

CLÁUSULAS ABUSIVAS

Nulidad por abusiva

[SAP de Las Palmas, Sección 4, de 20 de abril, recurso: 1103/2017. Ponente: Juan José Cobo Plana. Presidente: Juan José Cobo Plana](#)

Consecuencias de la nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestamista los gastos notariales y de registro – Para repercutir los gastos de la comisión de apertura, estos han de existir y estar acreditados – La recepción de la solicitud de préstamo y el estudio de solvencia son actividades internas del banco que por sí mismas no proporcionan servicio al cliente y por ello no cabe su retribución (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Consecuencias de la nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestamista los gastos notariales y de registro: “[...] Dado que, como antes se ha puesto de manifiesto, tanto la formalización de la escritura pública ante Notario como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúan en el exclusivo interés del Banco prestamista, es éste quien debe correr con dichos gastos, por lo que habrá de proceder a reintegrar al prestamista los que éste haya acreditado haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula. Respecto al pago de las copias emitidas por el Notario, no habiéndose acreditado en el procedimiento que fueran solicitadas expresamente por el Cliente y siendo evidente que al menos una tuvo que ser interesada por el Banco para proceder a la inscripción de la Hipoteca, deben reintegrarse igualmente. Procede condenar al Banco a la devolución de la totalidad de la factura del Notario, con la excepción de la mitad del timbre, que más adelante concretaremos. (...). Dado que la devolución se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula, con reintegro de las respectivas prestaciones, las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera. Cabe señalar que en absoluto puede considerarse que el tiempo transcurrido desde la suscripción del préstamo constituya siquiera indicio de un ejercicio desleal de su derecho por la actora, pues no ha sido sino hasta hace pocos años que los Tribunales han iniciado el examen en profundidad de cláusulas como las litigiosas, cuya licitud antes no se había planteado [...]”.

Para repercutir los gastos de la comisión de apertura, estos han de existir y estar acreditados: “[...] La entidad financiera sostiene la procedencia de dicha comisión, al considerar que legalmente se permite a las entidades financieras el cobro de este tipo de comisiones que responden a un servicio efectivamente prestado por el Banco. Se afirma que a través de la misma se remunera a la entidad financiera por los servicios prestados al cliente previos a la puesta a disposición del dinero solicitado por el mismo, servicios que realiza la entidad a petición del cliente, gasto que tendría por ello derecho a repercutir. Ciertamente existe previsión legal sobre la comisión de apertura en los contratos de préstamo y, en particular, en los de préstamo con garantía hipotecaria, y así la Circular del Banco de España número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su Norma tercera, 1.-bis b) que en los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, la comisión de apertura se devengará una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionados por la concesión del préstamo. Se repite la referencia a la comisión de apertura en la norma

octava, 4.c). En el anexo de la Orden Ministerial de 5-5-1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios (...) se contienen también menciones a la comisión de apertura. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, regula la comisión de apertura para préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas en su art. 5-2- b) en términos muy similares a la norma tercera 1. bis b) de la Circular del Banco de España anteriormente transcrito: "(...) se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito (...). Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito". No obstante, el art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ciertamente en este caso posterior a la fecha de la escritura, dice que las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En la misma línea, la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, con respecto a dicha normativa reseña que "Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente ", añadiendo después que "En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos...". Por lo tanto, no existe ninguna duda sobre la legalidad de dicha comisión y de la posibilidad de repercutir dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten. [...]"

La recepción de la solicitud de préstamo y el estudio de solvencia son actividades internas del banco que por sí mismas no proporcionan servicio al cliente y por ello no cabe su retribución: "[...] La apertura es un trámite sin el cual el préstamo no se puede conceder, el cual, (...), determina que la entidad financiera deba realizar estudios de solvencia del cliente. *La entidad financiera pretende así justificar el devengo de la comisión en el uso de recursos materiales y humanos puestos a disposición del cliente. Sin embargo, ésta es una actividad inherente a la propia de su negocio bancaria, característicos de la actividad bancaria; estamos hablando por ello de costes inherentes a la explotación de su negocio, que se sufragan con sus propios recursos, y no a costa del prestatario que, eso sí, retribuirá al prestamista por vía del interés pactado a modo del correspondiente beneficio para que la operación comercial le resulte ventajosa. Entendida la comisión como retribución del servicio que supone poner a disposición del cliente bancario el nominal del préstamo*, desde el arquetipo normativo de esta clase de contratos, tal y como se regula tanto en el CC como en el Código de Comercio, *no se acierta a percibir qué tipo de servicio se le otorga al cliente bancario, pues el contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero. Y si se entiende como gasto (...), se hace igualmente difícil comprender por qué razón lo que motiva al prestamista a contratar debe ser retribuido al margen y además de las condiciones financieras del préstamo (...)*. Ciertamente la actual L.G.D.C.U. en su art. 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (...) pero, además de que su interpretación debe de ser restrictiva con restringida proyección a determinados sectores empresariales, *el coste deberá repercutirse adecuada o proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente habidos o prestados, proporcionalidad que si no se da incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 de L.G.D.C.U. y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar [...]"*

[Texto completo de la sentencia](#)
