



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 MURCIA

SENTENCIA: 00019/2019

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 001

N.I.G. 30030 42 1 2017 0012020

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001074 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000275 /2017

Recurrente: BANKINTER,S.A.
Procurador:
Abogado: JOS
Recurrido: J
Procurador:
Abogado: ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ

Rollo Apelación Civil núm. 1074/18

SENTENCIA Nº 19/2019

D. C	Ilmos. Señores
D. J	Presidente
D. JU,	Magistrados

En la Ciudad de Murcia, a diez de enero de dos mil diecinueve.

Habiendo visto el rollo de apelación nº 1074/2018, dimanante del procedimiento ordinario nº 275/2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en el que ha sido parte actora, y ahora apelado, D. _____, representado por la procuradora Doña _____, y defendido por el letrado D. _____,

Ángel Vicente López Gómez, y como demandado y ahora apelante, la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Doña [redacted] Manglano, y defendida en instancia por los letrados, Doña [redacted] y D. [redacted], y en esta alzada por el letrado D. [redacted].

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, D. [redacted], quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 275/2017, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en fecha 27 de junio de 2018, se dictó sentencia, en cuya parte dispositiva se acuerda: *“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña [redacted] en nombre y representación de Don [redacted] contra Bankinter S.A., representada por la Procuradora Doña [redacted] debo declarar y declaro nula la cláusula reguladora de los gastos contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrita por las partes referida en el fundamento de derecho primero; cláusula ésta que se tiene por no puesta; condenando a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad de novecientos treinta y nueve euros (939 euros) más intereses legales desde el 23 de marzo de 2017 hasta su completo pago; sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes”.*

SEGUNDO.- Frente a la resolución antes referida se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la entidad Bankinter, S.A., y teniéndose por interpuesto se acordó dar traslado a las demás partes para formular oposición o, en su caso, impugnación. La representación procesal de D. [redacted], dentro de plazo presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la resolución recurrida. Formalizado el anterior trámite, se acordó remitir los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, y tras el correspondiente reparto, se formó el rollo de apelación nº 1074/2018, teniéndose por

personadas, en calidad de apelante y apelada, a los antes designados. Remitidos los autos a la Sección IV de la Audiencia Provincial se dictó providencia en fecha 22 de noviembre de 2018, señalándose para la deliberación y votación el día 8 de enero de 2019.

CUARTO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación interpuesto por la entidad BANKINTER, S.A., se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra desestimando la demanda. Se alega, en resumen, improcedente declaración de nulidad de la cláusula de asunción de gastos de formalización del préstamo hipotecario desde la perspectiva general de los artículos 80, 82 y 89 del TRLGDCU; que el pacto y las consecuencias de la cláusula de gastos no ha contravenido ninguna norma de derecho imperativo, siendo dicho pacto consustancial y coherente con la normativa aplicable en el momento; que el prestatario está obligado a asumir los gastos que suponen el cumplimiento de una obligación. Que la cláusula de gastos tampoco es abusiva desde la perspectiva del artículo 89 del Texto Refundido citado; que el pago de los gastos notariales y registrales debe asumirlos quien requirió los servicios y que los gastos de gestión debe asumirlos también el prestatario.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula de gastos establecida en la escritura de préstamo hipotecario, condenando a la demanda a abonar a la parte actora la cantidad de 939 €. Se indica <<Se ejercita en la demanda acción de nulidad, por carácter abusivo, de la cláusula en materia de gastos contenida en la Escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes en fecha 3 de noviembre de 2014. No discuten las partes el carácter de condición general de la contratación de la cláusula objeto de autos conforme al art. 1 de la Ley 7/98 (...) en la operación objeto de estos autos la parte prestataria tiene la condición de consumidor (...). En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios

de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprensividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula. (...). Por todo lo expuesto, tanto desde el punto de vista del “desequilibrio importante de derechos y obligaciones” y su interpretación jurisprudencial nacional y comunitaria, como desde el punto de vista de la ley nacional (lista de cláusulas abusivas), la cláusula que nos ocupa es nula de pleno derecho>>.

<<La Sentencia de Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia de 19 de abril de 2018 (publicada el 4 de junio de 2018) ha optado por un criterio intermedio en cuanto a los gastos notariales. Así, dicha sentencia resuelve que procede el reparto de estos gastos por mitad entre prestamista y prestatario. Por tanto, asumiendo el criterio del Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia en orden a garantizar la seguridad jurídica en la respuesta a estos pleitos en el territorio de esta provincia, deberá la entidad demandada indemnizar a la parte actora en la mitad de los gastos notariales cuyo abono se justifica documentalmente con la demanda (...). Por lo que se refiere a gastos registrales, sí deben indemnizarse íntegramente por la demandada, pues si bien la garantía hipotecaria es una condición que debe aceptar el prestatario si quiere obtener una cantidad relevante de dinero en concepto de préstamo, también se revela igualmente evidente que a quien sirve dicha garantía hipotecaria sólo es al Banco. En efecto, como resuelve la citada SAP de Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia, “los gastos registrales son de cuenta del prestamista, a cuyo favor se realiza la inscripción, según la normativa arancelaria (...). En cuanto a tasación, por cuanto siendo necesaria la misma para constituir la hipoteca, interesa al Banco. En cuanto a gestoría, su intervención, no necesaria ni obligatoria sino sólo conveniente en beneficio del Banco, también determina el derecho del prestatario a ver resarcido su importe. Mediante la documentación aportada con la demanda (facturas y/o cargos en cuenta), se acreditan las cantidades satisfechas por estos conceptos>>.

TERCERO.- En la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 3 de noviembre de 2014 se establece “Gastos a cargo del prestatario: Todos los

gastos derivados del otorgamiento de esta escritura y los que se produzcan, en su caso, por cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales ocasionados a Bankinter.

Siendo dichos gastos, a título meramente enunciativo, los derivados de los siguientes conceptos:

a) Tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca.

b) Aranceles notariales y registrales y cualquier otro gasto relativo a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, incluidos los de la primera copia de la presente escritura para Bankinter.

c) Impuestos.

d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos.

e) Gastos de conservación y seguro de daños del inmueble hipotecado.

f) Los derivados del seguro de amortización del préstamo o, en caso de suscribirlo, de vida del prestatario.

g) Gastos extrajudiciales ocasionados a Bankinter como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario.

h) Cualquier gasto correspondiente a la efectiva prestación de un servicio relacionado con esta operación, que no sea inherente a la actividad del Grupo Bankinter, dirigida a la concesión y administración del préstamo”.

Para determinar si la anterior cláusula es nula o no se deben tener en consideración las resoluciones judiciales que se citan a continuación. Y así la STS de de 23 de diciembre de 2015 declara <<EL art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). 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, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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 (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que

imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, 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 (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida 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). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general

discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso>>.

La STS de fecha 15/3/2018 refiere <<CUARTO.- Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios:

1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio , trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los

registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imposables también diferentes.

4.- Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación>>.

La sentencia del Pleno de esta Audiencia Provincial dictada en el rollo de apelación nº 996/2017, de fecha 19 de abril de 2018, declara “Dicha cláusula es nula por abusiva porque: Está impuesta por el profesional o empresario. No ha sido negociada (la carga de la prueba de que lo fue corresponde al profesional). No es equitativa al provocar un desequilibrio importante en los derechos del consumidor imponiéndole indiscriminadamente y sin distinción todos los gastos derivados del contrato”.

La Sala acepta la nulidad de la cláusula antes referida pues considera que la misma constituye una condición general, que no ha sido negociada individualmente con los prestatarios, que concurre en éstos la condición de consumidores, circunstancia esta no cuestionada, y que la misma es abusiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89 del TRLGCU, así como de la doctrina fijada en la STS de 23 de diciembre de 2015 y 15/3/2018, al imponer a la prestataria el pago de todos los gastos derivados de la escritura de préstamo hipotecario, lo que origina un perjuicio importante en el consumidor, con un desequilibrio evidente en los derechos y obligaciones. Se acepta, pues, lo razonado en instancia en cuanto a la nulidad de la cláusula referida.

CUARTO.- Para resolver en cuanto a los gastos objeto de controversia se deben tener en cuenta las resoluciones que se citan a continuación.

La sentencia de esta Sala de fecha 11 de enero de 2018 refiere <<la afirmación de su nulidad deriva de ser idéntica a la empleada por el BBVA en el caso enjuiciado en la STS de 23 de diciembre de 2015 (...). Atendida 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. (...). 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 expulsado como norma privada que reglamenta las posiciones jurídicas de las partes. El reintegro de gastos pretendido solo 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 (...). 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”).

Admitiendo que la existencia de la hipoteca también beneficia al prestatario en tanto permite un tipo de interés menor, y con ello abaratar el coste de financiación, lo cierto es que Arancel no contempla este criterio ni una regla semejante a la hora de establecer quién debe pagar esos gastos, sino que por el contrario los imputa a aquél o

aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho. En el sentido se pronuncian la mayoría de las Audiencias Provinciales, entre otras, SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 8 de noviembre de 2017; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 28 de marzo de 2017; SAP de Asturias, Sección 4ª, de 13 de octubre de 2017; SAP de Logroño, de 31 de octubre de 2017; SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 6 de julio de 2017 o SAP de Palencia, Sección 1ª, de 6 de noviembre de 2017 (...). 3. En cuanto a los gastos de Notaría, debemos precisar que son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los derivados de la compraventa del inmueble, y que no estamos ante un único negocio, sino que se trata de dos negocios jurídicos distintos: el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, sino que se aplica el arancel por un solo concepto: el préstamo hipotecario, cuya base minutable se determina de conformidad con la legislación fiscal, atendiendo al importe global de la cifra de la responsabilidad. En defecto de pacto válido, debe estarse a la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/89 según la cual ““(l)a 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...”. Otros consideran que deben ser soportados por mitad, de la que es ejemplo la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 25 de septiembre y 8 de noviembre de 2017 (...). Y aun reconociendo que la conclusión de la juzgadora a quo de considerar como “interesado” al prestamista es una opción que cuenta con respaldo judicial, se considera más ajustada la tesis intermedia antes anunciada 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>>.

La sentencia de esta Sala de fecha 28 de marzo de 2018, en cuanto a los gastos de gestoría refiere <<No debemos perder de vista que 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 (como aquí ocurre, al no ser controvertido), 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. En el caso concreto no se ha practicado prueba alguna que acredite que la decisión de contratar una gestoría y en concreto qué gestoría contratar fuese una decisión negociada, por lo que debemos entender que fue impuesta por la entidad prestamista, extremo que no se viene abiertamente a cuestionar (...).

La tesis del banco es que dichos servicios lo fueron en beneficio tanto del banco como de los prestatarios, por lo que yerra la sentencia al condenar a la primera a su íntegra restitución a los segundos del importe abonada, pues cuanto menos deberían

compartirlo ambas partes al ser ambas beneficiadas, con cita de la SAP de Asturias, Sección 4ª, de 24 de marzo de 2017.

La práctica judicial se encuentra dividida. Un grupo de resoluciones se inclina por imputar los gastos por gestoría a ambos contratantes en la línea de la sentencia referida (entre otras, la SAP de Asturias, Sección 6ª, de 19 de enero de 2018; SAP de Palencia, Sección 1ª, de 25 de enero de 2018; SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2018; o SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 17 de enero de 2018 o SAP de Valencia, Sección 9ª, de 14 de diciembre de 2017). Sus argumentos esenciales son: i) la actuación de la gestoría se realiza en beneficio e interés de ambas partes, pues asume deberes que correspondían a ambas partes; ii) hay un interés directo y esencial de la entidad en que no se deje a voluntad del prestatario el pago del impuesto, ya que dicho pago es requisito previo e ineludible para el acceso al Registro de la Propiedad de la garantía hipotecaria, y por ende para la constitución de la garantía.

Otras Audiencias se muestran partidarias de permitir al consumidor reclamar todos los pagos por este concepto a la entidad prestamista (entre otras, SAP de Asturias, Sección 5ª, de 1 de febrero de 2018 y Sección 1ª, de 17 de enero de 2018; SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 26 de enero y 5 de febrero de 2018; SAP de Baleares, Sección 5ª, de 26 de enero de 2018; SAP de León, Sección 1ª, de 10 de enero de 2018 o SAP de AP de Alicante, de 13 de noviembre de 2017) . Las razones esgrimidas, en esencia, son: i) el carácter no necesario ni imprescindible del servicio de gestoría para presentar la escritura en la Oficina Liquidadora ni para su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, al poder llevarse a cabo por el prestatario, posibilidad vedada por la imposición del banco predisponente; ii) al no realizar el banco un reparto equilibrado de los gastos entre partes, no es aceptable que el juez proceda a posteriori a distribuir dichos gastos.

En esta tesitura nos inclinamos por esta última tesis, como ya apuntamos en nuestra sentencia de 22 de marzo de 2018. 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, desaparecía 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 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>>.

La sentencia del Pleno de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial dictada en el rollo de apelación nº 996/2017, de fecha 19 de abril de 2018, declara "Los notariales se han de satisfacer por mitad al tener en la normativa arancelaria ambos la consideración de interesados.- Los registrales son de cuenta del prestamista, a cuyo favor se realiza la inscripción, según la normativa arancelaria. Los de gestoría y tasación deberán ser atendidos por el prestamista al no existir norma de Derecho nacional que determine quién debe abonarlos".

De acuerdo con las resoluciones antes referidas se acepta lo razonado en instancia sobre la procedencia de los gastos reclamados y el importe concedido, no aceptándose, por consiguiente, lo alegado en el recurso de apelación.

Procede, pues, desestimar el recurso de apelación, de conformidad con lo sostenido en el escrito de oposición al recurso formulado por la representación procesal de D.

| _

QUINTO.- Procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante al desestimarse el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en

los artículos 398 y 394 LEC, y ello en tanto que no concurren dudas de hecho y de derecho que justifiquen otro pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la procuradora Doña _____, en nombre y representación de la entidad BANKINTER, S.A., debemos de **confirmar y confirmamos** la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Bis) de esta capital, en fecha 27 de junio de 2018, en los autos de procedimiento ordinario nº 275/2017, con la imposición expresa de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al haber sido desestimado el recurso de apelación, debiéndose dar al mismo el destino legal pertinente.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que 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, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Cabecera

OLGA NAVAS CARRILLO

Remitente:	[3003037004] AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 4
Asunto:	Comunicacion del Acontecimiento 25: RESOLUCION ACTUALIZA FASE: 'PASO A FIRMA' 00019/2019 Est.Resol
Fecha LexNET:	mié 23/01/2019 09:46:44

Datos particulares

Remitente:	[3003037004] AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 4
Destinatario:	OLGA NAVAS CARRILLO
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0001074/2018
Tipo procedimiento:	RPL
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201910250690456

Archivos adjuntos

Principal:	300303700400000004412019300303700412.PDF
Anexos:	-

Lista de Firmantes

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