

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 Fax: 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED]
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Recurrente: [REDACTED]

Procurador: ROCIO BERNAL BARNUEVO, [REDACTED]

ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, [REDACTED]
IBARRA

BARTOLOME GIMENEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

MAGISTRADOS

SENTENCIA NUM. [REDACTED]

En la ciudad de Murcia, a 10/02/2022.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, integrada por los
Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio
Ordinario nº [REDACTED], que en primera instancia se han seguido
en el Juzgado de Primera Instancia nº. 16 de Murcia, entre las partes: como parte

demandante, [REDACTED] S
[REDACTED] representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales
D./D^a. Rocio Bernal Barnuevo y asistido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. Giménez Ibarra;
y como demandada, la mercantil "BANKIA", S.A., representado/a por el/la
Procurador/a de los Tribunales [REDACTED] y asistido/a por
el/la Letrado/a [REDACTED] En esta alzada actúa como apelante la
demandante y la demandada y como apelada la demandada y la demandante; siendo
Ponente el Ilmo. [REDACTED] que expresa la convicción del
Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia en los referidos
autos se dictó Sentencia 09/10/2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal
siguiente:

*"Que estimando parcialmente la demanda presentada la procuradora Doña Rocío
Bernal Barnuevo en nombre y representación de [REDACTED]
[REDACTED] frente a Bankia SA, se declara la nulidad de la cláusula sobre
gastos en la parte de la misma que imputa al prestatario los gastos de notaría, registro,
gestoría y tasación inserta en la estipulación sexta de la escritura de fecha 6 de julio de 2015,
teniéndolas por no puesta retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc,
eliminando tales apartados de la cláusula, condenando a la demandada a abonar a los actores
por mor de la aplicación de la cláusula gastos y comisión de apertura, la suma total de MIL
TRESCIENTOS NOVENTA Y ÚN EUROS CON OCHENTA Y ÚN CÉNTIMOS
(1391,81) suma que devengará el correspondiente interés legal desde la fecha de los respectivos
pagos, incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del artículo*

576 de la Ley Procesal, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre las costas causadas en esta instancia”.

Segundo: Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandante en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se: *“dicte resolución por la que estime el presente Recurso de Apelación en el sentido de estimar la nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura y el consiguiente abono de la cantidad de 407,50 €, más intereses legales desde la fecha de su pago, y expresa condena en costas de la primera instancia a la entidad BANKIA, S.A.”.*

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación de 26/10/2020, se dio traslado a la demandada, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable. La demandada presentó escrito de oposición, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se: *“dicte sentencia en la que se acuerde desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmándose el pronunciamiento de la Sentencia de instancia impugnado por la representación de la actora, debiendo imponerse las costas causadas en esta instancia a la parte demandante (aquí apelante), conforme a lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la LEC.”.*

Por otro lado, contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se procedieses: *“estimando el recurso de apelación de esta parte, revoque y anule la Sentencia de instancia y dicte una nueva Sentencia ajustada a Derecho en la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda interpuesta por el demandante, absolviendo a mi representada de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con imposición de costas a la apelada”.*

Admitido a trámite por Diligencia de Ordenación de 12/11/2020, se dio traslado a la demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable. La demandante presentó escrito de oposición, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se: *"sirva dictar resolución por la que acuerde desestimar íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación de la parte recurrente, IMPONIÉNDOLE LAS COSTAS DE ESTA ALZADA CON LA EXPRESA MENCIÓN DE TEMERIDAD Y MALA FE PROCESAL"*.

Previo emplazamiento de las partes para comparecer ante esta Audiencia Provincial, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 09/02/2022 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA DEMANDANTE.

Primero: Frente a la Sentencia que, con el contenido del fallo transcrito, estima parcialmente la demanda formulada, la demandante, ahora apelante, muestra su disconformidad con la decisión de la sentencia recurrida consistente en no apreciar la nulidad de la comisión de apertura, exponiendo que, según STJUE de 16/07/2020, no puede considerarse una prestación esencial del préstamo, que no supera el control de transparencia atendiendo a la información precontractual suministrada. También se aduce al final del recurso que: *"a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión*

Europea de 16 de julio de 2020, no sólo la Audiencia Provincial de Murcia, sino también varias Audiencias Provinciales, ya han tenido la ocasión de pronunciarse claramente en el sentido de que, si una determinada entidad financiera no consigue acreditar qué servicios efectivamente prestó a los prestatarios y los gastos en que incurrió para el cobro de la comisión de apertura, la misma ha de declararse nula, con las consecuencias que dicha nulidad lleva aparejadas"

Frente a tal apelación, la demandada formula oposición, alegando, en primer lugar, que: "LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 NO DESVIRTÚA NI CONTRADICE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA", con expresa referencia a la STS 44/2019 de 23 de enero.

La alegación segunda hace referencia a la: "LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN DE APERTURA ES CONFORME CON LOS POSTULADOS DE LA TJUE DE 16 DE JULIO DE 2020, DE MODO QUE DEBE CONCLUIRSE QUE ES PLENAMENTE VÁLIDA", estudiando en el subapartado A) "La naturaleza de la cláusula de la comisión de apertura y, en particular, el análisis sobre si forma parte del objeto principal del préstamo hipotecario", considerando que el TS en su Sentencia 44/2019 ya la consideró "componente esencial del precio del préstamo" y que tiene un "tratamiento normativo como un comisión diferenciada del resto de las comisiones y gastos..." integrada en el TAE del correspondiente préstamo y que: "En definitiva, la configuración jurisprudencial de la comisión de apertura como componente sustancial del precio del préstamo es conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 según ha sido interpretado por el TJUE, tanto en resoluciones anteriores como en la STJUE de 16 de julio de 2020.

Por ello, ha de mantenerse la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la comisión de apertura afecta al objeto principal del préstamo por ser, junto con el interés remuneratorio,

una de las partidas principales de su precio y, en consecuencia, queda excluida del control de abusividad ex art. 4.2 de la Directiva 93/13"

El apartado B) se dedica a examinar la *"transparencia de la cláusula de comisión de apertura"* a la luz de la STJUE de 16/07/2020 y STS 44/2019 de 23/01/2019.

En el apartado C) concluye con que: *"La cláusula de la comisión de apertura no puede reputarse abusiva"* exponiendo que: *"la cláusula de comisión de apertura no puede apreciarse abusiva porque el importe de la comisión se considere elevado o desproporcionado en relación con los servicios que retribuye"*.

Segundo: Pasemos al examen de nulidad por abusividad de contenido de la **comisión de apertura**, incluida en la escritura pública litigiosa.

Esta sección ya se ha pronunciado sobre la abusividad de la misma. Concretamente, en la Sentencia de 14/01/2021 (Rollo 1649/2019) o en la Sentencia de 04/02/2021 (Rollo 848/2019). También el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de 03-09-2020, nº 712/2020, rec. 1982/2019. En esta sentencia ya se dijo por esta Sección 4ª que:

"Sobre esta cuestión este Tribunal se había pronunciado en precedentes sentencias, así en la de 26 julio 2018, declarando la nulidad de la misma por abusiva. Sin embargo, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 enero 2019 que establece que dicha comisión no es abusiva si es transparente, modificamos nuestro criterio interpretativo asumiendo así la referida doctrina jurisprudencial. En la citada STS de 23 enero 2019 se declaraba:

..." la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales".

La citada sentencia del Tribunal Supremo añade... "La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura ".

En cambio, la STJUE de 16/07/2020 descarta que la comisión litigiosa forme parte del precio y que sea transparente. En tal sentido dicha sentencia establece que ... "las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de "objeto principal del contrato" deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan". Y añade ... "el hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario, no implica que sea una prestación esencial de este."

A continuación, y al tratar la abusividad, la sentencia del TJUE declara que una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y una entidad financiera puede causar en detrimento del primero un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del mismo... "cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente."

En este caso, respecto de la comisión de apertura, resulta que, sin necesidad de acudir a un control de transparencia, el banco prestamista considera que forma parte del precio junto con el interés remuneratorio, lo que no puede compartirse por este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia emanada del TJUE en los términos expuestos; resultando que no se ha acreditado los concretos servicios prestados justificadores de la estudiada comisión de apertura.

En el sentido expuesto, y tratando conjuntamente tanto la comisión de apertura como la de "estudio", en aplicación de la St TJUE de 16/07/2020, ya se han pronunciado otras Audiencias Provinciales. Por ejemplo, la AP Barcelona, sec. 4ª, en Sentencia de 19-10-2020, nº 792/2020, rec. 220/2020 cuando en su fundamento de derecho quinto explicó que:

"En cuanto a las cláusulas de comisiones de apertura y de estudio e información es de aplicación la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020,

La STJUE de 16 de julio de 2020 declara:

"3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente."

En el presente caso, la demandante no ha probado que estas dos comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos en los que la prestamista haya incurrido, por lo que procede declarar la abusividad de la comisión de apertura y de la cláusula de estudio e información y deducir su importe de la cantidad reclamada a la prestataria..."

Añadir, en todo caso, que más allá de consideraciones genéricas y abstractas, no es desvirtuada la "ratio decidendi" de la sentencia apelada. La apelante defiende la transparencia derivada de la redacción de la cláusula en la información precontractual facilitada. Pero resulta que, en la "FIPER" aportada como documento nº. 1 de la demanda y nº 2 de la contestación compuesta por 6 páginas (8 incluyendo un Anexo I y un Anexo III), según las páginas 109 á 210 del acontecimiento nº. 4 y 19 del Exp. Dig., la información suministrada sobre la comisión de apertura debe tacharse de enmascarada y difícil de encontrar pues se emplea letra pequeña, siendo que, en su página 2 de 6 se intercala en el apartado "*TIPO DE INTERÉS*", junto con la comisión de Estudio resultando que, además, no se hace referencia a un % sobre el importe total del capital prestado, como se expone en la cláusula cuarta de la escritura pública de préstamo, sino a una cantidad concreta: "*0,25 EUROS*". Este es el tenor literal de parte de la información precontractual:

BMN CALAMURCIA FICHA DE INFORMACION PERSONALIZADA (FIPER)
NRO. PROPUESTA: 0487-0162-85-5007015701

Atención: La información resultará en ningún caso especialmente relevante

La TAE VARIABLE es el costo total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE VARIABLE sirve para ayudarle a comparar las diferentes ofertas.

La TAE VARIABLE aplicable a su préstamo es 1,500 %. Comprende:

- o El tipo de interés 1,500 %
- o Comisión Apertura 0,25 EUROS
- o Comisión Estudio 0,00 EUROS

Periodicidad de reembolso: de Capital 1 MES de Interés 1 MES
Número de pagos: de Capital 300 de Interés 300

163,55 EUROS

Las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado (teniendo en cuenta los valores publicados del índice de referencia en los últimos 15 años) son:

	INDICE	TIPO RESULTANTE	CUOTA
Valor máximo	5,883 %	7,483 %	1204,70 EUR
Valor mínimo	0,163 %	2,163 %	706,80 EUR

La siguiente tabla muestra el importe que ha de pagarse cada MES

Las cuotas (columna nº 4) son iguales a la suma de los intereses pagados (columna nº 3), el capital pagado (columna nº 2)

El capital pendiente (columna nº 5) es igual al importe del préstamo que queda por reembolsar.

- Importe 163.000,00 EUROS
- 25 AÑOS
- Tipo de interés 1,500 % (tipo inicial válido hasta 01-07-2016)

Referencia de Registro: 17-25004 MADRID (Inscripción de la hipoteca)
 Fecha de inscripción: 17-03-2016
 Número de inscripción: 17-03-2016

Esta información se vuelve a referir en la página 3 de 6 de la siguiente manera:

STJUE 1/2021, de 1 de julio, de la Sala I del Tribunal Supremo, que declara la nulidad de la cláusula de gastos de la STJUE 1/2020, de 1 de julio, de la Sala I del Tribunal Supremo, que declara la nulidad de la cláusula de gastos de la STJUE 1/2020, de 1 de julio, de la Sala I del Tribunal Supremo.

- Las cuotas variarán tras la primera revisión con una periodicidad ANUAL.

Puede beneficiarse de bonificaciones en el tipo de interés si cumple las obligaciones que, a continuación, se indican.

Condición 1	
- Cumplimentando a) ó b): a) cotización de nómina o pensión o desempleo (mín. 9 nóminas/año) b) ingresos recurrentes mín. 9 percepciones + domiciliaciones de la seguridad social régimen de autónomos o saldos medios pasivo > 3.000 €	-0,50%
- Seguro del hogar o todo riesgo.	
- Seguro de vida (temporal renovable o plurianual) prima mínima 200 € o amortización	
- T.Crédito (consumo mín. anual 1.000 €) + BMN online	
Condición 2	
- Aportaciones a planes o pensiones o FPA, Voluntad mínima 500€/año	-0,25%
BONIFICACIÓN MÁXIMA:	-0,75%
Para la aplicación de la Condición 2 será necesario cumplir previamente con la Condición 1.	

- Además de los costes ya incluidos en las cuotas MENSUALES este préstamo conlleva los siguientes costes:

- Costes que deben abonarse una sola vez:
CAPERTURA 0,00 % con un Mínimo de 0,25 EUR
GROS. ESTUDIO 0,00 % con un Mínimo de 0,00 EUR

- Costes que deben abonarse periódicamente.

No hay.

- Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (p.ej., gastos notariales) conexos al préstamo.

Por tanto, procede declarar su nulidad por abusividad y condenar al banco a la devolución de los 407,50 € cobrados, así como al pago de los intereses legales moratorios devengados y que se devenguen desde su abono.

Tercero: Consecuencia de la estimación del recurso de apelación formulado por la demandante es la estimación íntegra de la demanda por lo que "ex" art. 394 LEC, procede condenar a la demandada al pago de las costas ocasionadas en la primera instancia.

En cuanto a las costas de la segunda instancia, estimándose el recurso de apelación, no procede la condena en costas (art. 398.2 LEC).

B) RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDADA.

Cuarto: Frente a la Sentencia que estima parcialmente la demanda formulada, la demandada, ahora apelante, alega, en síntesis, en relación con la consecuencia restitutoria de la nulidad de la **cláusula de gastos**: "PRIMERO.- LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 NO DESVIRTÚA NI CONTRADICE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA EVENTUAL DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA

CLÁUSULA DE GASTOS" exponiendo que: *"La STJUE de 16 de julio de 2020 no contradice ni desvirtúa los pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de las cláusulas de gastos. La jurisprudencia de la Sala Primera se ajusta a la perfección a la doctrina del TJUE, que, en gran parte, ya había sido mantenida con anterioridad"*.

Como motivo segundo arguye *"LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA DE GASTOS CONSISTEN EN LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO NACIONAL SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS EN DEFECTO DE ACUERDO ENTRE PARTES EN LOS TÉRMINOS INTERPRETADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO"*, manifestando que *"tras la STJUE de 16 de julio de 2020, el criterio de distribución de los gastos de acuerdo con el Derecho aplicable sigue plenamente vigente. Como se recordará, el reparto jurisprudencial de los gastos era el que se expone a continuación"*. Así, dice que el impuesto AJD corresponde al prestatario, los aranceles notariales por mitad, los gastos de gestoría por mitad y los gastos de tasación entiende que son del prestatario (no se hace referencia a los gastos del registro de la propiedad).

En el motivo tercero se hace referencia *"A LA CONDENA AL PAGO DE LOS INTERESES LEGALES DESDE EL MOMENTO DE SU PAGO POR LA PARTE PRESTATARIA: LA SENTENCIA APLICA ERRÓNEAMENTE EL ARTÍCULO 1303 CC"*, considerando que los intereses *"eventualmente, habrán de devengarse desde la reclamación extrajudicial y nunca desde la fecha de pago de los gastos reclamados"*.

Frente a tal pretensión, la demandada alega que la demanda se interpuso y se estimó atendiendo a los pronunciamientos de la A.P. de Murcia, reclamando *"1.391,81€ en concepto de gastos indebidamente pagados relativos al 50% de las partidas de Notaría, y 100% de las partidas del Registro de la Propiedad, Gestoría y Tasación, respectivamente"*; negando que haya habido negociación individualizada en relación con la cláusula gastos.

Y respecto de los intereses moratorios, muestra su conformidad con la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Quinto: Las consecuencias de la apreciación de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula “gastos” está claramente resuelta en la actualidad con la STS 725/2018, de Pleno, de 19 de diciembre que en su Fundamento Jurídico Segundo se estableció lo siguiente (que no se ha visto alterado por la StTJUE de 16/07/2020):

“3...Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 C.C., en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

4.- Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13...”

En este sentido, ya ha resuelto esta Sección 4ª como, por ejemplo, en la Sentencia de 18-03-2020, nº 275/2020, rec. 626/2019. Tales consideraciones no se han visto desvirtuadas por la StTJUE de 16/07/2020.

Sexto: Pasemos al examen de los concretos conceptos económicos litigiosos.

Respecto de los **gastos notariales y registrales**, las cinco sentencias de Pleno del TS de 23 de enero de 2019 fijan doctrina jurisprudencial en cuanto a los mismos, que debe asumirse (art 1.6 CC) y que aquí se da por reproducida; por lo que procede confirmar la condena al pago del 50% de los gastos notariales y el 100% de los gastos registrales.

Respecto de los **gastos de gestoría**, debemos resolver de conformidad con lo resuelto por nuestro **Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, en Sentencia de 26-10-2020, nº 555/2020, rec. 474/2018**. Así, en su fundamento de derecho tercero, apartado 5 se dice que *"Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.*

Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva".

De esta forma, vuelve a estar operativo, en relación con los gastos de gestoría, la postura inicial de este Tribunal, contenida en la sentencia del Pleno de las

Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de 19 abril 2018, era que debía hacer frente a los mismos el banco. Se decía entonces que *"...Podemos admitir que los servicios realizados por la gestoría redundan tanto en favor de uno como de otro contratante al desarrollar actividades cuyos interesados son en cada caso uno de ellos. Ahora bien, ante la ausencia de norma legal de atribución de esos gastos de gestoría, la única fuente de asignación de los mismos al prestatario es la convencional. Si desaparece -como consecuencia de su nulidad- deberá responder de los mismos el prestamista, que es el que ha generado ese gasto e impuesto al consumidor de manera abusiva"*.

No se niega que una distribución equitativa de esos gastos sería posible, y en ese caso esa cláusula no sería nula por abusiva. Pero si ello no ocurre y se imponen de manera inequitativa a la parte débil, y, por ende, es nula esa atribución, la parte predisponente (el banco) debe soportar las consecuencias de esa actuación, y, por ende, asumir el total de los gastos, al no existir previsión legal a aplicar en defecto de pacto. Por tanto, procede confirmar la condena a la totalidad de los gastos de gestoría.

Y respecto de los **gastos de tasación** que han sido atribuidos al prestamista por la Sentencia apelada; debemos reiterar lo ya expuesto por esta Sección 4ª ante similar pretensión formulada por otro banco prestamista en el recurso de apelación nº 607/2019 frente a la misma decisión (adoptada por el Juzgado de 1ª Instancia nº. 11 bis de Murcia). Así, en nuestra **Sentencia de 24-10-2019, nº 803/2019**, ya se dijo que *"Respecto a los gastos de Tasación, debe ser desestimada la pretensión de Bankinter, S.A, porque el Pleno de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial ha declarado, en sentencia de 19 de abril de 2018, que los mismos corresponde abonarlos al prestamista, al no existir norma de derecho nacional que determine quién debe abonarlos"*.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, resulta procedente desestimar el primer motivo de la apelación y confirmar la sentencia apelada.

Séptimo: Para resolver en sentido desestimatorio el motivo de apelación referido al día inicial para **el cómputo de los intereses moratorios de las cantidades que han sido objeto de condena**, debemos basarnos en lo ya resuelto claramente por la STS 725/2018, de Pleno, de 19 de diciembre que en su Fundamento Jurídico Segundo establece:

"3...Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 C.C. presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

4.- Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC. no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC. puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC".

Octavo: La consecuencia de lo anteriormente expuesto, conlleva la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada, con la consiguiente condena en costas al apelante "ex" art. 398 y 394 LEC.

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

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED]
[REDACTED]
contra la Sentencia de 09/10/2020 por el Juzgado de Primera Instancia nº. 16 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario nº. [REDACTED] debemos **revocar y revocamos** la misma en el sentido de añadir la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que recoge **la comisión de apertura** obrante en la escritura de 06/07/2015 con

número de protocolo 1241 (documento nº. 1 de la demanda y nº. 2 de la contestación) con la condena a la demandada al pago de **407,50 €** así como al pago de los intereses legales moratorios devengados y que se devenguen desde la fecha de su cobro por el banco; **con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales de la primera instancia**; sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la mercantil "BANKIA", S.A., contra la Sentencia de 09/10/2020 por el Juzgado de Primera Instancia nº. 16 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario [REDACTED] debemos confirmar y confirmamos la misma; con condena a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no caber recurso ordinario alguno contra ella, y ello sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo,



acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.