

Condiciones generales de la contratación. Nulidad de cláusula de gastos y condena a la devolución de la totalidad de lo abonado en concepto de gastos de Notaría, Registro de la Propiedad, Gestoría y Tasación. Nulidad de la cláusula de comisión de apertura.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (s. 4ª) de 21 de julio de 2020 (D. Jesús Suárez Ramos).

PRIMERO. La resolución impugnada y el recurso de apelación

1. Dte (“El Cliente”) firmó como prestatario con ddo (“El Banco”) la escritura de préstamo hipotecario de 24 de octubre de 2002 y la escritura de préstamo hipotecario de 24 de octubre de 2002 [siguiente número de protocolo]. Interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la comisión de apertura.

La sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 6 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de ... en el Juicio Ordinario ..., en lo que aquí interesa:

(a) Declaró la nulidad de la estipulación que imponía al Cliente el pago de todos los gastos e impuestos ocasionados por la escritura.

(b) Condenó al Banco a devolver las cantidades percibidas correspondientes a honorarios de Notario; Registro de la Propiedad; y tasación. En total: 2.306€, más los intereses legales.

(c) Declaró la nulidad de la comisión de apertura.

(d) Impone al Banco las costas de la primera instancia.

2. Recurre en apelación el Banco. Para su mejor estudio, sus alegaciones se pueden resumir (sin seguir estrictamente el orden del escrito) en:

[1] Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto a los gastos notariales.

[2] Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto a los honorarios de la tasación.

[3] Validez de la comisión de apertura.

[4] No imposición de costas al Banco.

El Cliente se opone, solicitando la confirmación de la sentencia, que no ha impugnado.

3. La Sala resuelve la cuestión aplicando la Jurisprudencia más reciente: respecto a la nulidad de la cláusula, Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencias: 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019; y en cuanto a los efectos de dicha nulidad, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, "CY y Caixabank, S. A."

Aunque tenemos en cuenta, en todo caso, que "[l]a *reformatio in peius* está proscrita no sólo por los principios básicos del proceso civil, sino, expresamente por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil... en el sentido de que la sentencia de segunda instancia no puede ser más gravosa para el apelante que la sentencia de primera instancia (salvo el caso de que se estime la apelación de la parte contraria o la impugnación que hace ésta)", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 29-3-2012, nº 191/2012, rec. 958/2009.

4. Partiendo del hecho no discutido de que todos los gastos se repercutieron al Cliente, la cláusula de gastos es abusiva. Las cantidades que debe restituir el Banco como consecuencia de la nulidad son:

(a) Los Derechos de Notario.

(b) La totalidad del Arancel del Registrador de la Propiedad, en lo que corresponde al préstamo hipotecario.

(c) Los honorarios de la tasación.

Coinciden con lo acordado en la instancia, más los intereses legales y las costas. Seguidamente explicamos las razones de nuestra decisión.

SEGUNDO. Cláusula de imposición de gastos

5. El carácter abusivo de la imposición genérica de gastos ha sido establecido por la Jurisprudencia: "... *ya declaramos 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)” [...] 7.- *Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017.*

6. No existiendo prueba de negociación al respecto, cuya carga tiene el Banco, la cláusula es nula. Esto con independencia de la claridad o transparencia de la misma, pues no estamos analizando el precio o elementos esenciales del contrato, sino una estipulación que infringe el artículo 89.3.

Nulidad que es total: *“la sentencia recurrida se opone a tales principios, puesto que solo considera abusiva una parte de la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, sin reparar en que dicha atribución indiscriminada y total es abusiva, en cuanto que altera el justo equilibrio entre las prestaciones”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 49/2019 Recurso: 5298/2017.*

TERCERO. Gastos Notariales, Registrales, de Gestoría y Tasación

7. *“[E]l artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en*

virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos”, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, “CY y Caixabank, S. A.”.

8. Establece el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios:

Sexta.-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.

Conforme al Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad:

Octava. 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.

Ley Hipotecaria. Artículo 6. La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:... b) Por el que lo transmita. c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir...

“En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 44/2019 Recurso: 2982/2018.

9. Las disposiciones de derecho nacional no imponen al Consumidor ninguno de estos pagos, puesto que se remiten al pacto entre las partes, o al concepto de “interesado” o beneficiado: *“[e]n virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017.*

La consecuencia es que, al ser la cláusula abusiva y no ser válido el pacto entre las partes, no puede negarse al Cliente la devolución de dichas cantidades, que deberán ser abonadas por el Banco.

CUARTO. Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

10. *"[A]plicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento [...] "En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: "a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. "b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. "c) En cuanto al 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 y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. "d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales". Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017.*

11. En consecuencia, no procede la reintegración de lo abonado por este impuesto, ya que la normativa nacional impone el pago al Cliente.

QUINTO. Intereses

12. *"[P]ara 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 el art. 1896 CC, 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 de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 2018, Sentencia: 725/2018 Recurso: 2241/2018.*

SEXTO. Comisión de apertura o estudio

13. *"Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este [...] 70 En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión [...] y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato [...] una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, "CY y Caixabank, S. A."*

14. En el presente caso, no se ha acreditado la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura. Aunque es clara, no superaría el doble control de transparencia. Igualmente falta la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos. Procede decretar su nulidad con devolución de las sumas abonadas.

SÉPTIMO. Costas y depósito

15. La pretensión principal ha sido estimada: declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos. Ciertamente que las consecuencias derivadas de la nulidad no son todas las pedidas.

"[E]l artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, "CY y Caixabank, S. A.".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 4 de julio de 2017, Sentencia: 419/2017 Recurso: 2425/2015.

En aplicación de esa doctrina, para salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio, procede la imposición de las costas de primera instancia al Banco.

16. Las costas de la apelación desestimada, por imperativo del artículo 398, se impondrán a la parte recurrente.

17. Asimismo, procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.