

Nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura en los créditos hipotecarios

12/07/2018

Compartir:

Ni se percibe como correspondiente a servicio o gasto real alguno ni se justifica su proporcionalidad.

### ***lustel***

La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas ha dictado sentencia, en línea con las dictadas por las Secciones 1.ª y 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 2 de febrero de 2018, en la que se confirma la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura pactada en un préstamo hipotecario.

Reconociendo que la comisión en cuestión es objeto de previsión legal, la Audiencia declara que la entidad financiera no puede justificar el cobro alegando que ha tenido que realizar estudios de solvencia del cliente. La recepción de la solicitud del préstamo, el estudio de solvencia, “son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente, ni por ello cabe su retribución.” Se trata de una actividad inherente a su negocio bancario, costes inherentes a la explotación de su negocio, que se sufragan con sus propios recursos y no a costa del prestatario. En definitiva, concluye la sentencia, procede la declaración de la nulidad porque ni se percibe como servicio o gasto real y efectivo alguno ni tampoco se acredita su proporcionalidad.

Dicha sentencia también se pronuncia sobre otros gastos que suelen acompañar a la formalización de los préstamos hipotecarios. Así, declara nula, por abusiva, la cláusula por la que se carga indiscriminadamente sobre el cliente el pago de todos los tributos. También nula, por abusiva, es la cláusula que carga con todos los gastos notariales al prestatario: “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.” Tampoco debe el prestatario correr con los gastos de gestoría, cuyos servicios, de carácter complementario, han sido solicitados por el Banco y no por el cliente, al cual tampoco se le ha dado la posibilidad de elegir otro profesional. Sí debe el prestatario, por el contrario, abonar el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)

Sección: 4

Fecha: 20/04/2018

Nº de Recurso: 1103/2017

Nº de Resolución:

Procedimiento: Civil

Ponente: JUAN JOSE COBO PLANA

Tipo de Resolución: Sentencia

## **Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria**

### **Sentencia**

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de abril de 2018.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 1103/2017, los autos de juicio ordinario n.º 287/2017, provenientes del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Telde.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución, siendo ponente el Sr. Magistrado D. JUAN JOSÉ COBO PLANA, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Telde se dictó sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE a demanda formulada por el procurador de los tribunales D. Juan Déniz Guerra, en nombre y representación de DÑA. Marcelina., contra la parte demandada, BANKIA S.A., debo:

-Declarar nula la estipulación cuarta (cláusula suelo 4.4) pactada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de diciembre de 2005 y, en consecuencia, condenar a la entidad demandada al pago al actor de las cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula suelo desde la fecha del contrato, que debieron haberse liquidado al tipo de interés remuneratorio pactado en lugar de al 2,75%, más el interés legal desde la fecha de cobro, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia. La cantidad objeto de condena devengará el interés legal más dos puntos desde el dictado de esta sentencia ( art. 576 LEC ).

- Declarar la nulidad de la cláusula de interés de demora (18,50% anual), estipulación séptima del contrato.

- Declarar la nulidad de la estipulación sexta del contrato sobre "gastos" y, en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago de 960,82 euros, conforme al desglose realizado en el fundamento sexto, más el interés legal del dinero desde la fecha de pago de cada desembolso. La cantidad objeto de condena devengará el interés legal más dos puntos desde el dictado de esta sentencia ( art. 576 LEC ).

- Desestimo el resto de pedimentos - Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de DOÑA Marcelina.

La representación procesal de BANKIA, S.A. formuló escrito de oposición al mismo.

Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 3 de abril de 2018.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso El recurso de apelación ha quedado circunscrito a las siguientes cuestiones:

Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto a los gastos notariales y registrales  
Discrepancia sobre los efectos de la nulidad en cuanto a los gastos de gestoría.

Validez de la cláusula de comisión de apertura.

Condena en costas en primera instancia.

SEGUNDO. Cláusula de imposición de gastos hipotecarios 1. Su carácter abusivo ha sido establecido por la Jurisprudencia: "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 lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de marzo de 2018, Sentencia n.º 148/18, Recurso 1518/17 y Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de marzo de 2018, Sentencia: 147/2018 Recurso: 1211/2017.

2. No existiendo prueba de negociación al respecto, cuya carga tiene el Banco, la cláusula es nula.

TERCERO. Gastos Notariales y Registrales 3.1. Gastos notariales.

Con carácter previo, debemos precisar que los gastos en tela de juicio son los relativos a la constitución de préstamos hipotecarios, no los gastos derivados de la compraventa del inmueble.

El artículo 63 del Reglamento del Notariado, comienza: "La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial".

Las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca.

Pero esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4.ª.2), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en el Anexo II, norma 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".

La obligación de pago se imputa, por tanto, al sujeto requirente o, alternativamente, al sujeto interesado.

Existe una diferencia sustancial entre la obligación del requirente y la del interesado.

El requirente debe pagar todos los conceptos minutables; mientras que el interesado, o beneficiario del derecho que se inscribe, solo el concepto minutable en el que esté interesado o correspondiente al derecho que le beneficia.

Para la determinación del " sujeto requirente", en este caso, hay que valerse de presunciones.

Las presunciones judiciales son un método para fijar la certeza de ciertos hechos (Exposición de Motivos LEC).

"A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" ( art. 386.1 I LEC ).

Las máximas de experiencia, también llamadas en el derecho anglosajón estándares de actuación, son juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación de su reiteración en el tiempo aunque son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren. Vienen a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y que tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario pudiendo ser utilizadas por el Juez. Obviamente no son verdades urbi et orbe aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el Juez en el caso concreto.

En otras ocasiones es el propio Juez el que puede aplicarlas para completar su decisión como ocurre con la apelación a la diligencia de un buen padre de familia, a los usos de la vida social, a la adecuación a pautas y comportamientos sociales. Pues bien, conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial se solicita en la generalidad de los casos por la entidad de crédito, quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario.

El artículo 147 III del Reglamento del Notariado prescribe: "En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación".

En la escritura que examinamos, consta que la escritura ha sido redactada conforme a la minuta escrita presentada por el Banco.

Por otra parte, es "interesado" aquél al que beneficie la actuación notarial.

Según las propias normas sustantivas, el interesado en la garantía hipotecaria es, sin duda alguna, el Banco prestamista. Así, tenemos:

A). La celebración de un préstamo, que lo que realmente interesa al prestatario, no requiere escritura pública, siendo perfectamente válido el préstamo otorgado en escritura privada.

Dice el artículo 1258 del Código Civil que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley." B). Por el contrario, el artículo 145 de la Ley Hipotecaria exige para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas:

1.º. Que se hayan constituido en escritura pública.

2.º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

C). La constitución de la hipoteca, que es el motivo por el que se formaliza de escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la Propiedad (con sus gastos), al único a quién beneficia, obviamente, es al Banco prestamista. Y ello por lo siguiente:

1.º. Obtiene el derecho o la garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario ( artículo 1858 del Código Civil ).

2.º. El crédito es preferente.

Dice el artículo 1923-3.º del Código Civil : "Con relación a determinados bienes inmuebles..., gozan de preferencia: 3.º Los créditos hipotecarios..., inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados..." 3.º. En caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial ( art. 90.1-1.º de la Ley Concursal ).

4.º. El crédito, finalmente, es ejecutivo.

Dice el artículo 517.2-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:... 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes." Y el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala: " El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".

D). La propia legislación especial hipotecaria contempla como interesado en la garantía al acreedor.

Así resulta del art. 233 Reglamento del Notariado que dice: "A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter".

E). El interesado según las normas fiscales sería también el prestamista (en la actual interpretación de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo), lo que no contradice la jurisprudencia de lo Contencioso, que grava con el impuesto al prestatario sobre la base de considerarlo "adquirente", no "interesado".

El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 dice lo siguiente:

"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".

Conforme a todo lo que se acaba de exponer, la cláusula aquí examinada es abusiva por atribución de todos los gastos notariales al prestatario.

### 3.2. Gastos registrales.

El Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone en el Anexo II, norma 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. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Dice el artículo 6 de la Ley Hipotecaria :

"La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho".

Conforme a lo anterior, la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro.

La respuesta es sencilla y es suficiente remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto.

La cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación.

Lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.

3.3. Sobre las 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.

El importe a devolver por gastos de notaría es: 493,41 euros.

El importe a devolver por gastos de registro es: 176,96 euros.

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.

CUARTO. Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados 1. "Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario [...] la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD [...] respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario", Sentencias citadas.

Siendo de cargo del prestatario no procede devolución alguna (f. 102).

2. " En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados por la documentación del acto - préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública ( arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados -en adelante, el Reglamento-) [...] en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento. Y 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 (arts. 71 y ss. del Reglamento), 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 pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. 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). Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento", Sentencias citadas.

Tenemos en cuenta que no procedía la aplicación de la cuota variable, conforme al:

Artículo 74. Préstamos y empréstitos. 1. Las primeras copias de escrituras notariales que documenten préstamos sujetos a la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas", incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, no quedarán sujetas al gravamen gradual de "actos jurídicos documentados" sobre documentos notariales.

En cuanto al resto, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto. Puesto que todos estos conceptos están contenidos en la factura del Notario bajo el epígrafe timbre, (junto con sus Derechos), procede la devolución del importe de esa factura, menos la mitad de lo abonado como timbre.

El importe a devolver es: 6,27 euros, que ya se descontaron de la factura del notario.

QUINTO. Gastos de gestoría 1. La intervención de una gestoría supone la participación de otro profesional en la tramitación del contrato y su tarea facilita el negocio del Banco, especialmente en cuanto a la presentación de los documentos en el Registro de la Propiedad.

Entendemos que se ha cobrado al Cliente otro servicio complementario, realizado por un tercero (la Gestoría).

Establece el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias:

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

No constando que el Cliente solicitase ese servicio complementario, ni tuviera la posibilidad de elegir a otro profesional (a diferencia del derecho reconocido a libre elección de Notario), procede la íntegra devolución de esos importes.

El importe a devolver es: 1.068,04 euros.



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.

SEXTO. Cláusula relativa a la comisión de apertura.

La Audiencia Provincial de Asturias (por todas, sentencias de las secciones 1.ª y 7.ª de 2 de febrero de 2018 ) ha declarado ya la nulidad de cláusulas de esta naturaleza con argumentos como los siguientes, que esta Sala comparte plenamente:

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 (vigente en la fecha del préstamo hipotecario litigioso) 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 de-vengará 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 efectiva-mente 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.

Para justificar la procedencia de dicha comisión se alega que el banco de debe solicitar a la Central de Riesgos del Banco de España (CIRBE) los datos de solicitantes y avalistas, y analizar y estudiar esos datos, al igual que ocurre con los ficheros de insolvencia patrimonial, tiene que solicitar y revisar la documentación que acredita la capacidad económica de los solicitantes y de los avalistas, solicita la tasación del inmueble o inmuebles a hipotecar, la oficina bancaria tiene que elaborar y someter a aprobación del comité de riesgos de la entidad la propuesta de riesgos, finalmente, debe redactar el contrato y contacta con la notaría para la formalización de la operación.

A juicio de la Audiencia Provincial de Asturias, que esta Sala comparte plenamente, ello no justifica el cobro de dicha comisión.

La recepción de la solicitud de préstamo, el estudio propiamente dicho de solvencia son actividades internas de la entidad bancaria que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente, ni por ello cabe su retribución.

La apertura es un trámite sin el cual el préstamo no se puede conceder, el cual, y además por exigencia legal ( Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en su art. 29 ), 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 re-cursos 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 (de estudio y cuantos otros inherentes a la actividad de la empresa ocasionados por la concesión del préstamo), 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 (interés ordinario y moratorio).

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 (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 art. 80 de L.G.D.C.U. y que en el caso ni tan siquiera se ha intentado justificar.

Pero es que además, y por encima de todo eso, asimismo se ha de ponderar que, como declara la sentencia del T.S. de 9-05-2.013 al tratar del examen de las condiciones generales relativas a sectores regulados, (FJ.9), la existencia de una regulación normativa bancaria no es óbice para la aplicación de la L.C.G.C. (ni por ende de la L.G.C.U.), en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan sólo regula su transparencia y límites.

En definitiva, dado que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamos) se cono-ce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad.

El importe a devolver por comisión de apertura es: 1.189,26 euros.

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.

SÉPTIMO. Costas y depósito 1. La pretensión principal que ha sido estimada: declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos. Cierto que las consecuencias derivadas de la nulidad no son todas las pedidas, pero esa es una pretensión secundaria respecto a la anterior, y que ni siquiera está sometida la petición de parte.

Por otro lado, " esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado.... 2.ª) Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas....", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 4 de julio de 2017, Sentencia: 419/2017 Recurso: 2425/2015.

Procede la imposición al Banco de las costas de la primera instancia.

2. Las costas de la apelación parcialmente estimada, por imperativo del artículo 398, no se impondrán a ninguno de los litigantes.

3. Procede acordar la devolución total del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, 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.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y de pertinente aplicación, en nombre del Rey

### **FALLAMOS**

I. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por BANKIA, S.A., revocando la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017, en el único sentido de:

Condenar a BANKIA, S.A. a la devolución a la actora de la suma de 2.933,94 euros, más el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera. Con expresa condena en costas de la primera instancia a la demandada. Confirmando el resto de pronunciamientos.

II. No imponer las costas del recurso a ninguna de las partes, con devolución de la totalidad del depósito constituido.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477.

El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

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

PUBLICACIÓN: Leído y publicado fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.