



Roj: **SAP LO 278/2020 - ECLI: ES:APLO:2020:278**

Id Cendoj: **26089370012020100278**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/2020**

Nº de Recurso: **935/2018**

Nº de Resolución: **231/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA TERESA MINGOT FELIP**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LOGROÑO**

**SENTENCIA: 00231/2020**

Modelo: N10250

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C, 3ª PLANTA

**Teléfono:** 941 296484/486/487 **Fax:** 941 296 488

**Correo electrónico:** audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: E02

**N.I.G.** 26089 42 1 2018 0000779

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000935 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de LOGROÑO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000147 /2018

Recurrente: BANKIA, S.A.

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Vidal

Procurador: PAULA CID MONREAL

Abogado: FERNANDO MELCHOR CHINCHETRU

**SENTENCIA N° 231 DE 2020**

**ILMOS.SRES.**

**PRESIDENTE**

**DON ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ**

**MAGISTRADOS:**

**DOÑA CARMEN ARAUJO GARCIA**

**DOÑA MARIA TERESA MINGOT FELIP**

En LOGROÑO, a diecinueve de mayo de dos mil veinte.



VISTOS en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de Juicio Ordinario nº 147/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Logroño (La Rioja), a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 935/2018; habiendo sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑAMARIA TERESA MINGOT FELIP**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Con fecha 18 de octubre de 2018 se dictó en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Logroño con el número 147/18 sentencia cuyo fallo disponía:

*Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procurador de los Tribunales doña Paula Cid Monreal, en nombre y representación de don Vidal, representado por frente a la mercantil Bankia, S.A.,*

*1º Se declara la nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario de fecha 8 de julio de 2008 suscrita por las partes, por la que se impone a la actora el pago de los gastos de constitución de la hipoteca (notaría 50%, registro, y gestoría, más concretamente, cuyos importes acreditamos documentalmente mediante las correspondientes facturas o minutas).*

*2º Se declara la nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario, por la que se impone a la actora los intereses moratorios establecidos en un tipo de interés del 22%.*

*3º Se declara la nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario, por la que se impone a la actora la comisión por reclamación o posiciones deudoras, fijada en la escritura de 18€.*

*2º Se condena a la entidad financiera demandada a eliminar dichas condiciones generales del contrato de préstamo hipotecario señalado con anterioridad.*

*3º Se condena a la demandada a abonar a la actora la suma de 585,04. Y la devolución de todas cantidades cobradas por aplicación de la cláusula de reclamación de descubiertos.*

*4º Se condena a la demandada al abono de los intereses legales devengados.*

*5º No se hace especial pronunciamiento sobre las costas generadas a la parte demandada.*

**SEGUNDO.**- La parte entonces demandada, Bankia, S.A., interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia. En el traslado conferido al efecto D. Vidal presentó escrito de oposición.

**TERCERO.**- Seguido el recurso por sus trámites, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 30 de abril de 2020. Es ponente D.ª Mª Teresa Mingot Felip, Juez de Adscripción Territorial adscrita a la Audiencia Provincial en funciones de refuerzo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Bankia, S.A. impugna la sentencia por los siguientes motivos: extinción de todas las acciones de nulidad por cancelación del préstamo suscrito por la parte recurrida, caducidad de la acción de nulidad; falta de litisconsorcio pasivo necesario de la entidad vendedora; falta de legitimación pasiva de la recurrente, por inexistencia de cláusula que imponga al prestatario el abono de gastos e impuestos del préstamo hipotecario; subsidiariamente, error en la valoración de la prueba respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos; improcedencia de la condena al pago de intereses desde el abono por la prestataria; y fijación de la cuantía del procedimiento como indeterminada.

A todas esas alegaciones D. Vidal se opuso, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.**- *Extinción de todas las acciones de nulidad por cancelación del préstamo suscrito por la parte recurrida, caducidad de la acción de nulidad.*

Señala la recurrente que la cláusula cuya nulidad se pretendía en la demanda no existe, que las obligaciones y derechos para ambas partes habían sido ya satisfechas a fecha de presentación de la demanda, y que al no existir ya el contrato el juzgador no debió pronunciarse en relación a la solicitud de declaración de nulidad.

Efectivamente, tal y como afirma la parte recurrente, la reclamación ejercitada en la demanda tiene como base una escritura pública de "... compraventa, consentimiento a la subrogación y novación del préstamo hipotecario..." suscrita el 4 de julio de 2008, en la que se describe el objeto de compraventa (vivienda, garaje y trastero) y se determina su precio. Se hace constar en la misma escritura que la finca estaba gravada con una hipoteca a favor de Caja de Ahorros de La Rioja según escritura pública de 2 de diciembre de 2005, reducida el 17 de junio de 2008, se introducen modificaciones en las condiciones del préstamo hipotecario y se subroga el adquirente en la posición de la vendedora.



La demanda fue presentada el 24 de enero de 2018 y no es objeto de discusión que en tal momento el préstamo estaba ya cancelado.

Sin embargo, tiene dicho esta Audiencia respecto al particular, v. gr. en su sentencia de 27 de enero de 2020, con cita y asunción de fundamentos de otras audiencias provinciales y de la propia en previas resoluciones, que:

"[...] la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de junio de 2018 razona: " *En lo que respecta a la alegación de la extinción del contrato y la consiguiente inviabilidad según el apelante de la acción ejercitada, esta Sala en la sentencia de 17 de mayo de 2.018 ha declarado "Se alega como primer motivo del recurso la desestimación de la excepción de carencia de objeto o extinción de la acción por encontrarse el préstamo cancelado a la fecha en la que se solicita la declaración de nulidad y se cita al respecto diversas resoluciones judiciales que avalan la petición del apelante.*

*Esta Sala estima que no se produce la extinción de la acción por encontrarse el préstamo cancelado, debiendo recordar que nos encontramos ante una petición de nulidad radical que no prescribe ni caduca; y así la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, en la sentencia de 12 de enero de 2.018 , en la que se planteó el mismo tema que hoy es objeto del primer motivo de la apelación, señaló, en argumentación que esta Sala comparte, "Pues bien, la única cuestión planteada en el recurso se refiere a la posibilidad o no de declarar la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario concertado entre un consumidor y una entidad bancaria, cuando dicho préstamo hipotecario ha sido cancelado, porque el prestatario ha abonado el principal e intereses pactados, bien sea de forma anticipada, como es el caso, bien porque haya expirado el plazo.*

*Esta cuestión ya ha sido analizada por esta Audiencia Provincial en reiteradas sentencias cuya cita se estima innecesaria, por conocida por las partes.*

*Decíamos allí y reiteramos ahora, que para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2.015 , según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.*

*Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2.013 , aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte.*

*Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo, que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene.*

*Piénsese en un contrato de arrendamiento que se haya extinguido por expiración del plazo. Nada impediría al arrendador reclamar las rentas vencidas y adeudadas, por más que el contrato en sí se haya extinguido.*

Por consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** *Indebida desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y de la de falta de legitimación pasiva de la recurrente.*

Sostiene la recurrente que Bankia fue ajena al negocio jurídico de compraventa que se llevó a cabo entre las partes vendedora y compradora en el que se inscribe la cláusula cuya nulidad se pretende; que el tenor literal de la cláusula de gastos e impuestos que ha sido declarada nula por el Juzgado *a quo*, así como su ubicación en la escritura, evidencian que se trata de una cláusula referida únicamente a los gastos de la compraventa, ( *no a la subrogación en el préstamo hipotecario concedido por Caja Rioja (hoy Bankia)*), que como expresamente se reconoce en la recurrida, es un negocio jurídico completamente ajeno a la entidad prestamista; y que la garantía hipotecaria que gravaba la finca adquirida por la parte actora ya existía previamente y ya figuraba inscrita en el registro de la propiedad, por lo que la única interesada en su modificación (por subrogación y ampliación), era precisamente la parte demandante.

En cuanto a estos particulares, la SAP La Rioja de 30 de diciembre de 2019, resolviendo un recurso con idénticas impugnaciones y similar sustrato fáctico, estatuyó:

"a) Sobre la legitimación pasiva

En primer lugar y respecto de la cláusula en cuestión se observa que la misma forma parte de la compraventa de la finca y regula la relación entre las partes en el contrato de compraventa, que eran la parte vendedora y la



compradora que, con intervención por parte de Caja Rioja en la modificación de ciertos extremos del préstamo hipotecario previo -cuyo contenido se desconoce- que vinculaba a las partes y que ahora pasan a vincular a los adquirentes con Bankia, S.A., así como se regulaban los efectos propios de una compraventa.

De esta manera cabe entender que la escritura pública contiene una doble naturaleza en cuanto que compraventa con un tercero y en cuanto que modifica ciertos aspectos del préstamo hipotecario anterior en el que había intervenido igualmente un tercero y que va a producir efectos en el nuevo propietario en tanto que subrogatario en tal préstamo hipotecario.

En atención a lo anterior cabe considerar que los gastos a los que se refiere en tal cláusula no son únicamente los propios de un préstamo hipotecario (existe el previo ya concertado y cuyo contenido por otra parte se desconoce) y sobre el cual se hacen ciertas modificaciones, pero en conceptos distintos (plazo, tipo de interés, etc.) destinado a la regulación de las relaciones entre la vendedora y la compradora y por lo tanto referidos a la propia compraventa entre ambas partes, los cuales se deben someter a los principios rectores del art. 1255 y ss. CC, pero igualmente en la misma también se abarcan aspectos que afectan a la subrogación en el préstamo hipotecario en tanto que genera gastos que de manera omnicomprendiva se atribuyen directamente a los adquirentes y a su vez subrogados en el préstamo hipotecario.

Esta circunstancia permitiría la declaración de nulidad de la cláusula en tanto que afecte a la subrogación en el préstamo hipotecario (por la fecha, ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y posteriormente art. 89 TRLGCU) pero sin afectar a lo que afecte a la compraventa, por lo que se contaría por parte de Bankia, S.A. con plena legitimación pasiva.

b') Sobre el litis consorcio pasivo necesario.

La reclamación que se formula en la presente litis es la de declaración de nulidad de ciertas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en el que se produjo una subrogación y modificación de las condiciones del mismo entre la demandante y la entidad financiera tal y como se desprende del propio contenido de la escritura pública, lo cual solo puede ejercitarse entre partes, es decir, quien ostenta la obligación frente a quien ostenta el derecho.

Analizadas las cláusulas en cuestión se desprende que todas ellas otorgan derechos a la entidad prestamista y obligaciones a los prestatarios, de tal manera que cualquier intento de anularlas por parte del obligado, solo puede hacerse frente a quien es titular de los derechos.

Al respecto se ha pronunciado esta Audiencia Provincial en diversas ocasiones como la SAP La Rioja de 10-10-2019 (rec. 661/18) o la de 3-9-2019 (rec 795/18) en la que se indicaba, con cita de otras, que:

*"... esta alegación carece de sustento porque si bien es cierto que se trata de una escritura de compraventa y modificación y subrogación en el préstamo hipotecario, la pretensión de la demanda iba claramente dirigida a la cláusula enjuiciada en cuanto se refiere a los gastos de novación y subrogación en el préstamo hipotecario, como así se recogió en la sentencia, sin que, en consecuencia, el pronunciamiento afecte al vendedor, lo que excluye el litisconsorcio pasivo necesario. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria sección 2 del 13 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP S 556/2018 - ECLI:ES:APS:2018:556 ) razona: "[...] aunque es cierto que el negocio de subrogación en el préstamo hipotecario, además de por los ahora litigantes, aparece formalmente celebrado por la promotora-subrogante, su intervención en este procedimiento no resulta imprescindible, y por ello no es de apreciar de oficio la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque debe entenderse que dicho negocio, desde un punto de vista sustancial, solo concierne al prestamista y al nuevo prestatario, y no propiamente al antiguo prestatario, que por virtud del acuerdo subrogatorio entre acreedor y nuevo deudor sale del negocio de préstamo. Si tenemos en cuenta que el negocio subrogatorio de autos presenta más bien los caracteres de la figura de la expromisión, y que esta supone un acuerdo directo entre el acreedor y el nuevo deudor, podemos concluir que aquel aspecto de la cláusula de gastos que grava el negocio de subrogación concierne y afecta solo al prestamista y al nuevo prestatario."*

Aduce además la recurrente la inexistencia de interés por su parte en la formalización de la subrogación en el préstamo hipotecario, afirmando que la única interesada en la modificación era la parte prestataria. De nuevo la SAP La Rioja de 30 de diciembre de 2019 se ocupa de la cuestión, con cita de otra previa:

"Al respecto cabe citar, entre otras muchas, la sentencia de esta Audiencia Provincial, SAP La Rioja de 31-10-2019 (rec. 751/18) que señala, nuevamente con cita de otras, que:

*" Las alegaciones de la parte apelante sobre la falta de interés de la entidad bancaria en la suscripción de la compraventa con subrogación se rechazan por la Sala, siendo de plena aplicación los razonamientos de la sentencia de esta Audiencia Provincial de La Rioja de 1 de abril de 2019, en un supuesto similar al que nos ocupa: "existen elementos más que suficientes como para deducir tanto la intervención e interés de la entidad en el*



contrato de subrogación, con las implicaciones que ello comporta en el caso que nos ocupa, como para colegir la efectiva aplicación de la cláusula contractual discutida respecto de los gastos devengados del negocio jurídico de préstamo (subrogación y novación). Creemos de hecho que el banco estuvo tan interesado en la subrogación y novación como la demandante, por las siguientes razones:

(1) Si no tuviera interés, no hubiera accedido a tener por subrogada en el préstamo a la actora. No en vano consta en la escritura pública la intervención directa de un representante de la entidad en la celebración del contrato de compraventa con subrogación y la expresa aceptación de la entidad ahora apelante de la subrogación efectuada por la actora en el presente procedimiento.

(2) Cuando el banco concede un préstamo promotor, lo hace desde la premisa económica de que el promotor venderá las viviendas y subrogará a los compradores. Es evidente que la entidad era la principal interesada en que se produjera la subrogación de un tercero en el préstamo, pues la finalidad o funcionamiento ordinario de este tipo de contratos de préstamo al promotor no es otro que su posterior cancelación por transmisión del inmueble al comprador, o el mantenimiento de la carga con subrogación del comprador, opción esta última deseable para toda entidad financiadora, pues supone la captación de nuevos clientes prestatarios, así como el mantenimiento de las condiciones financieras pactadas inicialmente con la sociedad promotora".

En idéntico sentido las sentencias de esta Audiencia Provincial de La Rioja de 13 de marzo de 2019, o de 3 de abril de 2019."

Por lo expuesto, se desestiman los motivos de impugnación analizados.

**CUARTO.-** Error en la valoración de la prueba documental y la prueba de presunciones judiciales, infracción de varios preceptos de la ley procesal, de las normas que regulan el arancel de los registradores de la propiedad y el de los notarios, así como el artículo 89 del TRLGDCU en relación con el artículo 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Pese a la literalidad del título del motivo de impugnación, que se introduce con carácter subsidiario, el escrito de recurso se limita a indicar que si bien en la sentencia se le condena a restituir a la parte actora la mitad de los gastos de notario y el total de los de registro y gestoría, por importe total de 585'04 €, si se examinan los justificantes de los referidos gastos aportados por la actora en su demanda se observa que hay un evidente error de cálculo, por lo que, con carácter subsidiario y sólo para el caso de no estimarse la primera de las alegaciones del recurso, interesa se modifique el importe de la condena impuesta, minorándola a 357'98 €, importe comprensivo de los porcentajes y gastos especificados correspondientes al negocio jurídico de la subrogación y ampliación del préstamo hipotecario (una vez descontados todos los conceptos de la compraventa). Indica en concreto que "si examinamos los justificantes de los referidos gastos abonados por la parte actora por la subrogación y ampliación del préstamo hipotecario, aportados por ésta en su demanda, observamos que existe un evidente error de cálculo toda vez que las sumas realmente pagadas por esos conceptos son las siguientes", incluyendo en un cuadro que los gastos notariales fueron 230'09, los registrales 155'94 € y los de gestoría 87 €.

En cambio, la parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, aclaró que las cantidades reclamadas en el pleito de instancia, una vez descontados los importes de cada factura correspondientes al negocio jurídico de la compraventa eran: 578'68 € por gastos notariales, 255'4 por los registrales, y 87 € por los de gestoría (631'7 € en total).

Por su parte, la sentencia condena a la recurrente al pago del 50 % de los gastos de notario, que cifra en 267'20 €, al 100 % de los gastos registrales, que cifra en 230'84 €, y al 100 % de los gastos de gestoría, que cifra en 87 €.

Los documentos 5, 6 y 7 aportados junto con la demanda, correspondientes a las facturas por servicios notariales, registrales y de gestoría, detallan algunos conceptos claramente atribuibles bien a la compraventa, bien a la subrogación ("inscripción compra vivienda", "subrogación préstamo vivienda"... ) y otros no atribuibles nominalmente a ninguno de esos negocios ("presentación notarial", "nota simple informativa"), además de verse incrementados algunos de ellos con el IVA correspondiente. Ninguna de las partes efectúa una exacta separación de los conceptos derivados de cada contrato, pues:

Partiendo de las facturas que en efecto adjuntó a la demanda, la parte actora se limita a restar del total el concepto claramente atribuible a la compraventa ( *vid.*, v. *gr.*, el documento nº 5, factura notarial, cuyo total minorará únicamente con los "Derechos" que se indican al inicio como correspondientes a la compraventa de la vivienda, 276'70, quedando los 578'68 € que reclama, que posteriormente divididos al 50 % al que se contrae la condena arrojarían un total de 289'34 €).

La parte demandada por su lado efectúa la cuenta de modo inverso, esto es, tomando como reclamables exclusivamente los importes claramente atribuibles al negocio jurídico con ella (así, en el mismo documento nº



5, en el mismo epígrafe inicial de "Derechos", suma los 194'03 y los 36'06 € conceptuados como "subrogación vivienda" y "novación modificativa Ley 41/2007", arrojando el total de 230'09 € del que parte como base de su impugnación en este recurso.

Ambas cuentas son en parte inexactas, ya que, como se ha dicho, sobre las cantidades que en inicio se detallan se aplican otros incrementos que ni una ni otra tienen en cuenta.

Así las cosas, sería aplicable la solución expuesta ante el mismo problema en otras resoluciones de esta misma Audiencia, como por ejemplo en la SAP LA Rioja de 20 de febrero de 2020 (ROJ: SAP LO 45/2020 - ECLI:ES:APLO:2020:45): *Expone la recurrente que los conceptos facturados incluyen operaciones de compraventa y de gestión de la compraventa que han de abonar el comprador o el vendedor, siendo la apelante un tercero ajeno a la compraventa, pretendiendo que, correspondiéndole la carga de la prueba, la parte demandante no ha deslindado los gastos que corresponden a la subrogación y novación de los correspondientes a la compraventa. Y, pretende, que solo se pueden atribuir a la subrogación y novación, por gastos notariales 226,18 euros, correspondiendo el resto de conceptos señalados en la factura aportada a la compraventa y, por gastos registrales, 172,08 euros, identificados como no sujetos a IVA; y, por gestoría 0 euros, "dado que la gestoría cobra un tanto alzado, sin que pueda deslindarse nuevamente qué importe corresponde con compraventa, y que importe a las restantes actuaciones".*

*Las facturas abonadas por la parte demandante por gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y gestoría, a que se contrae la reclamación de la demanda, obran a los folios 45, 46 y 48 de los autos. En las tres facturas se reflejan partidas correspondientes a gastos relacionados con la compraventa, además de los relacionados con el préstamo hipotecario.*

*La parte actora reclama 1.269,62 euros de gastos notariales, registrales y de gestión, pretensión estimada en la sentencia de primera instancia.*

*A la vista de la factura de la Notaría, aportada al folio 46 de las actuaciones, excepto en cuanto a los conceptos no sujetos a IVA por importe de 226,18 euros, el resto de las partidas, no existiendo especificación, no pueden atribuirse a conceptos relacionados únicamente con el préstamo hipotecario, por lo que, en defecto de la precisión que hubiera debido aportarse, se estima procedente atribuir por mitad a la compraventa y al préstamo, articulados en la misma escritura, los demás conceptos incluidos en la factura; esto es, la demandada habrá de reintegrar a la parte demandante, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye a la parte prestataria todos los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, la mitad :1) de los gastos notariales por el concepto derechos sin IVA correspondientes a la subrogación en el préstamo hipotecario (200,78 +9,02+16,38=226,18), y, 2) de la mitad [(452,26x50%)x50%] de las restantes partidas(141,24+70,62+42,07+12,02+186,31)-excluidos los derechos de la compraventa-, y de la mitad del 16% [(72,36x50%)x50%] de IVA aplicado a éstas, lo que arroja un total 244,24 [113,09 (226,18x50%) + 113,06 [(452,26 x 50%) x 50%] + 18,09 [(72,36x50%) x 50%] euros, que la demandada habrá de reintegrar a la parte actora, estimándose en parte la alegación al respecto incluida en el recurso.*

*Reclama la parte demandante y se estima en la sentencia de instancia la restitución de la cantidad de 563,26 euros de honorarios del Registro de la Propiedad.*

*La parte apelante pretende que solo procedería el reintegro de los importes correspondientes a los conceptos " subrogación hipoteca vivienda" (115,06 euros), "modificación de hipoteca" (47,99 euros), y "cambio de deudor" (9,01 euros) de los incluidos en la factura del Registro de la Propiedad, que suman 172,08 euros.*

*Como evidencia la factura aportada, que obra al folio 48 de las actuaciones, se incluyen en la misma conceptos correspondientes a la compraventa y a la subrogación y novación del préstamo hipotecario, contratos incluidos en la misma escritura pública de 21 de noviembre de 2008(folios 12 y siguientes de los autos). Además de las partidas a que se refiere la parte apelante, correspondientes a la subrogación y novación del préstamo hipotecario, se describen otras que, excluidas las descritas como " inscripción compra vivienda -indiviso 2-" e "inscripción compra -indiviso 2-", no se precisa si corresponden al contrato de compraventa o a la subrogación y novación del préstamo, cuyo importe asciende a 75,12 euros (15,02+6,01+6,01+18,03+18,03+12,02) que, ante la falta de concreción señalada, se atribuirán por mitad a la compraventa y a la novación y subrogación, debiendo incluirse el importe correspondiente al IVA, que al tipo del 16%, aplicado a la cuantía señalada, supone la cantidad de 12,01 euros, de los que el 50% se estima corresponden a la subrogación y novación del préstamo. Por tanto, la cuantía de los gastos registrales correspondiente a la subrogación y novación del préstamo hipotecario que ha de reintegrar la parte demandada a la parte actora asciende a 253,20[172,08+37,56(75,12x50%)+6(12,01x50%)]euros, cantidad que se considera corresponde a los gastos registrales por la subrogación y novación del préstamo cuyo pago ha de asumir al 100% la entidad bancaria demandada.*



En cuanto a los gastos reclamados en concepto de gestoría, 185,60 euros, la mitad de la cantidad que expresa la factura obrante al folio 48 reverso de los autos, la sentencia de primera instancia, considerando que los gastos de gestión han de ser abonados por mitad por las partes, estima la reclamación.

La parte apelante alega "que la gestoría cobra un tanto alzado, sin que pueda deslindarse nuevamente qué importe corresponde con compraventa, y qué importes a las restantes actuaciones" y que la carga de la prueba es de la parte actora, pretendiendo que deben quedar excluidos los gastos facturados en concepto de honorarios de tramitación.

La factura aportada al folio 45 reverso fija el importe de 185,60 euros, por honorarios de gestión, sin precisar los que corresponden a la compraventa y cuales, a la subrogación y novación del préstamo hipotecario, por lo que, como respecto a los anteriores, se considerará que corresponden por mitad a cada uno de los negocios jurídicos articulados en la escritura pública otorgada por las partes en fecha 21 de noviembre de 2008. Por tanto, atribuida la cantidad de 92,8 (185,60x50%) euros a los honorarios por las gestiones realizadas en relación con el contrato de subrogación y novación del préstamo hipotecario, la entidad bancaria demandada deberá reintegrar al demandante el cincuenta por ciento de los mismos, esto es, 46,4 euros, debiendo soportar la parte demandante el abono de igual cuantía, al corresponder a ambas partes el abono por mitad de los gastos de gestión correspondientes al préstamo hipotecario.

Pero no es la solución aplicada en la instancia -excepto respecto a los gastos de gestoría, que se conceptuaron como derivados por mitad de cada uno de los dos negocios jurídicos-, toda vez que en lugar de fraccionar por mitades los conceptos no determinados el juez a quo parte de la base fijada en la audiencia previa como correspondiente a la compraventa, pero la incrementa con el IVA correspondiente, minorando por tanto la cifra a restar de cada factura (de este modo, los 276'7 € del documento nº 5 correspondientes a la compraventa, incrementados con el 16 % de IVA -44'272 €- y restados al total de la factura dan un total de 534'408 €, que divididos por mitad según condena son los 267'20 € que otorga la sentencia recurrida).

Ahora bien, sucede que pese a que el criterio de esta Sala es diferente del seguido en la sentencia de instancia, en el acto de la audiencia previa celebrado el 5 de junio de 2018 (documentado en la correspondiente grabación, y sucintamente en el acta de la Letrado de la Administración de Justicia obrante a los f. 129 y 130) la parte entonces demandante aclaró cuáles eran las sumas que reclamaba a la demandada en concepto de gastos notariales, registrales y de gestoría una vez descontados de las facturas los importes correspondientes a la compraventa -sumas aclaradas que son las que efectivamente señala en su escrito de oposición al recurso, y que fueron las que el juez tomó como base de sus cálculos-. Realizada esa aclaración de la actora, no se hizo constar como hecho controvertido que las cuantías así aclaradas no se correspondieran con los gastos notariales, registrales y de gestoría una vez deducidos los correspondientes a la compraventa, luego la recurrente no puede ya discutirlos en la alzada (otro tanto ocurre con los gastos de gestoría, que esta Audiencia distribuye por mitad y que en la sentencia recurrida se atribuyeron por completo a la recurrente -una vez restada la mitad correspondiente a la compraventa-, que no impugnó el pronunciamiento).

Tomando pues las cantidades indicadas por la actora y no discutidas, los cálculos efectuados por el juez a quo son claramente más favorables a la recurrente que los que realizó la parte actora, de manera que no ha lugar a revocarlos, y parece por ello también este motivo de impugnación.

**QUINTO.-** *Improcedente aplicación para el cálculo de intereses del artículo 1303 CC .*

Recorre la apelante impetrando la aplicación del artículo 1108 CC, afirmando no ser aplicable el 1303 del mismo cuerpo legal por no haber recibido ninguna cantidad de la contraparte.

Aún una vez más ha de ser citada y transcrita la SAP La Rioja de 30 de diciembre de 2019, por tratar la misma cuestión con el siguiente tenor:

"El motivo debe ser desestimado en atención a las consideraciones que se recogen en la presente resolución con expresa remisión al criterio jurisprudencial recogido, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23-1-2019 (nº 46/19, rec. 21/28, FD 6º).

"Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber



existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:

"34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que 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, se trataría de 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. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo 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.

[...] Tal criterio había sido también en la STS de 19-12-2018 (nº 725/18, rec. 2241/18), FD 2º punto 4º al señalar:

"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 (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)."

En atención a ello procede la desestimación del motivo alegado.

**SEXTO.-** *Indebida fijación de la cuantía del procedimiento como indeterminada.*

La recurrente indica que debe fijarse la cuantía del procedimiento en 631'7 €, a lo que se opone la recurrida.

Tiene dicho esta Audiencia reiteradamente que la cuantía del procedimiento no es objeto del fallo de la sentencia ni por ende del recurso de apelación. Así lo recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 30 de enero de 2020:

"El motivo del recurso de apelación relativo a la cuantía del procedimiento debe ser desestimado, tal y como ya ha resuelto esta Audiencia Provincial de La Rioja entre otras en sentencia de 28 de marzo de 2019, ponente Ilmo. Sr. Don Fernando Solsona Abad, cuyos razonamientos se reproducen por ser de plena aplicación al presente caso:

**"SEGUNDO.- CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.-**

1.- *El primer motivo de apelación hace referencia a una cuestión que no se encuentra entre los pronunciamientos y decisiones contenidos en el fallo de la sentencia recurrida que pueden ser objeto de recurso de apelación. Nos referimos a la cuestión de la determinación de la cuantía del procedimiento.*

2.- *El hecho de que ese pronunciamiento no se encuentre entre los contenidos en el fallo de la sentencia de instancia no puede ser más lógico, pues la cuestión acerca de la cuantía del procedimiento no afecta en este caso, como enseguida veremos, ni a la clase de procedimiento a seguir ni tampoco al régimen de recursos, y desde luego, no formaba parte del petitum de la demanda ni afectaba a los motivos expuestos en la demanda que llevaron a la parte demandante a promover la demanda.*

*En esa tesitura, ni el fallo de instancia podía contener un pronunciamiento sobre esa cuestión, ni el recurso de apelación puede formularse con base en este motivo, ni desde luego, la sentencia de apelación puede pronunciarse tampoco sobre este aspecto al resolver el recurso de apelación.*





El fallo de la sentencia solo puede contener los pronunciamientos a los que alude el artículo 209.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, debe ceñirse a las pretensiones de las partes. Y las pretensiones de las partes deben estar especificadas en el suplico o petición del escrito rector del proceso (demanda o en su caso reconvencción), tal como indica el artículo 399.4 Ley de Enjuiciamiento Civil. Es obvio que la determinación de la cuantía del procedimiento no es una pretensión de las partes sobre la cual la sentencia deba pronunciarse. Como señala el Auto del Tribunal Supremo de 25 enero 2011, la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga a la cuantía del litigio un carácter meramente instrumental en cuanto constituye, no un fin en sí mismo, sino una premisa para el examen de otros presupuestos procesales (competencia objetiva, procedimiento adecuado y acceso a casación), o para la resolución de otras incidencias (tasas o tasación de costas). En nuestro caso, sin embargo, la cuantía del proceso no determina el procedimiento adecuado, puesto que la tramitación conforme al Juicio Ordinario viene dada por razón de la materia objeto del litigio (condiciones generales de la contratación, artículo 249.1.5 Ley de Enjuiciamiento Civil) ni tampoco afectaba al acceso a casación, por igual motivo.

3.- Siguiendo la exposición que realiza la sentencia núm 151/18 de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1, del 30 de julio de 2018 (ROJ: SAP GU 288/2018 - ECLI:ES:APGU:2018:288), hay que decir que es cierto que la cuantía del procedimiento es única e inalterable durante todo el procedimiento y, sobre su determinación, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil establece unos trámites, otorga una serie de facultades e impone determinadas obligaciones que afectan, tanto a las partes como al órgano judicial. Así, el artículo 253 impone al actor la obligación de expresar con precisión y claridad la cuantía de la demanda en el escrito inicial, remitiéndose para ello a los preceptos que le preceden (arts. 251 y 252 de la LEC), debiendo considerarla de cuantía indeterminada cuando no es posible su determinación (art. 253.3 LEC), y, en lógica correlación, la obligación de aportar con la demanda los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a los solos efectos de competencia y procedimiento (artículo 264.3), puesto que ambas cosas son necesarias para el examen de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia de la competencia objetiva y adecuación del procedimiento.

Superada la fase de admisión de la demanda, a la parte demandada se le impone la carga de impugnar la cuantía del litigio si entiende que el procedimiento instado por el actor no es el adecuado y si afecta a la recurribilidad en casación de la futura sentencia que lo resuelva (artículo 255.1), lo que naturalmente, ha de hacer en la contestación a la demanda, resolviendo en el acto de la audiencia previa o en la vista.

Así pues, la única posibilidad de impugnación de la cuantía por la parte demandada radica en lo previsto en el artículo 255 LEC, que no le autoriza a impugnar la cuantía en todo caso, sino sólo cuando su exacta determinación afecte al tipo de procedimiento por razón de la cuantía o a la admisibilidad del recurso de casación.

Fuera de estos casos, esto es, cuando no exista conformidad con la cuantía al entender mal realizado el cálculo sin afectar al tipo proceso o al régimen de recursos, la ley no establece ningún mecanismo de impugnación específico. De hecho los artículos 255 y 422 Ley de Enjuiciamiento Civil solo prevén la impugnación o control judicial de la cuantía procedimental fijada en la demanda, cuando esta afecta a la adecuación del procedimiento a seguir (ordinario o verbal) o afecta al acceso al recurso de casación (art. 477.2.2º LEC) de modo que si no afecta a ninguna de tales circunstancias, la posible discusión sobre el exacto valor de intereses económico objeto de proceso solo tendrá importancia a efectos de gastos y costas procesales, y debe articularse -en su caso- en el correspondiente incidente de impugnación de tasación de costas (artículos 243 y 244 LEC).

4.- En nuestro caso, eso es precisamente lo que sucede.

Como hemos ya indicado, el presente procedimiento se ha tramitado como juicio ordinario por razón de la materia (condiciones generales de la contratación, artículo 249.1.5º Ley de Enjuiciamiento Civil), y no de la cuantía.

Por lo tanto, la cuestión de la cuantía no afectaba a la clase de procedimiento a seguir (ordinario o verbal), pues es claro que debía tramitarse como Juicio Ordinario por versar sobre condiciones generales de la contratación.

Desde esta perspectiva, es evidente que el Juzgado no debía de adoptar ninguna decisión ni debía hacer ningún pronunciamiento sobre la cuantía del procedimiento. Desde luego, el Juzgado no debía de pronunciarse sobre la cuantía del procedimiento en la sentencia, pues esta resolución no debe pronunciarse bajo ningún concepto sobre la cuantía del procedimiento, al no ser la finalidad de la misma. Pero es que tampoco debía de pronunciarse sobre la cuantía del procedimiento siquiera en la audiencia previa. Ello es así porque en dicho trámite de la audiencia previa solo se debe resolver sobre la cuantía del procedimiento, en la medida en que esta cuestión sirva como sustento a una alegación de inadecuación del procedimiento (ver artículo 422 Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual solo puede tener lugar en los procedimientos cuyo trámite viene fijado por razón de la cuantía, que como decimos no es el caso, pues este procedimiento se tramita como Juicio Ordinario por razón de la materia (condiciones generales de la contratación, artículo 249.1.5 Ley de Enjuiciamiento Civil).



5.- *Todo lo que exponemos conduce a que en este caso, una decisión sobre la cuantía del procedimiento, ni puede ser considerada un pronunciamiento propio de la sentencia apelada, ni puede fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia, ni, desde luego, puede ser objeto de revisión por esta Sala.*

*De hecho, en estos supuestos, las resoluciones de la mayoría de las Audiencias Provinciales consideran que cuando la cuantía del proceso solo tiene efectos en relación con una eventual condena en costas, y no con el procedimiento a seguir o con la procedencia o no de recurso de casación, no procede seguir el trámite del citado artículo 255 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni dictar ninguna resolución al respecto.*

*Siguiendo a la Sentencia 151/2018 de la sección 1 de la Audiencia Provincial de Guadalajara del 30 de julio de 2018 (ROJ: SAP GU 288/2018 - ECLI:ES:APGU:2018:288 ), podemos citar en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sec. 3ª, de 5 de junio de 2015 , con referencia a su sentencia de 26 de marzo de 2004 ; la SAP a Coruña, sección 4, del 11 de abril de 2018 ; SAP de Soria de 19 de marzo de 2018 , SAP de Barcelona, sec 1, del 27 de noviembre de 2017 o la SAP de Las Palmas de Gran Canarias, Sec. 4ª, de 14 de abril de 2015 que indica que "Si la discrepancia en la determinación de la cuantía no tiene ningún efecto procesal, no es necesario ni tiene sentido resolverlo en la fase declarativa. Cuestión distinta es para la determinación del importe de las costas, donde ya constará para el trámite oportuno que la cuantía ha sido impugnada y se resolverá."*

*Igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 21 de enero de 2015 señala que "puesto que la necesidad de que el juzgador fije inicialmente la cuantía del procedimiento, únicamente surge, bien porque el juicio elegido por el demandante no se corresponde con el valor señalado o a la materia que se refiere su demanda, ( artículo 254 LEC ), o bien porque el demandado entendiera que de haberse determinado correctamente, la cuantía resultaría procedente el recurso de casación ( artículo 255 LEC ), sin que ninguno de cuyos supuestos se da en el caso presente, debemos señalar que, la cuantía propuesta por el actor en su demanda, y la propuesta por el demandado son adecuadas para que la tramitación sea por el cauce seguido del Juicio ordinario, así como inadecuadas para posibilitar el recurso de casación contra la sentencia que ahora se dicta. Quiere con ello decirse que no es al apelar la sentencia sino en su caso, al tasar las costas procesales, cuando en su caso, procedería volver sobre el tema de la cuantía procedimental, que en todo caso deberá someterse".*

*Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 5 de marzo de 2018 , se ha pronunciado al respecto considerando que "dentro la vía de impugnación de la tasación de costas será el momento de plantear la determinación del importe de la cuantía, pues sólo en este ámbito tiene incidencia concreta la determinación de la cuantía, lo que implica dejar imprejuzgado este aspecto y diferir su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas".*

6- *En conclusión: si, como en este caso ha sucedido, se ha acordado la continuación del juicio por los trámites del ordinario, la solución pasa por continuarlo y sin entrar en otras consideraciones sobre el exacto valor del interés económico del objeto del proceso que podrá, en su caso, tener importancia y consideración, en el trámite de tasación de costas y en su hipotética impugnación por excesivas, pero no, reiteramos, en esta fase declarativa en la que únicamente puede llegar a importa la cuantía a los fines de determinar la clase de juicio, lo cual no sucede en la presente "litis", en la cual, al versar sobre condiciones generales de la contratación, tal como venimos reiterando la clase de juicio viene impuesta por razón de la materia, no de la cuantía. Por eso, pese a existir una patente falta de acuerdo de las partes con respecto a la cuantía del juicio, el trámite adecuado para su determinación podrá ser en su caso un futuro incidente de impugnación de costas, como presupuesto necesario para llevar a efecto la tasación procedente conforme a Derecho. Por todo ello, no procede realizar pronunciamiento alguno sobre esta cuestión, y debemos dejar imprejuzgado este aspecto difiriendo su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas".*

En consecuencia, decae también el último motivo de impugnación.

**SÉPTIMO.**- Por aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de este recurso deben imponerse a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación,

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia de 18 de octubre de 2018 dictada en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 147/18 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Logroño, que debemos confirmar y confirmamos.

Con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.



Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15.ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Audiencia Provincial, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.