



Roj: **SAP O 1073/2018 - ECLI: ES:APO:2018:1073**

Id Cendoj: **33044370062018100151**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **13/04/2018**

Nº de Recurso: **87/2018**

Nº de Resolución: **152/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00152/2018

N10250

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33004 41 1 2017 0000711

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000087 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de AVILES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000106 /2017

Recurrente: BBVA

Procurador: MARIA DEL CARMEN CERVERO JUNQUERA

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Isabel

Procurador: MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA

Abogado: IGNACIO HERNANDO ACERO

RECURSO DE APELACION (LECN) 87/18

En OVIEDO, a trece de Abril de dos mil dieciocho. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. Dª María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidenta, D. Jaime Riaza García y Dª Marta Mª Gutiérrez García, Magistrados ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA Nº 152/18

En el Rollo de apelación núm. 87/18, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario 106/17, que con el número 106/17 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Avilés, siendo apelante **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**, demandado en primera instancia, representado por la Procuradora DOÑA MARIA DEL CARMEN CERVERO JUNQUERA y asistida por la Letrada DOÑA MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ y como parte apelada **DOÑA Isabel**, demandante en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA y asistida por el Letrado DON IGNACIO HERNANDO ACERO **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Presidente, Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Avilés dictó Sentencia en fecha 20 de Diciembre de 2017 cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debía estimar y estimaba íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Dra. D^a María Aranzazu Garmendia Lorenzana, en nombre y representación de D^a Isabel contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, que deberá pasar por los siguientes pronunciamientos:

"Se declare, a todos los efectos procedentes en Derecho, la abusividad, falta de transparencia y por tanto, la **nulidad** radical de la siguiente estipulación, teniéndose por no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de de esta demanda.

- Del contrato de préstamo hipotecario de fecha 25 de septiembre de 2009 con la entidad demandada, la cláusula CUARTA, identificada de la siguiente manera:

CUARTA COMISIONES:

- a) **Comisión de apertura:** La **comisión de apertura** de 0,80 con un mínimo de 600,01 a favor del Banco.
- b) Gastos por reclamación de posiciones deudoras de 30 euros.
- c) Se condene al BBVA S.A. a abonar a mi representada la cantidad percibida en concepto de **comisión de apertura** del préstamo hipotecario, más intereses legales y costas.
- d) Se declare el carácter abusivo y en consecuencia la **nulidad**, de la siguiente estipulación, teniéndose por no puesta y extranándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

-Del contrato de préstamo hipotecario de fecha 25 de septiembre de 2009 con el BBVA S.A. la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce seguidamente:

"QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTARIA.-Serán de cuenta de la PARTE PRESTATARIA RELATIVO AL PAGO de los gastos de notaría, registro, gestión y tasación:

e) Que se condene al BBVA S.A., por aplicación del art. 1303 del C. Civil , a la devolución y/o restitución de las cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por mis mandantes para los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de las estipulaciones citadas, como consecuencia de la aplicación de dichas estipulaciones que se declaren nulas, más el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso.

f) Se declare el carácter abusivo y en consecuencia la **nulidad**, de la siguiente estipulación, teniéndose por no puesta y extranándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

- Del contrato del préstamo hipotecario de fecha 25 de septiembre de 2009 con el BBVA S.A. la cláusula SEXTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce seguidamente:

"SEXTO. INTERESES DE DEMORA

Las obligaciones dinerarias de la parte prestaria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al banco en la cláusula seis bis, un interés de demora del 20% nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre para períodos vencidos.

g) Se condene a BBVA S.A. por aplicación del art. 1303 del Código Civil , a la devolución y/o restitución de las cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por mis mandantes en concepto de intereses de demora aplicados por la entidad bancaria demandada sobre las cuotas periódicas del préstamo hipotecario impagadas.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 11-04-2018.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda, acordando en lo que aquí interesa, dado que son los únicos pronunciamiento frente a los que se articula expresa y específica impugnación en el escrito de interposición del recurso, la **nulidad** fundada en la abusividad de la cláusula quinta referida a los gastos y así como la **nulidad** de la **comisión de apertura** y posiciones deudoras contenidas en la cláusula cuarta, ambas de la Escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre las partes en fecha 25 de septiembre de 2009, y con ello la procedencia del reintegro de las cantidades abonadas en base a las mismas, que reputó indebidas, todo ello en los términos transcritos en los antecedentes de hecho de esta resolución.

SEGUNDO.- La impugnación que la entidad financiera demandada articula en el recurso frente a tales pronunciamientos se funda tanto en razones formales o procesales como de fondo.

Así en relación a los primeros se denuncia la infracción en la recurrida de los arts. 209.4 y 219 de la L.E.Civil, fundada en el hecho de haber acogido en relación tanto a la comisión de posiciones deudoras como a la cláusula relativa a los gastos, la pretensión de reclamación de reintegro de cantidades abonadas en base a las mismas, difiriendo su cuantificación para ejecución de sentencia, pese a que en la demanda no se habría cumplido con el requisito de la concreta cuantificación objeto de reclamación por ambos conceptos como exigen los precitados arts. ni tampoco se fijan las bases para su ulterior liquidación, lo que a su juicio habría de llevar a desestimar ambas pretensiones de reintegro de cantidades.

El motivo se rechaza, en cuanto ejercitada como principal en relación a ambas estipulaciones la declaración de abusividad, la procedencia del reintegro de cantidades abonadas en aplicación de las mismas se producen ex lege, no siendo incluso necesario petición expresa, y su cuantificación en ejecución de sentencia viene además amparada por la jurisprudencia del TS, que entre otras y por citar una de las más recientes en su sentencia de fecha 17 abril de 2015, reiterado la doctrina establecida en su sentencia de Pleno de 12 de enero de 2012, seguida en otras posteriores que detalla, interpretando precisamente los artículos 209. 4.º y 219, ambos de la LEC, ha mantenido la procedencia de matizar su contenido, admitiendo la posibilidad atendidas las circunstancias de cada caso, bien de diferir tal cuantificación a otro proceso, bien a la fase de ejecución.

En el presente es claro además que ya en la demanda y en la pretensión de reintegro anudada a la pretensión principal de declaración de **nulidad** de las estipulaciones que establecían esa repercusión de gastos y fijaban las comisiones, se contienen las bases que permiten la correcta cuantificación de las cantidades objeto de condena y restitución en su caso, pues en relación a los gastos se aportan las facturas de los que se reputan indebidamente repercutidos, como doc. 2 complejo, obrante a los f. 97 a 99, ambos inclusive, que serán, por cuanto seguidamente se razonara, a los únicos a que ha de estimarse se refiere el pronunciamiento de la recurrida que acuerda su total reintegro, y en relación a esta comisión, de haber sido cargada y proceder algún reintegro, este solo estaría pendiente de meras operaciones aritméticas, al venir fijada en el apartado 4 de la cláusula cuarta, en una cantidad fija alzada, de 30 €, por cada reclamación de recibo impagado, de modo que su concreta cuantificación solo exige tomar en consideración el histórico de extractos bancarios de la cuenta del préstamo, en poder de la entidad financiera.

Ha de tenerse en cuenta, y con ello igualmente se aborda el motivo procesal también invocado en apoyo de la improcedencia de la declaración de **nulidad** de la comisión por posiciones deudoras, que a ello no obsta el hecho de que no se hubiera acreditado su aplicación en la práctica, esto es el giro de alguna cantidad adicional por este concepto, toda vez que ello no obsta a la declaración de **nulidad**, en aplicación de la doctrina del TJUE, recogida entre otras en su Sentencia de 26 Ene. 2017, C-421/2014, apartado 73, según la cual " ... a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

TERCERO.- La impugnación que se articula en relación a la **comisión de apertura** se rechaza. Ello es así porque como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala, con reiteración en anteriores resoluciones, entre otras, las sentencias núm. 133/2017 de 7 de abril, 193/2017, de 2 de junio y la más reciente 338/2017 de 27 de octubre, aun cuando la validez de las comisiones y entre otras la de apertura, viene expresamente admitida por la normativa bancaria, ello lo es siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario, como así ya apuntaba la vigente en la fecha de concesión del préstamo, concretamente el apartado quinto capítulo primero de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de **crédito** y recoge expresamente la actual, representada por la Orden



EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

Así lo establece el párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden con arreglo al cual, " *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* ". De donde resulta que al igual que sucede con el resto de comisiones, rige respecto a la misma el principio de "realidad del servicio remunerado" para su aplicación, de forma que sino hay servicio o gasto, no puede haber comisión lo que justifica la declaración de abusividad de la misma.

La existencia de una regulación específica sobre esta y otras comisiones, no supone por ello que la misma pueda eludir la exigencia legal de que la misma obedezca a un servicio efectivo prestado al cliente, ni tampoco evitar la protección que al consumidor otorga la normativa propia en materia de consumo. En este punto, con carácter general, el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 noviembre 2007, reproduciendo el contenido del apartado 1 del artículo 10 bis, de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, vigente en la fecha de celebración del contrato, establece que " *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* ".

De otra parte la actual L.G.D.C.U. en su artículo 87.5 reconoce la legitimidad de la facturación por el empresario al consumidor de aquellos costes no repercutidos en el precio (indisolublemente unidos al inicio del servicio) 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 artículo 80 de la L.G.D.C.U.

En este caso se pretende que con la citada comisión se hace frente a los gastos generados por las gestiones previas a la formalización del préstamo y posterior novación, concretamente al estudio de los riesgos de la operación, ahora bien la estipulación que la fija no se hace expresa referencia al gasto que genera la misma, que permanece por ello en la mas completa indefinición, al establecerse sin explicación alguna ni referencia a que gastos la justifica. Por otra parte su cuantía, responde a un porcentaje sobre el total importe del préstamo, que varía por ello en función de la cantidad prestada y no del coste de las labores preparatorias que cada concreto préstamo requiera. Además de ello la mayoría de los gastos a que genéricamente aludió el empleado de la entidad financiera que intervino en esta operación en la declaración prestada en el acto del juicio, referidos estudio de riesgos y preparación del préstamo, tampoco justificaría la comisión y su repercusión al cliente bancario, entre otras razones, como se argumentaba en la ultima de las precitadas sentencias de esta Sala, porque la recepción de solicitud de préstamo o su ampliación en este caso, el estudio posterior sobre solvencia y la formulación de oferta vinculante son actuaciones internas del Banco que en si mismas consideradas ningún servicio prestan al cliente, de ahí que no puedan, sin una expresa asunción por el cliente, con plena información previa sobre su coste y efectiva negociación, ser puestos a cargo del mismo.

No habiendo acreditado por ello en este caso la entidad financiera demandada que el importe de tal comisión responda a retribución de gastos efectivamente generados por la concesión del préstamo y estando como está acreditado que ha existido un efectivo pago del importe de la misma cuyo reintegro se pretende, en cuanto este, según el tenor literal de la cláusula cuarta es directamente deducido del importe del capital prestado antes de ponerlo a disposición del cliente, procede mantener la declaración de abusividad y consiguiente reintegro acordada en la recurrida.

CUARTO.- La misma conclusión desestimatoria procede respecto a la impugnación de la declaración de abusividad de la comisión pactada por reclamación de posiciones deudoras o cuotas impagadas.

Las razones que avalan esa declaración de abusividad, como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala en sentencias precedentes, al igual que ya se ha razonado en relación a la de apertura, del hecho de que con carácter general el art. 82.1 RD Leg. 1/2007 de 16 noviembre 2007, reproduciendo el contenido del apartado 1 del art. 10 bis, de la LGDCU, vigente en la fecha de celebración del contrato, establece que " *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* ".

Los requisitos exigidos en el precitado art. para poder considerar como abusiva una determinada cláusula de un contrato de consumo, relativos: 1º) a que se trate de un contrato celebrado con consumidores 2º) ausencia de negociación individual de las cláusulas contractuales y 3º) necesidad de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, concurren en este caso en relación a la citada cláusula puesto que en la misma se



fija una comisión de gestión de 30 € para la reclamación de cada cuota impagada, tratándose así de una cláusula general que repercute un coste al consumidor que no aparece justificado en modo alguno y que en si misma representa además una indemnización añadida a la que suponen los intereses de demora, desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones, impuesta en forma unilateral, tanto en su cuantía como en su contenido, por parte del empresario, generando para el mismo una posición favorable a sus intereses económicos y que no se corresponde con los gastos reales que para el mismo pueda suponer la regularización de las posiciones deudoras ante incumplimientos previos al vencimiento anticipado.

No es por ello nula la cláusula por fijar un indemnización por gastos de reclamación, sino por fijar su importe de manera fija y sin obligación del empresario de acreditar haber intentado la reclamación, ni justificar el medio empleado para ello ni lo que es mas importante su coste individualizado para el concreto consumidor que ha impagado una de las cuotas, lo que incumpliría además los criterios establecidos al respecto por el Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre, según los cuales, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador) y al coste de las mismas.

Además de ello, la finalidad de esta comisión, es la misma que la de los intereses de demora, cuya función según reiterada doctrina del TS, recogida entre otras en su sentencia de 26 octubre 2011 , es "sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones...", de modo que si a ese interés de demora pactado se sumara la comisión litigiosa, es claro que esta ultima encubre una autentica cláusula penal cumulativa que debería haberse reflejado con tal naturaleza y claridad en el contrato pues el impago en los plazos pactados ya se retribuye con los intereses de demora.

QUINTO.- En relación a la declaración de **nulidad** de la cláusula de repercusión de gastos, su procedencia y consiguiente expulsión del contrato aquí no es discutida por la entidad financiera en su recurso, sin duda porque en este caso se trata de una cláusula general predispuesta por la entidad financiera que no fue objeto de negociación individual y en este sentido el carácter omnicompreensivo de la repercusión de gastos que contempla, abstractamente considerada y en su propia literalidad, justifica, de acuerdo con la doctrina sentada por el TS en su sentencia de pleno de 21 de noviembre de 2015 , la declaración de abusividad y consiguiente expulsión del contrato que acuerda la recurrida.

Ahora bien, como quiera que en este caso no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible **nulidad** como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de **nulidad** en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, en este punto, es preciso señalar que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor en su aplicación dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo.

Quiere decirse con ello que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la **nulidad**, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el derecho al reintegro derivado de la declaración de abusividad, en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían de hecho la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva.

Es decir, en el marco de la acción individual de **nulidad** de una condición general de contratación puede y debe discriminarse aquellos extremos que puedan merecer dicha sanción, frente a los que por el contrario hayan de conservar plena validez y eficacia, porque el artículo 82.2 del RDLeg 1/2007 admite la **nulidad** parcial cuando advierte que, " *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado*



individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato." es verdad que el precepto solo alude a la negociación individualizada de la cláusula o de parte de la misma, pero es obvio que cuando la condición general de que se trate simplemente transcriba la solución prevista en la norma vigente al tiempo del otorgamiento no podrá decirse que causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor y usuario, pues en definitiva esa era carga que ya le venía impuesta por el derecho positivo.

Por el contrario cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá que apreciar abusividad, con la consiguiente obligación de reintegro de aquellos gastos que hayan sido impuestos injustificadamente al consumidor.

SEXTO.- Abordando, de acuerdo con la precedente doctrina, el enjuiciamiento de los concretos gastos asumidos por la actora y cuyo reintegro se pretende, reconociendo que se trata de una cuestión que es controvertida, al existir criterios discrepantes en los tribunales que alcanzan incluso a la distintas Secciones de esta Audiencia, ello no obstante, sobre la misma esta Sala viene manteniendo un criterio uniforme a partir de su sentencia de fecha 19 de mayo de 2017, reiterados en otras posteriores hasta la fecha.

En las mismas apuntando esa distinta perspectiva del enjuiciamiento de la acción individual frente a la colectiva, en relación a los *gastos de documentación* (Notaria), ya razonábamos, que la doctrina establecida en la sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 exigía discriminar entre la obligación principal -el préstamo-, en la que el principal interesado es el consumidor, y la accesoria -la garantía hipotecaria-, que por el contrario favorece directamente al profesional.

En base a ello llegábamos a la conclusión que dado que la práctica más común es que ambos negocios jurídicos se concierten en unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que la minuta no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía, a falta de una mayor concreción, lo procedente será repartir los gastos notariales por mitad entre ambos otorgantes, doctrina esta que se estima debe ser la aplicada en este caso, pues si bien en relación a los de primera copia para el prestamista sólo beneficia al Banco, que obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), y en nada al consumidor, el resto de las que figuran en la minuta se ignora quien las ha solicitado, por lo que esa solución de reparto por mitad de todos los gastos se reputa la mas ajustada a la doctrina de la tan citada sentencia de Pleno del TS.

En consecuencia en este caso procede acoger en forma parcial la impugnación respecto a los gastos notariales, fijando el importe del reintegro procedente en el 50% de lo abonado (f. 97) esto es en la cantidad de 281,86€.

Por lo que a los gastos derivados de la *inscripción de la hipoteca*, se refiere, el recurso, de acuerdo con los precedentes ya citados de esta Sala, se rechaza. Ello es así porque la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Habiendo concluido, en aplicación de la sentencia de Pleno, que el principal beneficiario y por ello interesado en la constitución de la hipoteca es la entidad financiera, la repercusión de este gasto ha de reputarse en su totalidad indebida, y debe por ello ser reintegrado en este caso el importe abonado que según la factura obrante al f. 98 asciende a 125,99€.

Debe por ultimo ser acogida la impugnación que se articula *en relación a los gastos de tasación*, al no poder compartirse el carácter de indebido de su repercusión que acepta implícitamente la recurrida.

Ello es así, porque como ya declaro esta Sala en sentencias precedentes, la precitada sentencia de pleno del TS de 23 de diciembre de 2015, parte de la premisa de que el beneficiario del préstamo es el consumidor es así que el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria es requisito legal imprescindible para la obtención del tipo de préstamo que nos ocupa, pues así resulta del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2.007, que reza como sigue: *El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley"*

De ello se infiere que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y por tanto ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto a mayor abundamiento la condición que nos ocupa no prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite



el artículo 3 bis I.) de la Ley antes mentada cuando dispone que " *las entidades de **crédito**, incluso aquéllas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y aunque la entidad de **crédito** podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones.*" por consiguiente la condición controvertida tampoco limita la autonomía del consumidor para elegir el tasador que repute más conveniente.

Se rechaza por ello la procedencia del reintegro de este gasto que según la factura obrante al f. 99 de los autos, ascendió a 272€.

SEPTIMO.- Procede por cuanto se lleva razonado estimar parcialmente el recurso lo que determina que no proceda hacer expresa imposición de costas en ambas instancias, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2º de los arts. 394 y 398, respectivamente de la L.E.Civil .

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dicta el siguiente

FALLO

Se estima parcialmente el recurso de apelación deducido por **BBVA S.A.**, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Avilés, en autos de juicio ordinario núm. 106/2017, seguidos contra la misma a instancia de **DOÑA Isabel** a que el presente rollo se refiere, la que se **REVOCA PARCIALMENTE** , en cuanto manteniendo la declaración de abusividad de la cláusula quinta de repercusión de gastos, se limita el importe del reintegro procedente por este concepto a la totalidad de los gastos de Registro, y mitad de los gastos de Notaria, y por ello la condena por este concepto a la cantidad total de 407,64€.

En lo demás se confirman sus pronunciamientos.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Asi por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.