



Roj: **SAP O 1956/2020 - ECLI: ES:APO:2020:1956**

Id Cendoj: **33044370012020100815**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2020**

Nº de Recurso: **173/2019**

Nº de Resolución: **867/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA

OVIEDO

SENTENCIA: 00867/2020

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 **Fax:** 985968731

Equipo/usuario: MSL

N.I.G. 33044 42 1 2018 0006930

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000173 /2019

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002627 /2018

Recurrente: LIBERBANK SA

Procurador: MARIA GARCIA-BERNARDO ALBORNOZ

Abogado: VERONICA GARCIA GRANA

Recurrido: Vicenta

Procurador: CECILIA LOPEZ-FANJUL ALVAREZ

Abogado: NIEVES IBAÑEZ MORA

SENTENCIA nº 867/2020

RECURSO APELACION 173/19

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Eduardo García Valtueña

Ilmo. Sr. D. Miguel Antonio del Palacio Lacambra

Oviedo, a uno de Junio de dos mil veinte.



VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2627/2018, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 173/2019, en los que aparece como parte apelante, la entidad LIBERBANK SA, representada por la Procuradora MARIA GARCIA-BERNARDO ALBORNOZ, asistida por la Abogada VERONICA GARCIA GRANA, y como parte apelada, Vicenta , representada por la Procuradora CECILIA LOPEZ-FANJUL ALVAREZ, asistida por la Abogada NIEVES IBAÑEZ MORA, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL ANTONIO DEL PALACIO LACAMBRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 29 de Octubre de 2018 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la representación procesal de D^a. Vicenta contra **LIBERBANK S.A:**

"1.- DECLARO la abusividad por falta de transparencia y, por tanto, nulidad radical de la **estipulación quinta, apartados b) y d)** del contrato de préstamo hipotecario suscrito por la actora con la entidad demandada en fecha 29 de noviembre de 2001. **CONDENANDO** a la entidad demandada a eliminar dicha condición general del préstamo hipotecario declarada nula.

2.- **CONDENO** a la entidad demandada al abono a la actora la cuantía de **MIL TRESCIENTOS CINCO EUROS CON VEINTICINCO CENTIMOS**. Desglosada del siguiente modo:

- . - **comisión de apertura**. - 631,06€.
- . - aranceles notariales. -449,62€.
- . - aranceles registrales. - 224,57€.

Con la aplicación del interés legal desde su abono. Y del art. 576 LEC.

3.- SE **CONDENA EN COSTAS** a la parte demandada."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 1 de Junio de 2020.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la entidad demandada, Liberbank SA la sentencia que estima íntegramente la demanda que dirige contra la misma la representación de doña Vicenta y declara nulas las cláusulas de gastos y **comisión de apertura**, insertas en la escritura pública de préstamo hipotecario firmado por ambas partes el día 29 de noviembre de 2001, condenando al tiempo al abono de los gastos de Registro de la Propiedad, y notaría del inmueble hipotecado, así como intereses legales desde la fecha de cada **pago** hasta sentencia de primera instancia y desde ese momento y hasta el completo **pago** los del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Son motivos del recurso la plena validez de las cláusulas sobre gastos y **comisión de apertura** por responder a un pacto pacíficamente admitido por las partes, con crítica a la extrapolación de los pronunciamientos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 213 de diciembre de 2015; subsidiariamente se critica la condena a restituir la entidad prestamista los gastos abonados y sus intereses, así como la imposición de costas realizada.

SEGUNDO.- Es objeto del recurso la validez o no de la cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario hechos entre las partes en las fechas señaladas al inicio de la fundamentación. Por la cual se establece el que sería el prestatario quien asumiría toda una serie de gastos, donde en este momento destacan los gastos de notaría,y Registro de la propiedad.

A este respecto, las Sentencias números 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, del Tribunal Supremo, ratifican lo expuesto en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, al declarar 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".

Lo anteriormente transcrito, ha de suponer la desestimación del recurso en cuanto a la pretensión de validez de la cláusula, y la confirmación de la decisión de instancia. En el presente caso, al igual que en las Sentencias referidas, resulta una cláusula que traslada al prestatario la totalidad de los gastos devengados con ocasión del otorgamiento del préstamo hipotecario, resultando la nulidad que se justifica en la Sentencia de instancia.

Para concluir este primer apartado decir que imponer que todos y cada uno de los gastos del préstamo debe asumírselos el prestatario, claro está que produce un claro desequilibrio. La cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de las actuaciones notarial, registral, o de gestoría, 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, con términos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015, 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 (artículo 89. 2 TRLGCU).

TERCERO.- Es procedente analizar los distintos gastos a que hace referencia también en forma separada el recurso. Así las cosas, las STS de 23 de enero de 2019 antes reseñadas, manifiestan que " Desde este punto de vista, 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. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente 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, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

*Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el **pago** de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo **pago** corresponde por completo al prestamista, que fue también la solución adoptada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia".*

Trasladado lo anterior al presente caso, el recurso debe estimarse cuanto menos en modo parcial, a fin de adecuar la situación del litigio a la anterior doctrina. Se aportaron facturas de gastos de Notaría por los importes de 449,62 euros, lo que implica que cada parte habrá de abonar la mitad. Esto es, 224,81 euros, que en lo que ahora interesa, es la cantidad que la apelante habrá de abonar al prestatario.

En lo que atañe a los gastos de Registro de la Propiedad, se aporta factura demostrativa de que los honorarios de la inscripción lo fueron por la cantidad de 224,57 euros, cantidad que habrá de ser abonada por Liberbank.

Resulta en consecuencia la cantidad de 449,38 euros, que habrá de abonar Liberbank.

CUARTO.- Se recurre asimismo el devengo de intereses y el momento a partir del cual deben operar. En la sentencia de instancia se fijan desde la fecha del **pago**, decisión que ha de ser confirmada. A este respecto, la STS de 19 de diciembre de 2018 resuelve la cuestión acerca del devengo de intereses, al indicar que " 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 elLegislación citadaCC art. 6.1 art. 1896 CCLegislación citada que se interpretaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1896 (16/08/1889), 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 Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 22/10/1991 **Pago** indebido. Restitución. Interés legal desde que se recibió el **pago** indebido.). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo Jurisprudencia citada a favor STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 20/05/1959 Pago indebido con mala fe del beneficiado. Restitución. Interés legal desde que se recibió el **pago** indebido., 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 Legislación citada que se interpreta Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1896 (16/08/1889) excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 Legislación citada que se interpreta Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1101 (16/08/1889) y 1108 CC Legislación citada que se interpreta Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 1108 (04/07/1984) (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)"

QUINTO.- Prosigue el recurso con la declaración de nulidad de la cláusula quinta letra b en lo relativo al establecimiento de una **comisión** de **apertura**. Al hilo de la **comisión** de **apertura**, las STS 44, 46, 47, 48 y 49 del Tribunal Supremo, manifiestan que " 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.

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....

... **6.-** Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una **comisión** de **apertura** además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una **comisión** que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo , lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo ; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".

A la vista de lo anterior, debe estimarse el recurso, dejando sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula quinta letra b del contrato de préstamo hipotecario hecho entre las partes, respecto el establecimiento de una **comisión** de **apertura**. Y en consecuencia, de la condena impuesta al apelante de que restituya la cantidad percibida por tal concepto.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394, 397 y 398 LEC, estimado parcialmente el recurso, no procede realizar expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación. Estimado el recurso, la demanda se estima parcialmente, no habiendo lugar a la imposición de las costas de la primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

