



Roj: **SAP B 213/2019 - ECLI: ES:APB:2019:213**

Id Cendoj: **08019370152019100068**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **60/2018**

Nº de Resolución: **100/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0810142120170049472

Recurso de apelación 60/2018-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de L'Hospitalet de Llobregat

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 241/2017

Cuestiones.- Nulidad de cláusula tipo fijo sustitutorio del IRPH. Nulidad cláusula gastos.

SENTENCIA núm. 100/2019

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN F. GARNICA MARTÍN

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DOÑA MARTA PESQUEIRA CARO

En Barcelona a 24 de enero de dos mil diecinueve.

Parte apelante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

-Letrado: Xavier Claver Espax

-Procurador: Ignacio López Chocarro

Parte apelada: Lina y Gervasio

-Letrado: José Antonio Alcalde Fornieles

-Procurador: Teresa Martí Amigó

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 20 de octubre de 2017

-Demandante: Lina y Gervasio

-Demandada: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" Estimar la demanda interpuesta por D. Gervasio y Dña. Lina contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. y cabe condenarle a declarar nula las estipulaciones contenidas en los contratos de préstamo hipotecario firmados el 26 de febrero de 2007 y 12 de diciembre de 2012 referidas a la cláusula 3 bis.2.5 por la que tras la no publicación del IRPH Cajas establece el último tipo aplicado como fijo , la referida a los gastos e impuestos del contrato en la cláusula 5ª , así como la no aplicación de las mismas para liquidaciones futuras, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades que hubiera cobrado en exceso desde la firma del préstamo hipotecario en lo relativo a dichas cláusulas, en concreto 4.037'17 euros en relación a la cláusula 5ª, intereses y costas".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada. Del recurso se dio traslado a la parte actora, que presentó escrito de oposición e impugnación al recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 16 de enero de 2019.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La parte actora ejercitó acción de nulidad, entre otras, de la cláusula tercera bis, apartado 2.5º, del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada, cláusula que fija como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios de las Cajas de Ahorro, publicado por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado con referencia oficial (en adelante, cláusula IRPH), que establece que se aplicará el último tipo aplicado en caso de desaparición del índice de referencia. De igual modo solicitó la nulidad de la estipulación del contrato relativa a los gastos del contrato. También solicitaba la condena a la demandada a la reintegración de las sumas indebidamente abonadas en aplicación de dicha cláusula.

2. La sentencia estima íntegramente la demanda. Declara la nulidad, por abusivas, de ambas cláusulas y condena a la demandada al pago de las cantidades indebidamente abonadas.

3. La sentencia es recurrida por la demandada, que impugna todos sus pronunciamientos. La parte actora se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia apelada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Sobre la nulidad de la cláusula cierre en caso de desaparición de los índices de referencia.

4. La cláusula tercera bis establece que, de no existir un tipo de referencia específico utilizable, por la desaparición o por la no publicación de los índices pactados, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el período de interés anterior. Recordemos que la Ley 14/2013, tras disponer la desaparición del IRPH CAJAS, IRPH BANCOS e IRPH CECA, establece lo siguiente:

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España", aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.

5. Sobre la cuestión planteada nos hemos pronunciado en anteriores ocasiones en el sentido de descartar el carácter abusivo de la cláusula, aunque admitimos que la cuestión suscita dudas de derecho. La cláusula no ofrece ninguna dificultad de comprensión y, lógicamente, al igual que acontece con el interés variable vigente hasta la supresión de aquellos tipos oficiales, define directamente el precio. Su ubicación en la escritura es



la adecuada, en la medida que aparece inmediatamente después del interés variable aplicable transcurrido el primer periodo pactado. Es natural que ambas partes prestaran mayor atención a la referencia principal (IRPH Cajas), dado que no era previsible que los dos primeros índices fueran suprimidos.

6. Además, aunque aceptáramos como hipótesis que el último de los índices sustitutos no se incorporó con transparencia o que faltó información, no estimamos que sea abusivo. Recordemos que para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido de expulsar la cláusula del contrato, no basta con constatar que ha existido infracción del deber de información, sino que es preciso que la cláusula pueda considerarse abusiva, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Ese análisis, además, debe hacerse atendidas las circunstancias existentes en el momento en que se suscribió el contrato, sin que pueda verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como puede ser la evolución de las distintas referencias hipotecarias. Pues bien, en este caso la desaparición del IRPH, en sus dos modalidades, es un hecho ajeno a la entidad de crédito y absolutamente imprevisible cuando se suscribió el préstamo. No advertimos, por tanto, que la demandada actuara contraviniendo las exigencias de la buena fe ni podemos concluir que sea perjudicial para el consumidor un tipo fijo tan reducido como el que resultaba de aplicar el último interés vigente antes de la desaparición del IRPH. Ante un escenario altamente improbable cuando se firmó el contrato (la desaparición de todas las referencias hipotecarias), no nos parece desequilibrado que el contrato contemple que se mantenga el último tipo resultante de aplicar las previsiones contractuales.

7. Por último hemos de recordar que es la propia Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que dispone la desaparición del IRPH, la que otorga prioridad al tipo o índice de referencia previsto en el contrato frente al tipo de interés oficial que establece el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la citada Ley.

Por lo expuesto, debemos estimar en este punto el recurso de la demandada.

TERCERO.- Sobre la acción declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos.

8. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en dos resoluciones distintas respecto del carácter abusivo de las cláusulas relativas a los gastos del contrato de préstamo hipotecario: (i) la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618), en el ámbito de una acción colectiva; y (ii) la Sentencia 147/2018, de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848), en el ámbito de una acción individual.

9. La STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, dictada, como hemos dicho, en una acción colectiva respecto de una estipulación que la Audiencia había considerado abusiva al amparo de lo dispuesto en el artículo 89.3º del TRLGDCU.

10. El TS justifica el carácter abusivo de la cláusula de gastos por aparecer expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que el artículo 89.3º del TRLGDCU tipifica como abusivas. También alude a que la estipulación ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, lo que implica una remisión a la norma general sobre cláusulas abusivas del artículo 82.1 del RDL 1/2007 (artículo 3.1 de la Directiva 1393), que dice lo siguiente: "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".

11. La posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 insiste en esa misma idea. De este modo, lo primero que hace es advertir que la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no contuvo pronunciamiento alguno en materia de efectos de la nulidad: "La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre - dice aquella Sentencia-, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio, incluyendo impuestos) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación".

12. Por tanto, el fundamento de la abusividad de la cláusula de gastos en la jurisprudencia del TS es doble:

(i) de una parte, se encuentra expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la Ley tipifica como abusivas, en concreto en las del artículo 89.3º TRLGDCU;

(ii) de otra, en la cláusula general de abusividad del art. 82 TRLGDCU.

13. Aunque pueda ser objetable tal fundamento, al menos así le ha parecido a una parte de la sala. A título de mero ejemplo se cita la Sentencia de 11 de julio de 2018 (ROJ: SAP B 6923/2018 -ECLI:ES:APB:2018:6923)

entre las que recogen los principales argumentos que han suscitado la atención de la Sala y el signo final de nuestra decisión mayoritaria favorable a declarar nula la cláusula en alguno de sus contenidos particulares. Estimamos que hemos de partir de esa doctrina jurisprudencial conforme a la cual la cláusula contractual relativa a la atribución de los gastos al prestatario consumidor es nula por abusiva.

Por todo ello debemos rechazar el recurso de la demandada, manteniendo la nulidad de la cláusula.

CUARTO.- Sobre los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de gastos.

14. Por lo que se refiere a los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos, debemos recordar que la STS de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618) no establece un efecto automático de la nulidad de la cláusula de imputación de gastos que determine su imposición al predisponente, bien porque los haya percibido directamente el prestamista, bien porque haya gestionado la distribución de esos gastos entre terceros. Se aleja así de la posibilidad de considerar que la condena al predisponente a retornar todos los gastos sea una consecuencia del efecto disuasorio de la nulidad. La STS de 15 de marzo de 2018, en el marco de una acción individual, insiste en la misma idea, descartando, en definitiva, que como efecto de la nulidad se pueda imputar al prestamista la totalidad de los gastos.

15. En resoluciones anteriores (Sentencia de 16 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:10094)), en relación con las partidas controvertidas hemos sentado los siguientes criterios, que exponemos de forma resumida:

(i) *Gastos de Notaría y Registro*: Por lo que se refiere a la normativa sectorial, en relación con los Aranceles notariales el artículo 63 del Reglamento Notarial dispone con carácter general que *"la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial"*. En cuanto a los honorarios de Registrador, el 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, lo siguiente: *"1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote."* La legitimación para instar la inscripción está contemplada en el artículo 6 de la LH de forma muy amplia.

En definitiva, a falta de una atribución legal a una de las partes y dado que estimamos que, tanto en la formalización del préstamo con su garantía hipotecaria en documento público, como en la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, están interesados de igual modo y en la misma medida el prestatario y el prestamista, los gastos deben ser sufragados por mitad, a salvo, claro está, de los gastos asociados a la expedición de copias o certificados registrales, que deben ser soportados por quien los pida.

(ii) *Gastos de gestoría*: Por los mismos motivos, los gastos de gestoría deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor. No existe una disposición sectorial que los imponga a una de ellas y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.

(iii) *Gastos derivados de la contratación del seguro de daños*: la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 descarta que se trate de una previsión desproporcionada o abusiva, por cuanto *"no deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro."* No es posible, por tanto, su traslación al prestamista.

(iv).- *Gastos de tasación*: Por lo que respecta a los gastos de tasación de la finca hipotecada, entendemos que deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito. Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del préstamo y acreditar que la garantía es suficiente. Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del préstamo.

(v).- *Impuestos y tributos*. Por lo que se refiere a la imputación al prestatario de la totalidad de los impuestos y, en concreto, del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:848) interpreta los preceptos que regulan dicho Impuesto (fundamentalmente, los artículos 29 de la LITPAJD y 68 del Reglamento del Impuesto) en sintonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera, que considera sujeto pasivo al prestatario, tanto en lo referente a la cuota fija correspondiente a la matriz como a la cuota variable. Sólo respecto de las copias habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2018 confirma el anterior criterio.



16. Aplicados los anteriores criterios al presente caso, resulta la cantidad de 368 euros (el 50% de los gastos de Notaría, Gestoría y Registro). Por todo ello debemos estimar en parte el recurso.

QUINTO.-Costas procesales.

17. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se imponen a la recurrente las costas del recurso.

En cuanto a las costas de primera instancia, dado que la demanda se estima parcialmente, cada parte deberá abonar las causadas a su instancia (artículo 394 de la LEC).

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

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra la sentencia de 20 de octubre de 2017, que revocamos en parte, en el sentido de desestimar la pretensión de nulidad de la cláusula tercera bis, 2.5º, sobre tipo sustitutivo del IRPH y limitar la condena al pago por la demandada de 368 euros. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.