

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: 00553/2018

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: 001

N.I.G. 30030 42 1 2017 0005917

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000699 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de MURCIA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000352 /2017

Recurrente: BANKIA SA, BANKIA S.A.

Procurador: .

Abogado: .

Recurrido:

Procurador: .

Abogado: ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ, ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ ,

SENTENCIA Nº 553

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Juan Antonio Jover Coy

Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a trece de septiembre de dos mil dieciocho

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número 352/2017 se han tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Murcia entre las partes, como demandantes y ahora apelados

ORTA y de [redacted] representados por la Procuradora Sra. [redacted] y defendidos por el Abogado Sr. López Gómez, y como demandado, y ahora apelante, BANKIA SA, representado por la Procuradora Sra [redacted]. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El Juzgado de Juzgado de Primera Instancia citado dictó sentencia en estos autos con fecha 1 de febrero de 2018 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:” *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Carrillo en nombre y representación de [redacted] y de [redacted] se declaran nulas las cláusulas descritas en el Primer Fundamento de Derecho con excepción de que sean a cargo del prestatario los derivados del impuesto de actos jurídicos documentados y los gastos derivados de la conservación del inmueble hipotecado así como del seguro de daños del mismo, condenando a la mercantil BANKIA, S.A. a que pase por la anterior declaración y reintegre a los demandantes en la cantidad de CINCO MIL TREINTA Y CINCO EUROS Y SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (5.035,76 euros); cantidad que devenga intereses desde la fecha de 8 de febrero de 2017 hasta el completo pago; sin imposición de costas.”*

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandada interesando su revocación y la desestimación de la demanda. Se dio traslado a la otra parte, que formula oposición y solicita su confirmación

TERCERO. - Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 699/2018. Y se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018.

CUARTO. - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento

1. La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por _____ y de _____ contra Bankia SA y declara nulas (salvo los particulares reflejados en el fallo) las condiciones generales de la contratación relativas a los gastos insertas en las escrituras de préstamo hipotecario, novaciones y cancelación, contenidas respectivamente en las escrituras de 14/4/2005, 19/2/2009, 12/11/2015, 6/11/2013, 12/11/2015 y 3/6/2016 , condenando a la entidad demandada a la devolución a la parte demandante de la suma de 5.035,76 euros por gastos de notaría, registrales, de gestoría y tasación, sin incluir los de tributación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

2. La entidad bancaria, rebelde en la instancia, solicita su revocación, interesando la desestimación de la demanda, por disconformidad con el pronunciamiento de la sentencia referente a la nulidad de la cláusula de gastos, así como en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la misma, relativas a la repercusión a la misma de los gastos citados, pidiendo subsidiariamente su reducción al proceder su distribución por mitades

3. Los demandantes solicitan la confirmación de la sentencia

Segundo.-La nulidad de la cláusula de gastos en el préstamo, sus modificaciones y cancelación

1. Tratándose de una cuestión de orden jurídico, la Sala no aprecia el invocado error en la apreciación de la nulidad de la estipulación por su abusividad, y comparte sobre este particular (pronunciamiento declarativo) la conclusión de la sentencia, que se apoya en la exégesis que el TS ha efectuado de cláusulas con este contenido realizada en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, y de la que ya nos hicimos referencia en nuestra sentencia de 25 de febrero de 2016. A la vista de ello, la Sala podría limitarse a confirmar la sentencia por remisión a la misma; motivación por remisión que colma la exigencia constitucional del artículo 120.3 de la Constitución en conexión con el artículo 24.1 del propio texto constitucional.

2. No obstante, y a fuerza de ser reiterativos, debemos reseñar que, por su generalidad y carácter absoluto, las cláusulas discutidas son abusivas (art 82 y ss. LCGC), al hacer recaer su totalidad sobre el consumidor y no permitir la mínima reciprocidad en la distribución de los gastos, a pesar de que en algunos casos, la normativa los imputa al banco, o permitiría una distribución equitativa, y lo veremos al analizar en concreto los efectos de la nulidad. Esta idea reluce en la reciente sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 15 de marzo de 2018, y así lo ha dicho este Tribunal en previas sentencias de 11 de enero y 22 de marzo de 2018, y se reitera en la sentencia de Pleno de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Murcia, de 19 de abril de 2018

3. Conclusión no desvirtuada por las consideraciones vertidas en el extenso recurso de la apelante, en buena parte inanes por no afectar al fundamento de la nulidad (el carácter abusivo), como las relativas (i) al cumplimiento de la normativa administrativa sobre información y transparencia bancaria, pues el fundamento de al conde no es la falta de incorporación ni de transparencia, sino el carácter abusivo de condiciones no esenciales o (ii) que la parte prestataria fue la parte interesada en el perfeccionamiento de la operación de préstamo hipotecario y sobre todo, en su ampliación y cancelación.

En cuanto a la ampliación, el que ya se tuviera título ejecutivo y garantía real inscrita a su favor, no justifica en modo alguno que en esa ampliación se imponga por el predisponente de modo indiscriminado la totalidad de los gastos al consumidor, sin permitir la mínima reciprocidad en su distribución

E igual acontece con la cancelación. Si bien es evidente el interés del prestatario en la misma, no podemos perder de vista que el banco prestamista está también obligado a la misma, con arreglo al art 1.258CC, pues es preciso su consentimiento en escritura pública para llevarla a cabo (art 82LH). Es, pues, la cancelación de la garantía real, una vez atendido el préstamo garantizado, una consecuencia del contrato conforme a la buena fe. Y lo que resulta abusivo es que, siendo ello así, y aprovechándose de su posición contractual preeminente, el banco predisponente de modo indiscriminado asigne la totalidad de los gastos derivados de esa cancelación al consumidor, sin permitir la mínima reciprocidad en su distribución

4. Tampoco son atendibles las alegaciones relativas a la existencia de negociación, que no solo no se prueba- siendo carga del predisponente- sino que además se introduce ex novo en apelación, en contra de lo previsto en el art 456LEC, al permanecer rebelde en la instancia

5. E igual ocurre respecto de la alegación de que no cabe la declaración de nulidad y reclamación de gastos de uno de los préstamos por estar cancelado.

No solo este hecho extintivo no se alegó en la instancia, sino que esa cancelación antes de la interposición de la demanda, no es obstáculo alguno para declarar esa nulidad a los efectos de deducir de la misma la restitución de cantidades indebidamente pagadas, en sintonía con lo razonado en la SAP de Madrid, Secc. 9ª, de 22 de octubre de 2015

" que el contrato haya sido cumplido o que haya agotado sus efectos, o que haya dejado de producir efectos, que es a lo que se refiere la expresión que utiliza Bankia, SA de que el contrato ha sido « cancelado», no impide el ejercicio de la acción de nulidad (anulación en este caso). Dicha acción de anulación por error puede ejercitarse durante el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato (artículo 1.301 del Código civil), lo que evidencia que el hecho de que un contrato haya agotado sus efectos no impide que se pida su anulación con posterioridad “.

Cuarto. Los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos

1. En precedentes ocasiones, por todas, sentencia de esta Sección 4ª de la AP de Murcia, de 28 de junio de 2018, ya hemos dicho que

“(a)tendida la finalidad tuitiva del derecho de consumo, la abusividad de la cláusula implica, pura y simplemente, dejarla sin aplicación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el

consumidor, sin estar facultado el juez para modificar el contenido de la misma. Por todas, la STJUE de 21 de diciembre de 2016

“60. Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada). “

No cabe, pues, la integración del contrato mediante la moderación hasta límites admisibles (lo que doctrinalmente se conoce como “reducción conservadora”), como dice la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos C-482/13, C-484/13, C485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank)

“Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84).”

2. Hay, pues, que restablecer la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva. En consecuencia, en el caso que nos ocupa, habrá que determinar para cada uno de los conceptos reclamados si el consumidor estaría obligado a atender su pago en defecto de la cláusula cuestionada, ya que ésta debemos considerarla inexistente, al ser expulsada como norma privada que reglamenta las posiciones jurídicas de las partes.

El reintegro de gastos pretendido procederá si se prueba que los abonados no le correspondían al actor, sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían, evitando así el enriquecimiento injusto que ello lleva aparejado “

2. De igual modo, en precedentes sentencias ya hemos descartado que no es admisible el argumento de que no cabe la restitución ex art 1.303 CC porque las cantidades reclamadas no se recibieron por el banco sino por terceros ajenos al contrato.

“ Y ello porque admitirlo sería no solo consagrar un enriquecimiento injusto del banco (que se ahorró pagar lo que debía al imputar esa carga de manera abusiva al consumidor) sino frustrar la finalidad tuitiva del derecho de consumo, al no reponer al consumidor en sus derechos, que exige que se le deje indemne de las consecuencias gravosas y perjudiciales provocadas por la aplicación de cláusulas abusivas impuestas por el banco

3. Ideas mantenidas por este Tribunal en sentencias de 11 de enero y 22 de marzo de 2018, y por la sentencia de Pleno de las Secciones Civiles de 19 de abril de 2018 en las que ya se tratan en concreto alguno de los conceptos litigiosos, y que seguimos ahora al no apreciarse motivos para su cambio

4.1 Los gastos registrales

En el caso de los aranceles del Registro de la Propiedad, el pago viene regulado por la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/89 que establece

“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.”

Dado que la garantía hipotecaria se inscribe en favor del banco prestamista, que de esta forma obtiene una garantía real, compartimos la decisión de instancia según la cual estos aranceles, en ausencia de pacto válido, deben ser sufragados por la entidad demandada, al no concurrir ninguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria para asignar este gasto al consumidor (letra b, “por el que lo transmita” o letra c, “por el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir”).

4.2 Gastos de Notaría

En defecto de pacto válido, debe estarse a la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/89 según la cual *“(l) la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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.”*. Por su parte, el art. 63 del Reglamento Notarial dispone que *“la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial...”*.

Ante la ausencia de pronunciamientos del TS, y siendo varias las respuestas que se han dado en los tribunales, cuando no se sabe quien requirió la prestación de funciones o los servicios del Notario, asumimos la tesis intermedia según la cual deben ser atendidos por mitad por las siguientes razones:

“i) sin desconocer que el TS ha dicho que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista, no podemos

olvidar que no niega esa condición al prestatario cuando dice a continuación que el beneficiado por el préstamo “es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca” , y si bien declara la nulidad de la cláusula de gastos lo hace por imputarse todos al cliente, sin permitir una distribución equitativa

ii) es cierto que la constitución de la garantía real a favor del banco hace precisa la intervención notarial, pero también lo es que esa garantía real favorece la concesión del crédito en mejores condiciones que sin ella, pues es notorio que las condiciones de financiación del préstamo sin cobertura real son más gravosas para el prestatario. En consecuencia, éste también está interesado – porque así obtendrá su financiación en mejores condiciones- en la elevación a público del contrato de préstamo hipotecario

iii) siendo ambos “interesados” (que es lo que dice la norma arancelaria), ambos serán deudores de los aranceles por los servicios prestados frente al fedatario público acreedor, compartiendo el parecer de la AP de A Coruña de que se trata de un supuesto de solidaridad tácita, de manera que en el ámbito interno cada uno de ellos responde por partes iguales (arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC) “

En definitiva, se estima que los aranceles notariales se deben abonar a partes iguales, salvo las copias expedidas para cada parte, que será a cargo únicamente del aquel en cuyo favor se libren, sin que ello suponga incurrir en una facultad moderadora prohibida por el TJUE, pues lo que lo que se hace es aplicar la respuesta legal que el ordenamiento prevé en caso de defecto de pacto

Postura que reafirmamos a la vista de la STS de 15 de marzo de 2018, que, si bien no se pronuncia directamente sobre el tema, al tratar del derecho de cuota fija por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz, sí apunta que

“Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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 hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).”

En este sentido se estima en parte el recurso, puesto que la tesis de la sentencia, que impone su íntegra devolución, no ha sido asumido por la sentencia de Pleno de 19 de abril de 2018, de esta Audiencia, por lo que debe minorarse la condena en la mitad de 2.431,18 € , y limitarse por este concepto a 1.215,59 € .

4.3 Gastos de gestoría

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, en el caso de préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas, reconoce el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación. No consta practicada prueba alguna que acredite que la decisión de contratar una gestoría y qué concreta gestoría contratar fuese una decisión negociada, por lo que hay que deducir que fue impuesta por la entidad prestamista

En la sentencia de este Tribunal de 22 de marzo de 2018 resolvimos

“Podemos admitir que los servicios realizados por la gestoría redundan tanto en favor de uno como de otro contratante, al desarrollar actividades cuyos interesados son en cada caso uno de ellos. Ahora bien, ante la ausencia de norma legal de atribución de esos gastos de gestoría, la única fuente de asignación de los mismos al prestatario es la convencional. Si desaparece – como consecuencia de su nulidad- deberá responder de los mismos el prestamista, que es el que ha generado ese gasto e impuesto al consumidor de manera abusiva.

No se niega que una distribución equitativa de esos gastos sería posible, y en ese caso esa cláusula no sería nula por abusiva. Pero si ello no ocurre y se imponen de manera inequitativa a la parte débil, y por ende, es nula esa atribución, la parte predisponente (el banco) debe soportar las consecuencias de esa actuación, y por ende, asumir el total de los gastos, al no existir previsión legal a aplicar en defecto de pacto.

Si no se hace, desaparecería el efecto disuasorio de la nulidad por abusividad: al banco le dará igual establecer esa cláusula abusiva, si después, una vez declarada su nulidad, se integra judicialmente y se distribuyen por mitades los gastos equitativamente porque los servicios de gestoría se llevan a cabo en beneficio de ambos. Aquí, a diferencia de otros conceptos, no disponemos de norma legal a aplicar al eliminar el pacto nulo, de forma que si se distribuye por mitades corremos el riesgo de moderar los efectos de la nulidad contractual, con quiebra del "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13, consagrado por la jurisprudencia del TJUE antes citada”

Criterio ratificado en la sentencia de Pleno de las Secciones Civiles de 19 de abril de 2018

4.4 Gastos de tasación. La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que establece la obligatoriedad de la tasación del inmueble para constituir una hipoteca en garantía de un préstamo, no señala a quién corresponde abonar los gastos de esa tasación, por lo que es abusivo imponer al

prestatario la obligación de abonar íntegramente esos gastos. Aunque se considere que esa tasación -vinculada a la garantía real- puede favorecer a ambos contratantes, ante la ausencia de norma legal de atribución de esos gastos, como desaparece la fuente de asignación convencional, deberá responder de los mismos el prestamista, que es el que lo ha consumidor de manera abusiva e inequitativa a la parte débil. Una respuesta distinta haría desaparecer el efecto disuasorio de la nulidad por abusividad: al banco le daría igual establecer esa cláusula abusiva, si después, una vez declarada su nulidad, se distribuyen por mitades los gastos entre ambos contratantes.

6. En conclusión, la suma objeto de condena debe reducirse de los 5.035,76 euros a la cantidad de 3.820,17 euros, por lo que se estima parcialmente el recurso

Quinto. - Costas

1. La estimación parcial del recurso conlleva la no imposición de costas de esta alzada (art. 398 y 394 de la LEC)

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por Bankia SA contra la sentencia de 1 de febrero de 2018 dictada por el Juzgado de Primera instancia nº 2 de Murcia, debemos revocar parcialmente la misma en el sentido de reducir la condena a la cantidad de 3820,17 -€ , confirmando el resto de pronunciamientos, sin imposición de las costas causadas en esta alzada

Procédase a devolver al apelante el depósito para recurrir

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACION

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012

Notificado: 01/10/2018

Letrado: ANGEL VICENTE LOPEZ
GOMEZ

Cabecera

Remitente:	[3003037004] AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 4
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 26: RESOLUCION ACTUALIZA FASE: 'PASO A FIRMA' 00553/2018 Est.Resol
Fecha LexNET:	vie 28/09/2018 13:48:10

Datos particulares

Remitente:	[3003037004] AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 4
Destinatario:	
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0000699/2018
Tipo procedimiento:	RPL
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201810230704767

Archivos adjuntos

Principal:	300303700400000082102018300303700412.PDF
Anexos:	-

Lista de Firmantes

Firmas digitales:	-
-------------------	---