que autoriza el fedatario público, que genera obligaciones a cargo del Notario y de los requirentes, entre las que se encuentra el pago de sus aranceles. La naturaleza jurídica de este vínculo se ha calificado como arrendamiento de servicios, de obra, mandato o incluso relación contractual sui generis, pero en cualquier caso de su prestación nace el derecho del fedatario público de percibir sus honorarios, que se han fijado por el sistema arancelario.

Si la obligación de pago de los honorarios corresponde a los que hubieran requerido la prestación de los servicios del Notario y esa condición común corresponde a prestamista y prestatario, son ambos los que deben abonar los derechos correspondientes.

Aún en la hipótesis de que aplicásemos la segunda regla prevista en el régimen de subsidiariedad en el Arancel notarial para regular la imputación de gastos notariales, la solución sería la misma. Ese segundo criterio establece que el pago corresponderá "...a los interesados según las normas sustantivas y fiscales". Es preciso determinar entonces quiénes son esos "interesados". La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 clarifica la cuestión de quién debe considerarse "interesado" en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, declarando que en el préstamo hipotecario existe interés tanto del prestatario (en



el préstamo) como del prestamista (la constitución de hipoteca), y al referirse, por otro lado, a que la norma reglamentaria contempla una distribución equitativa del gasto examinado. En dicha sentencia tras recordar que tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad atribuyen la obligación de pago al solicitante, del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación, se señala que quien tiene interés principal en la documentación e inscripción de la escritura es, sin duda, el prestamista; y que la cláusula impone el pago de esos gastos al hipotecante, a pesar de que la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, no permite una mínima reciprocidad en la distribución, aunque el beneficiado por el préstamo sea el cliente y ese negocio pueda calificarse como principal frente a la constitución de la hipoteca. El beneficiario por tanto del préstamo es el cliente, pero la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Ciertamente, el prestamista ha de considerarse interesado porque obtiene indudables ventajas de la constitución de la hipoteca, para lo que es requisito necesario el otorgamiento de la escritura pública: en primer lugar, obtiene un título ejecutivo, pues el artículo 517.2.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla como título ejecutivo las escrituras públicas, con tal de que sea primera copia, o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes; a ello se añade que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala que el procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. De otro lado su crédito es preferente según el artículo 1923 .3º del Código Civil y en caso de concurso de acreedores del deudor prestatario, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial (artículo 90.1.1º de la Ley Concursal).

Ello no excluye, sin embargo, que no pueda considerarse igualmente interesado al prestatario, pues es a él, no al prestamista, al que le interesa obtener el préstamo, y es claro que las condiciones de un préstamo son diferentes, mucho más favorables, para el prestatario si se ofrece garantía hipotecaria que si se concierta un préstamo personal, y aquello no es posible si no se otorga la escritura pública, requisito constitutivo de la hipoteca.

Así pues, tanto el prestatario como el prestamista pueden considerarse interesados en el otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, y entonces, aplicando el segundo criterio contemplado en la norma arancelaria (pago por los interesados según las normas sustantivas y fiscales) ambos serían deudores de la intervención notarial.

Ya se atienda al criterio del requirente de los servicios notariales ya se aplique la norma subsidiaria prevenida en el arancel que imputa los gastos al interesado, la conclusión es la misma: ambos son deudores de la intervención notarial. El prestamista es también deudor de dichos gastos, sin que los mismos correspondan de forma exclusiva al prestatario. Por consiguiente la repercusión no negociada individualmente, predispuesta e impuesta al consumidor, supone atribuirle el pago de gastos notariales cuyo abono corresponde, al menos en parte, a la entidad prestamista. Además, tampoco el arancel deslinda a efectos retributivos, el préstamo y la hipoteca, dándoles un tratamiento conjunto. La cláusula por tanto, con tal contenido, al atribuir al prestatario el pago de la totalidad de los honorarios ha de considerarse abusiva y, por tanto, nula, y en relación a los efectos de dicha declaración en relación al pago de los gastos, en defecto de otro criterio aplicable a este caso concreto, se considera a ambos contratantes deudores que, frente al fedatario público, ostentan la condición de deudores solidarios al existir una comunidad con el objetivo común de obtener la formalización del préstamo en instrumento público con indiscutibles ventajas para ambos, siendo ambos requirentes del servicio necesario para su obtención. Por tanto ambos están obligados solidariamente frente al Notario al pago de la totalidad de los gastos; e internamente cada uno de ellos responde de la mitad de la deuda (artículos 1137 y 1138 del Código Civil). Por ello los aranceles del Notario se deben abonar por partes iguales y, en este caso, habiendo ascendido los mismos a la suma de 515,15 euros, la entidad debe reintegrar a los actores la cantidad de 257,57 euros.

Quinto.- La misma cláusula entre otras determinaciones impone también al prestamista el pago de los gastos registrales. Tal estipulación ha de declararse abusiva al encajar plenamente en lo dispuesto en el artículo 89.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que califica como tales, en su número 3º, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición) 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 (artículo 89.3.3º letra a).

Si la cláusula es nula se ha de tener por no puesta, debiendo entonces determinarse conforme a la normativa aplicable quién debe afrontar los gastos registrales. El Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava:



"1. 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.

2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Por otro lado el artículo 6 de la Ley Hipotecaria establece que "la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho".

Indudablemente la hipoteca se inscribe a favor del banco, que es la persona a favor de la que se constituye el derecho real de garantía; por ello, conforme a las reglas expuestas, es quien debe abonar los derechos del Registro. A diferencia del Arancel Notarial que sí hace referencia, como criterio subsidiario 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. 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.

Sexto.- En relación a los gastos de gestoría o tramitación, es un hecho notorio que las entidades prestamistas suelen encargar a una gestoría los trámites necesarios para el otorgamiento de escrituras públicas de préstamo hipotecario, y si el prestatario no está de acuerdo con esa intervención, posiblemente no le entregaría el importe del préstamo en tanto no tuviese constancia de la inscripción en el Registro de la garantía hipotecaria.

En la cláusula objeto de litis se determina que esos gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y oficina liquidadora de impuestos, servicios prestados por la gestoría, serán de cuenta del prestatario. La cláusula es nula, pues el artículo 85.5 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios declara como condiciones abusivas "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". También el artículo 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios , señala: "las entidades de crédito y demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo". Pues bien, que los servicios prestados por la gestoría comprendan, en realidad, cometidos en los que están interesadas ambas partes pues van encaminados al éxito del contrato, realizando gestiones necesarias para lograr la finalidad contractual perseguida, aunque sean de carácter técnico o burocrático a practicar ante el fedatario público y el registrador. Si ello es así, siendo esas gestiones útiles para la constitución de la hipoteca y también para la formalización del préstamo concedido, su coste debe repartirse por mitad entre las dos partes. Y así, la suma que la demandada debe reintegrar a la actora por los gastos satisfechos en concepto de gestión ha de limitarse a 69,71 euros.

Séptimo.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en esta alzada.

Procede la devolución a los recurrentes de la totalidad del depósito constituido para apelar, de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Santos y Dña. Mercedes y la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Ourense , en autos de Juicio Ordinario 445/2017, que se revoca en el sentido de condenar a la entidad demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, a abonar a los actores, la cantidad de mil quinientos trece euros y diez céntimos (1.513,10 euros); todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento en relación a las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a los recurrentes la totalidad del depósito constituido para apelar.



Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ