



Roj: **SAP B 5536/2019 - ECLI: ES:APB:2019:5536**

Id Cendoj: **08019370152019100929**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **808/2018**

Nº de Resolución: **980/2019**

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.: 0816942120178005528

### **Recurso de apelación 808/2018 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de El Prat de Llobregat (UPSD)**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 119/2017**

Parte recurrente/Solicitante: BANCO SABADELL

Procuradora: MARTA PRADERA RIVERO

Abogado: ALEJANDRO SANVICENTE IBIRICU

Parte recurrida: Remedios

Procurador: CARLOS MOLINA BLANCHAR

Abogado: DANIEL HERNANDEZ ROS

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

**SENTENCIA núm. 980/2019**

### **Composición del Tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

Anna Esther Queral Carbonell

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a 23 de mayo de 2019

**Parte apelante:** Banco Sabadell, S.A.

**Parte apelada:** Remedios .

**Resolución recurrida:** Sentencia.



Fecha: 9 de marzo de 2018.

Parte demandante: Remedios .

Parte demandada: Banco Sabadell, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La sentencia apelada estimó parcialmente la demanda interpuesta por Remedios contra Banco Sabadell, S.A. declarando la nulidad de la **cláusula** sobre atribución de gastos e impuestos a la parte prestataria condenando al banco a devolver 907,89 euros, más los intereses legales desde la reclamación judicial, así como la nulidad de la **cláusula** sobre intereses de demora del 11%, devengándose los intereses remuneratorios hasta el reintegro de la suma prestada.

**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 22 de mayo 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 su carácter abusivo, de las **cláusulas** sobre atribución de gastos a la parte prestataria e intereses de demora, incorporadas como condiciones generales de la contratación en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad demandada el 5 de mayo de 2007. Solicitó también la devolución de los gastos de notario, registro, gestoría e impuestos asumidos por un total de 3.861,66 euros, más los intereses legales.

2. La entidad demandada se opuso a la demanda defendiendo la validez de las **cláusulas** y oponiéndose a los efectos pretendidos.

3. En la audiencia previa al juicio, la parte demandante rectificó la cantidad reclamada reduciéndola a 1.153,29 euros, alegando que por error había incluido los gastos devengados por la operación de compraventa. Desglosó los conceptos reclamados de notario, registro y gestoría, sin incluir el impuesto de actos jurídicos documentados.

4. La resolución recurrida estimó parcialmente la demanda declarando nula la **cláusula** de atribución de gastos a la parte prestataria a la vez que condenó al banco al abono de la cantidad de 907,89 euros en concepto de gastos de notario, registro y gestoría, si bien reduciendo los importes reclamados, más los intereses legales desde la reclamación judicial, así como la nulidad de la **cláusula** de intereses de demora, sin imposición de las costas procesales.

5 . El recurso de la entidad demandada defiende la validez de la **cláusula** de atribución de gastos así como la relativa a los intereses de demora.

La parte demandante se opuso al recurso y solicitó que se confirmara la sentencia por sus propios fundamentos, pidiendo que los intereses legales reconocidos sean desde la fecha del pago.

**SEGUNDO. Sobre la nulidad de la cláusula de gastos.**

6. 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.

7. 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".

8. Las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo de 2018, insisten en esa misma idea y la desarrollan en relación con los efectos, esto es, analizan a qué concretos conceptos alcanza la declaración de nulidad. De todas esas 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.

9. 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.

### TERCERO. Sobre los efectos derivados de la nulidad.

10. 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.

11. 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 TRLGDCU, 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.

12. 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.

**13.** A pesar de reclamar la actora en su demanda la cantidad de 3.861,66 euros por los gastos de notario, registro, gestoría e impuesto de actos jurídicos documentados, en la audiencia previa redujo la reclamación a 1.153,29 euros, desglosando cada gasto reclamado de notario, registro y gestoría, alegando haber incluido por error los gastos relativos a la operación de compraventa, por lo que limitó su pretensión definitiva únicamente a los del préstamo hipotecario (subrogación y novación). También desistió de la reclamación del impuesto de actos jurídicos documentados que inicialmente había incluido en la suma total reclamada en la demanda.

**14.** Partiendo de las cifras que arroja la sentencia, que corrige algo a la baja los cálculos de la demandante y que estimamos correctos, salvo el error del gasto de registro que arroja 288,57 euros, como recoge la sentencia en un apartado, si bien lo transcribe posteriormente de forma errónea en 248,57 euros, debemos ajustar dichas cifras a los criterios expuestos.

**15.** En consecuencia, haciendo aplicación en el caso de tales criterios, hemos de estimar en parte el recurso del banco y condenarle al abono de la mitad de los gastos de notario (482,22 euros) y gestoría (176,9 euros) que ascienden a 329,56 euros, por lo que debe abonarse a favor de la parte actora la suma total de 618,13 euros (totalidad del gasto de registro -288,57 euros- y mitad del de notario y gestoría -329,56-).

**16.** En cuanto a la solicitud que realiza la parte demandante en su escrito de oposición al recurso, sobre el *dies a quo* del devengo de los intereses legales, instando que sean desde el pago, cuando la sentencia estableció desde la reclamación judicial, debió la parte haber impugnado la sentencia o haber interpuesto el correspondiente recurso, no siendo posible solicitar la modificación del fallo de la sentencia en el escrito de oposición al recurso de la contraparte.

#### **CUARTO. Sobre la cláusula de los intereses de demora.**

**17.** La **cláusula** impugnada relativa a los intereses de demora es una **cláusula** predispuesta, no negociada individualmente, cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar con base en el artículo 82 TRLGDCYU y, en particular, el artículo 85.6 de dicho texto legal, al decir que "Las **cláusulas** que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán **abusivas** y, en todo caso, las siguientes: 6. Las **cláusulas** que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

Como parámetros legales de comparación sobre tal proporcionalidad, el artículo 1.108 del Código Civil establece que " *si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal* ". También el artículo 114 LH determina que "los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil ".

**18.** El Tribunal Supremo, sobre los intereses moratorios, en STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES: TS:2016:2041 ), tras reiterar la doctrina sentada en Sentencias anteriores, como la de 22 de abril de 2015 , se ha ratificado sobre el carácter abusivo de las **cláusulas** que fijan un interés de demora en los préstamos personales que impongan un recargo superior a dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio y ha extendido este mismo criterio al préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual.

**19.** La STS núm. 671/2018, de 28 de noviembre ha precisado, sobre este tipo de **cláusulas**, que " *los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma* ", subsistiendo el resto del contrato, y en consecuencia, que se sigan devengando los intereses remuneratorios que se hubieran pactado sobre el capital pendiente de pago.

**20.** En el caso de autos, la **cláusula** sexta prevé unos intereses de demora del 11%, que merecen ser considerados abusivos por exceder del parámetro fijado por el TS, por lo que debemos confirmar la sentencia apelada. Según lo dispuesto por el TS seguirán devengándose por dicho concepto los intereses remuneratorios. No puede impedir dicho pronunciamiento el argumento del recurrente sobre el interés que dice que se aplicaría de ejecutarse la hipoteca, pues estamos analizando el carácter abusivo de la **cláusula** contractual en abstracto.



#### **QUINTO Costas procesales.**

21. Al estimarse en parte el recurso no procede imponer las costas de esta alzada al apelante, 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 Sabadell, S.A. contra la sentencia de 9 de marzo de 2018 dictada por el Juzgado de Primera instancia núm. 4 del Prat de Llobregat , que modificamos en el sentido de condenar al banco a pagar a la parte actora la suma de 618,13 euros.

No se hace imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido al recurrir.

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.