



Roj: **SAP B 1501/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:1501**

Id Cendoj: **08019370152019100384**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **01/03/2019**

Nº de Recurso: **255/2018**

Nº de Resolución: **408/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0827942120170059703

Recurso de apelación 255/2018 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Terrassa

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 354/2017

Cuestiones.- Nulidad de condiciones generales de la contratación. Cláusula de atribución de gastos a cargo de prestatario. Efectos de la nulidad.

SENTENCIA núm. 408/2019

Composición del Tribunal:

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Anna Esther Queral Carbonell

MARTA PESQUEIRA CARO

En Barcelona, a 1 de marzo de 2019

Parte apelante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Letrado: Jordi Gras Sagrera.

Procurador: Álvaro Cots Durán.

Parte apelada: Jose Miguel y Sabina .

Letrada: Anabel de la Torre Bates.

Procurador: Joaquim Tarín Bellot.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 27 de noviembre de 2017.

Parte demandante: Jose Miguel y Sabina .



Parte demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO parcialmente la demanda formulada por D. Jose Miguel y Dña. Sabina , frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA) y, en consecuencia:

1.- *SE DECLARA NULA por su carácter abusivo la cláusula TERCERA BIS 2.2. cuyo tenor literal es "El tipo de interés de referencia convenido en el apartado 3 bis 2.1 no podrá exceder al índice máximo que se describe a continuación más dos puntos, ni ser inferior al mencionado índice de referencia"; de la escritura de subrogación firmada el 9 de marzo de 2006 con número de protocolo 1167; y también SE DECLARA NULA por abusiva la CLÁUSULA QUINTA GASTOS de la escritura de 9 de marzo de 2006 con número de protocolo 1167 y 1168, y de la escritura de fecha 3 de abril de 2008 con número de protocolo 879, debiendo tenerse por no puestas.*

2.- *SE CONDENA a la parte demandada, a que abone a la parte demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula tercera bis desde su celebración, más los intereses legales correspondientes, en el caso de que se hubieran cobrado alguna cantidad.*

3.- *SE CONDENA a la parte demandada a la devolución a la parte demandante de la cantidad de MIL CUARENTA Y UN EURO CON NOVENTA Y UN CÉNTIMO (1041,91 euros), más los intereses legales del dinero a partir de la reclamación judicial, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia (artículo 576 Lec).*

3.- *SE DESESTIMAN las restantes pretensiones formuladas por la parte actora (lo peticionado respecto de la cláusula IRPH), ABSOLVIENDO a la demandada respecto de las mismas.*

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 27 de febrero de 2019.

Ponente: magistrada Anna Esther Queral Carbonell.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece contextualizado el conflicto en esta instancia.

1. La parte actora ejercitó una acción de nulidad, por abusivas, de las cláusulas incorporadas como condiciones generales de la contratación en la escritura pública de compraventa con subrogación de crédito hipotecario de 9 de marzo de 2006, en la escritura pública de préstamo hipotecario de 9 de marzo de 2006 y en la de préstamo hipotecario de 3 de abril de 2008, sobre IRPH y tipo sustitutivo y atribución de gastos e impuestos a la parte prestataria. Interesó también la condena al pago de los intereses ordinarios abonados en aplicación de la cláusula impugnada y de los gastos e impuestos asumidos por importe de 3.709,96 euros.

2. La parte demandada se opuso a la demanda alegando que la cláusula IPRH era válida pues superaba el doble control de transparencia del TS, sin tener la entidad de crédito la carga del deber de información en el caso de la escritura pública de compraventa y subrogación. Alegaba que resultaba confuso si se impugnaba o no la cláusula suelo y que, en todo caso, no se había solicitado la restitución de cantidades ya que no se había aplicado nunca. Opuso también que la cláusula de atribución de gastos e impuestos no era abusiva, que el efecto de una eventual nulidad no sería la restitución automática de todo lo abonado y que, en cualquier caso, no se justificaban los gastos asumidos de la escritura pública de 3 de abril de 2008 al no haber aportado facturas.

3. La resolución recurrida estimó en parte la demanda declarando la nulidad de la cláusula suelo de la escritura pública de compraventa y subrogación de 9 de marzo de 2006 así como la nulidad de las cláusulas 5ª sobre atribución de gastos e impuestos contenidas en las escrituras públicas de préstamo hipotecario de 9 de marzo de 2006 y 3 de abril de 2008, a la vez que condenó al banco al pago de las cantidades asumidas por la cláusula suelo y de 1.041,91 euros en concepto de mitad de gastos de notario y gestoría y la totalidad de los de registro, más los intereses desde la reclamación judicial.



4. En el recurso de la entidad demandada se opone la existencia de incongruencia *extra petita* al haber resuelto la sentencia cuestiones que no han sido objeto del debate, como la nulidad de la cláusula suelo que en la audiencia previa expresamente la parte demandante aclaró que no era objeto de impugnación. Opone que el juez no podía tampoco analizar el control de transparencia y abusividad de oficio al haber sido excluido expresamente por la demandante del debate y, en todo caso, si se considera que el juez estaba facultado para llevar a cabo aquel análisis de oficio, entiende que, aun así, debe revocarse la nulidad de la cláusula suelo al no haberse concedido audiencia a la contraparte sobre dicha nulidad. Se opone también al pago de los gastos registrales objeto de condena al tener que ser asumidos por el prestatario.

5. La parte demandante se opone al recurso alegando que sí que pidió la nulidad de la cláusula suelo y que, en todo caso, cabe el análisis de oficio por el tribunal según la jurisprudencia del TJUE. Considera correctamente atribuido el gasto del registro al prestamista.

SEGUNDO. El objeto del proceso.

6. En primer lugar y, si bien es cierto que la demanda generaba confusión en cuanto a la concreción de las cláusulas impugnadas, como puso de manifiesto el banco al contestar, lo relevante es que dichas dudas quedaron despejadas en el acto de la audiencia previa ante la petición de aclaración por la parte demandada sobre cuáles eran dichas cláusulas. Al respecto la parte actora adujo expresamente que no impugnaba la cláusula suelo sino únicamente la cláusula IRPH, el tipo sustitutivo y la cláusula de atribución de gastos. En estos términos quedó fijado el objeto del proceso en la audiencia previa.

7. En segundo lugar, la cuestión que plantea el recurso consiste en determinar si está facultado el órgano jurisdiccional para pronunciarse de oficio sobre el carácter abusivo de estipulaciones cuya nulidad no hubiera sido solicitada por las partes, para el caso que se entienda que, en el caso concreto, se hizo dicho análisis de oficio.

En la sentencia, al tratar la cláusula suelo se dice " *en cuanto a la petición de nulidad de la cláusula que establece un mínimo de interés a aplicar (cláusula suelo) ha lugar a estimar su nulidad* ". Es decir, el juzgador no lleva a cabo un control o análisis de oficio de la cláusula suelo sino que la analiza por error, creyendo que era parte del objeto del proceso, incurriendo en incongruencia *extra petita*, cuando había quedado expresamente excluida por la demandante en la audiencia previa.

8. Por tanto, el recurso del banco debe ser estimado en este particular, debiendo revocar el pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula suelo y la condena restitutoria.

TERCERO . Sobre la nulidad de la cláusula de gastos.

9. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en dos resoluciones distintas respecto del carácter abusivo de las cláusulas relativas a los gastos del contrato de préstamo hipotecario: (i) la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618), en el ámbito de una acción colectiva; y (ii) la Sentencia 147/2018, de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848), en el ámbito de una acción individual.

10. En la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, el TS justifica el carácter abusivo de la cláusula de gastos en que aparecía expresamente recogida en el listado de cláusulas que la Ley considera abusivas (la llamada lista negra), concretamente, en el artículo 89.3º del TRLGDCU. También alude a que la estipulación ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, lo que implica una remisión a la norma general sobre cláusulas abusivas del artículo 82.1 del RDL 1/2007 (artículo 3.1 de la Directiva 1393), que dice lo siguiente: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

11. La posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 insiste en esa misma idea y la desarrolla en relación con los efectos, esto es, analiza a qué concretos conceptos alcanza la declaración de nulidad. De esas dos sentencias del TS podemos deducir que el fundamento de la abusividad de la cláusula de gastos en la jurisprudencia del TS es doble:

(i) De una parte, porque se encuentra expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la Ley tipifica como abusivas, en concreto en las del artículo 89.3º TRLGDCU.

(ii) De otra, en la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLGDCU, al considerar el Tribunal Supremo que se trata de una cláusula que impone al consumidor todos los gastos de forma indiscriminada.

12. Aunque pueda ser objetable tal fundamento, al menos así se lo ha parecido a una parte de la sala, como puede verse en el voto particular formulado por dos de sus componentes a las primeras sentencias que



dictamos en esta materia (a título de mero ejemplo puede verse nuestra Sentencia de 11 de julio de 2018 - ECLI:ES:APB:2018:6923 - entre las que recogen los principales argumentos que han suscitado la atención de la Sala y el signo final de nuestra decisión mayoritaria favorable a declarar nula la cláusula en alguno de sus contenidos particulares), estimamos que hemos de partir de esa doctrina jurisprudencial conforme a la cual la cláusula contractual relativa a la atribución de los gastos al prestatario consumidor es nula por abusiva.

A continuación, analizaremos por separado la distribución de los gastos reclamados por el demandante y en qué medida deben ser soportados por el consumidor.

CUARTO. Sobre los efectos derivados de la nulidad.

13. La jurisprudencia antes referida no establece un efecto automático de la nulidad de la cláusula (o cláusulas) de imputación de gastos que determine que deban ser soportados incondicionalmente por el predisponente. Por tanto, la condena al predisponente a retornar todos los gastos no es un efecto inherente a la nulidad sino que resulta obligado analizar en cada caso quien debe soportar cada uno de los conceptos sin tomar en consideración la cláusula anulada.

14. En resoluciones anteriores (particularmente nuestra Sentencia de 16 de octubre de 2018 - ECLI:ES:APB:2018:10094 -), a las que en aras a la brevedad nos remitimos, hemos venido estableciendo cuáles son los criterios a seguir respecto de la imputación de los gastos, que resumidamente exponemos:

a) En cuanto al **Impuesto de Actos Jurídicos Documentados**, ha de estarse a lo que resulta de la STS de 15 de marzo de 2018, esto es, que son de cargo del prestatario porque así resulta de la interpretación de la normativa tributaria hecha por la jurisprudencia de la Sala correspondiente del propio TS.

b) En cuanto a los **gastos notariales y registrales**, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.

c) El mismo criterio que respecto de los gastos notariales y registrales es de aplicación a los **gastos de gestión** y también por la misma razón.

d) Contratación de **seguro de daños**. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 descarta que se trate de una previsión desproporcionada o abusiva, por cuanto " *no deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.* " No es posible, por tanto, su traslación al prestamista.

e) **Gastos de tasación**. Por lo que respecta a los gastos de tasación de la finca hipotecada, entendemos que deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito. Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del préstamo y acreditar que la garantía es suficiente. Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del préstamo.

15. En las recientes Sentencias del TS núm. 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas ellas de 23 de enero de 2019 y del Pleno, se ha establecido criterio por el Alto Tribunal en relación con la comisión de apertura y con los gastos notariales, registrales y de gestión en el sentido que hemos expresado en el apartado anterior con una sola salvedad, los gastos registrales, que ha considerado que deben ser soportados en su integridad por el Banco a cuyo favor se inscribió en el Registro la escritura de hipoteca. Por consiguiente, procedemos a corregir nuestro criterio para adecuarlo en lo sucesivo a esa doctrina jurisprudencial.

16. Haciendo aplicación en el caso de tales criterios, hemos de desestimar el recurso del banco sobre la condena al pago del gasto de registro, pues la sentencia sigue los citados criterios de esta Sección.

QUINTO. Costas procesales.

17. Al estimarse en parte el recurso no procede imponer las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS



Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia de 27 de noviembre de 2017, que modificamos en el sentido de dejar sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula suelo y sus efectos. Mantenemos los demás pronunciamientos, no hacemos imposición de las costas del recurso y ordenamos la devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ