



Roj: **SAP MA 518/2024 - ECLI:ES:APMA:2024:518**

Id Cendoj: **29067370062024100306**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **31/01/2024**

Nº de Recurso: **1208/2019**

Nº de Resolución: **156/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA INMACULADA SUAREZ-BARCENA FLORENCIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Málaga, núm. 20, 24-04-2019 (proc. 2886/2018),
SAP MA 518/2024**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 20 DE MÁLAGA

JUICIO ORDINARIO N.º 2886/2018

ROLLO DE APELACIÓN N.º 1.208/2019

SENTENCIA N.º 156/2024

Ilmos. Sres:

Presidente:

DOÑA INMACULADA SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO

Magistrados:

DOÑA SOLEDAD JURADO RODRÍGUEZ

DON ENRIQUE SANJUAN Y MUÑOZ

En la Ciudad de Málaga, a 31 de enero de dos mil veinticuatro.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario N.º 2886/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia N.º 20 de Málaga, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad, seguidos a instancia de don Herminio, representado en el recurso por el Procurador de los Tribunales don Javier Fraile Mena, y defendido por la Letrada doña Nahikari Larrea Izaguirre, contra ING BANK NV SUCURSAL EN ESPAÑA, representado en el recurso por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Díaz Jiménez, y defendida por el Letrado don José Antonio Pérez García; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia N.º 20 de Málaga dictó Sentencia de fecha 24 de abril de 2019, en el Juicio Ordinario N.º 2886/2018, del que este Rollo de Apelación dimana, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: << **FALLO**

Que estimando íntegramente como estimo la demanda formulada por el/la Procurador de los Tribunales Sr./Sra. Fraile Mena en nombre y representación de D. Herminio contra ING Bank, N.V., Sucursal en España,



(i) declaro la nulidad de las estipulaciones 5ª (gastos) y 6ª (interés de demora) de la escritura pública de 29 de junio de 2015 autorizada por el/la Notario/-a Sr./Sra. Tejuca García (protocolo nº 1.716).

(ii) declaro que, como consecuencia de la nulidad de la cláusula 6ª, el préstamo hipotecario devengará incluso en caso de incumplimiento el estricto interés remuneratorio pactado.

(iii) condeno a la demandada a abstenerse de aplicar en lo sucesivo la/-s cláusula/-s declarada/-s nula/-s en el pronunciamiento primero.

(iv) condeno a la demandada a abonar al actor la suma de 883,88 euros a la que se añadirá la que resulte de aplicarle el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro en exceso, sin perjuicio del previsto en el art. 576 L.E.C.

(v) declaro que, en relación con las cláusulas contempladas en los pronunciamientos anteriores y a día de la fecha, las consecuencias económicas de su aplicación se agotan en las que asimismo determinan tales pronunciamientos.

(vi) impongo a la demandada las costas causadas >>.

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la entidad demandada, el cual fue admitido a trámite, siendo su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, donde al no haberse propuesto prueba y no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el día 30 de enero de 2024, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. doña Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia que estima la demanda interpuesta por don Herminio, contra ING BANK N.V SUCURSAL EN ESPAÑA, en ejercicio de acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad, y, en virtud de ello, se declara la nulidad de las cláusulas relativas a los gastos (5ª), e interés de demora (6ª), insertas ambas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de junio de 2015, se condena a la demandada a abstenerse de aplicar en lo sucesivo dichas cláusulas, así como a abonar al actor la suma de 883,88 euros, a la que se añadirá la que resulte de aplicarle el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro en exceso, sin perjuicio del previsto en el artículo de la L.E.C, y se declara que en relación con dichas cláusulas a día de la fecha de la Sentencia las consecuencias económicas de su aplicación se agotan en las que se establecen en la misma, y todo ello con imposición de costas a la entidad demandada, se alza en apelación esta parte litigante, a través de su representación procesal.

SEGUNDO.- Como el artículo 456 de la L.E.C, en relación con el artículo 448 del mismo Texto Procesal, delimita claramente el ámbito al que queda constreñido el recurso de apelación, que no es otro que aquél a que se refiera la parte apelante, esta Sala se limitará en esta Resolución a resolver sobre los concretos motivos de disconformidad expresados y argumentados por la entidad recurrente, sin entrar en el examen de otras decisiones de instancia, que aunque pudieran no ser compartidas por la Sala al no acomodarse a la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, no son objeto del recurso de apelación deducido por la entidad crediticia demandada, con lo cual, quedan extramuros del debate de la alzada.

Sobre la cuestión planteada en el recurso relativa a la validez de la cláusula de gastos, a la que la Defensa Letrada de la entidad recurrente dedica los argumentos que expone en las alegaciones previa y primera a cuarta, decir que es cuestión que fue resuelta en gran medida en la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en las Sentencias 705/2015 de 23 de diciembre, y 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, doctrina del Alto Tribunal que esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga ha venido a aplicar y a desarrollar en numerosas Sentencias como la de 4 de diciembre de 2018, 29 de enero de 2019, 19 de febrero de 2019, 26 de febrero de 2019 y 9 de abril de 2019, entre otras, incluso posteriores, y por citar algunas.

Hemos venido recordando en nuestras Sentencias que el artículo 82.1 del T. R.L.G.D.C define como cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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. Concretando los supuestos en que determinadas cláusulas deben de considerarse como abusivas y así:-

- Se consideran como tales aquellas previsiones contractuales que supongan "la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (artículo 89.2 TRLGDCU).
- La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (artículo 89.3), y con relación a la compraventa de viviendas, artículo 89.3 a), la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación), y "la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario" (artículo 89.3, letra c).
- Es igualmente abusiva la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados" (artículo 89.4 TRLGDCU), y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (artículo 89.3.5º)

En referencia a la cláusula controvertida, tenemos reiterado que la generalidad e imputación indiscriminada al prestatario de cada una de las partidas de gastos que se recogen en la cláusula cuya nulidad se pretende, no solamente los gastos de notario y registro (constitución y cancelación), sino tasación, impuestos (de toda clase), conservación, seguros, ejecución judicial o extrajudicial, gastos por subsanación o aclaración de la escritura, gestoría, incluso copias que hayan de expedirse a favor de la entidad, es abusiva por cuanto que la cláusula discutida no contiene ninguna reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia del otorgamiento de la escritura, constitución de hipoteca y concesión del préstamo, sino que hace recaer su totalidad sobre el prestatario, sea cual sea y sea el tipo de gasto y en beneficio de quien sea (prestamista o prestatario), lo cual evidencia un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que debe de asumirlos todos en aplicación de una condición general predisuelta por la entidad que redactó la cláusula, la cual no se hace cargo de ninguno.

Esta falta de reciprocidad, en aplicación de la legislación anteriormente citada, motivó la declaración de nulidad de una cláusula similar por parte del Tribunal Supremo, en la conocida Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015, en la que expresó el Alto Tribunal que esta imputación única de los gastos al prestatario determina su nulidad, y ello a pesar de que la aplicación de la normativa permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista; lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas.

Ahora bien, declarada la nulidad de la cláusula, que es indiscutible, en el caso, como certeramente se razona por la Juez a quo en la Sentencia recurrida, a cuyas consideraciones hemos de remitirnos a fin de evitar reiteraciones innecesarias, acogiéndolas en esta Resolución, más cuando los argumentos de la entidad recurrente no desvirtúan en absoluto los razonamientos de la Sentencia apelada sobre la cuestión, cuestión distinta, valga la redundancia, según indica la jurisprudencia, es que en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.), se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente, que es lo que analizaremos seguidamente.

En tal sentido el TJUE en Sentencia de 16 de julio de 2020, expresa que "el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

Por ello, confirmamos la declaración de nulidad de la cláusula de gastos controvertida en esta alzada, y seguidamente, y dado que el Suplico del recurso, apartado segundo, viene a interesar la entidad recurrente que la Sentencia de la Sala declare "La improcedencia de la devolución a la actora de los gastos incurridos en aplicación de tal cláusula impugnada al ser susceptibles de causar un perjuicio a ING BANK en detrimento de la parte actora, y en consideración del resto del clausulado del contrato", analizaremos a quien corresponde, en defecto de pacto válido y conforme a la legislación nacional interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo el pago de los gastos reclamados, resultando de oportuna aplicación al caso y a tales efectos la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 24 de julio de 2020, es decir, tras haber sido dictada

la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, antes citada, y la más reciente dictada por el Pleno de la Sala Primera de 27 de enero de 2021, que aglutina ya toda la doctrina del Alto Tribunal en lo que a restitución de gastos se refiere, a lo que dedicaremos los razonamientos que vamos a exponer en el siguiente Fundamento de Derecho.

TERCERO.- La Sentencia apelada como efectos inherentes a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos condena a la entidad demandada a restituir al actor el 50% de la suma reclamada en concepto de gastos notariales, el 100% de lo reclamado en concepto de gastos registrales, el 50% de los gastos reclamados en concepto de gestoría y tasación, y deniega la restitución del IAJD.

Pues bien, dejando al margen la decisión referida al IAJD, que en puridad no recurre la entidad crediticia al ser pronunciamiento que le es favorable, por lo que se refiere a los honorarios del Notario, el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en el Anexo II, norma Sexta: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente". Lo cierto es que en el supuesto de autos (y en la generalidad de los casos), no nos consta quien ha requerido la intervención del notario, por lo que estimamos acertada la decisión de instancia, más cuando las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, anteriormente citadas, determinaban que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés (y así se desprende del propio artículo 68 del Reglamento). No obstante, no constando a favor de quien se han expedido habrá igualmente que considerarlas por mitad. Consideraciones estas que, aplicadas al caso, de conformidad con la jurisprudencia emanada del TJUE, expuesta en la Sentencia de 16 de julio de 2020, que, recordemos, expresa que "el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos", la jurisprudencia del Tribunal Supremo dimanante de las Sentencias de 23 de enero de 2019, reiteradamente citadas, jurisprudencia refrendada por el Alto Tribunal en las Sentencias de 24 de julio de 2020, y de 27 de enero de 2021 que aglutinan ya todo el criterio jurisprudencial, y el derecho nacional aplicable a la materia, en relación con el gasto examinado, hemos de confirmar la Sentencia, como ya adelantábamos anteriormente, no alcanzando la Sala a comprender la disconformidad en este extremo de la recurrente que mantiene que los gastos de notaría deben ser de cuenta de ambas partes, pues eso precisamente y no otra cosa lo que decide el Juez a quo al condenar a la entidad a restituir el 50% de la cantidad abonada en su día por el prestatario en concepto de gastos de notaría.

Por lo que se refiere a los aranceles registrales la Sentencia condena a la demandada a la restitución íntegra de dicho importe. Pues bien, en lo referente a los gastos de inscripción, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone en el Anexo II, norma Octava: "1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten". Conforme a lo anterior, la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro. "La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho" (artículo 6 LH). La respuesta a la cuestión que ahora nos ocupa es sencilla, y es suficiente remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto en las mencionadas Sentencias de enero de 2019 (en las que se señala que en cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto). Como la Sentencia de instancia condena al 100% de este arancel, y este pronunciamiento resulta acorde a la doctrina del TJUE, expuesta en la Sentencia de 16 de julio de 2020, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dimanante de las Sentencias de 23 de enero de 2019, repetidamente referidas, a la de 24 de julio de 2020, a la de 27 de enero de 2021 (del Pleno de la Sala Primera), y al derecho nacional aplicable a la materia, en relación con el gasto examinado, hemos de confirmar igualmente el pronunciamiento, y en este punto, consecuentemente, también desestimamos el recurso, en el

que por cierto la entidad recurrente, pese a suplicar la revocación de la Sentencia en cuanto a la restitución de los gastos, no efectúa alegación alguna al respecto.

Por lo que se refiere a los gastos de gestoría, y tasación la Sentencia recurrida condena a la demandada a abonar el 50% de las sumas reclamadas por los conceptos en cuestión, y aunque estas decisiones no se acomodan a la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en las Sentencias de 26 de octubre de 2020, en la que el Alto Tribunal modificó su inicial criterio con relación a los gastos de gestoría, y en la 27 de enero de 2021 que ratifica el criterio de la anterior, entre otras más posteriores, conforme a las cuales, y atendida la fecha de la escritura a la que no le es de aplicación la LCI, procedería la restitución a la parte prestataria del 100% tanto de los gastos de gestoría como de los gastos de tasación, como las decisiones de la Sentencia son favorables al Banco, y el actor no ha apelado ni impugnado dicha Resolución, en definitiva hemos de estar a lo decidido en ella, pues de lo contrario conculcaríamos el principio que impera en nuestro ordenamiento procesal civil en virtud del cual está prohibida la reformatio in peius.

CUARTO.- Se recurre también por la entidad demandada la decisión de instancia que como efecto inherente a la declaración de nulidad de la cláusula relativa al interés de demora, condena a la entidad a que abone al actor, por vía de indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.101 Código Civil), la cantidad de 57,60 euros (más interés legal desde la demanda), suma en que el IAJD se vio incrementado por el aumento de la base imponible (incremento de la responsabilidad hipotecaria que toma como referencia).

La cuestión que ahora nos ocupa ya ha sido resuelta en numerosas Sentencias dictadas por esta Sala, entre las que cabe citar las de 1 de octubre de 2019 (Rollo N.º 502/19), 14 de enero de 2020 (Rollo 495/19), y en tras más recientes como la de 12 de enero de 2021 (Rollo N.º 1.335/2019). En esta última Sentencia razonaba la Sala sobre idéntica cuestión, Fundamento de Derecho Segundo: << Debemos nuevamente estimar el recurso de apelación entendiendo que los 696,6 euros que han sido objeto de condena no lo son por intereses de demora y la cláusula declarada nula sino por una pretendida indemnización de daños y perjuicios derivados del incremento del Impuesto de AJD en el cálculo de la garantía hipotecaria.

Esta AP también se ha pronunciado al respecto en la Sentencia del RAC de 1 de octubre de 2019 (502/19) y 22 de octubre de 2019 (RAC 979/18) en el siguiente sentido: "El recurrente plantea el recurso desde la comparativa de la cláusula sexta y octava del préstamo hipotecario. La sentencia, tras declarar nula la cláusula de interés moratorio derivada de la cláusula sexta concluye que debe, como efecto, condenarse a la entidad financiera al pago de 232,40 euros como indemnización derivado de la suma en que el Impuesto de AJD se vio incrementado por el aumento de la base imponible por esta causa (incremento de la responsabilidad hipotecaria que toma como referencia). Evidentemente se produce una confusión entre la cláusula de intereses moratorios y las cuantías y garantías que determinan la base del impuesto. Conforme al artículo 30 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre , por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados "La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos". (Así el artículo 69 del Reglamento del mismo: En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa). Es evidente que en el momento de contratación se fija una cuantía que deriva del interés moratorio (entre otros) y finalmente una garantía concreta por la que responderá el bien en supuestos hipotecarios. Es esta la que determina el impuesto por lo que al no haberse declarado nula la garantía sigue vigente y el cálculo por tanto del impuesto no resulta afectado, por lo que procede también la estimación de este motivo." Por lo tanto la pretensión ha de acogerse >>.

Doctrina de la Sala la expuesta que aplicada al caso, y sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo, aboca a la estimación en este punto del recurso de apelación, y consecuentemente a la revocación del pronunciamiento de instancia que condena a la entidad demanda a restituir al demandante la suma de 57,60 euros (más interés legal desde a demanda), con lo cual, finalmente, la cantidad que la demanda ha de restituir al demandante, y por el concepto de gastos indebidamente abonados, queda delimitada a la suma de 826,28 euros (s.e.u.o), más cuando se ha de tener en cuenta la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 28 de octubre de 2021, en la que el Alto Tribunal, en relación con la materia litigiosa que nos ocupa, razona en el Fundamento de Derecho Cuarto lo siguiente: << Improcedencia del reintegro por el prestamista del exceso de cuota del IAJD al declararse la abusividad de los intereses moratorios pactados

1.- Una vez establecido que el pago del IAJD corresponde al prestatario, en consideración a la fecha en que se suscribió el contrato, debe analizarse la pretensión de la parte recurrida de que se disminuya la cantidad correspondiente a la cuota, en atención al exceso derivado de la inclusión en la base imponible de los intereses moratorios que han sido considerado abusivos.

2.- El art. 12 de la Ley Hipotecaria (LH) establece que:

"en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración".

La responsabilidad hipotecaria es la cantidad máxima de la que responde el bien inmueble en caso de ejecución de la hipoteca por impago del préstamo que garantiza y que incluye: i) la cantidad prestada; ii) los intereses remuneratorios pactados dentro de los límites previstos en el art. 114 LH ; iii) los intereses de demora, también con sujeción a los límites del citado art. 114 LH ; iv) los gastos y costas judiciales; y v) los gastos extrajudiciales relativos a la efectividad de la garantía y conservación de la finca hipotecada, tales como las contribuciones y tributos que graven la finca, los gastos de comunidad y los seguros. En todo caso, dentro de los límites pactados en la cláusula de constitución de la hipoteca para cada uno de estos conceptos.

En virtud de la exigencia de especialidad (art. 12 LH), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; sino que, si el acreedor pretende su protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad.

Al hilo de lo cual surge la cuestión planteada en la oposición al recurso de casación, que es, si en el caso de haberse incluido expresamente una cifra por intereses de demora para fijar el importe total de la responsabilidad hipotecaria, cuando se declare la nulidad de la cláusula de intereses de demora, la entidad prestamista habrá de reintegrar al prestatario la diferencia entre lo efectivamente abonado por éste por razón del IAJD y lo que habría abonado de no haberse incluido en la base imponible ese concepto. Puesto que el art. 30.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 (TRLITPAJD) define dicha base imponible como "el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos"; es decir, la cifra de la responsabilidad hipotecaria.

3.- Son varias las razones por las que la respuesta a dicha alegación de la parte recurrida debe ser negativa:

1. *En el marco de una acción restitutoria derivada de una acción de nulidad, a diferencia de lo que sucede con los gastos (notaría, registro, gestoría, etc.), en que el banco se enriqueció indebidamente al ahorrarse -a costa del consumidor- unas cantidades que debería haber abonado, en el caso del IAJD, una vez que por Ley (en la fecha de suscripción del contrato) el prestatario era el sujeto pasivo del impuesto, el banco no se benefició de que la cuota tributaria fuera mayor o menor, sino que esta cuestión competía en exclusiva al prestatario, como sujeto pasivo, y a la administración tributaria.*

2. *Una vez que el prestatario abonó en su día el impuesto, no corresponde a la jurisdicción civil un pronunciamiento que atribuya a la otra parte la condición de sujeto pasivo del impuesto, sino que el prestatario tiene la posibilidad de solicitar de la administración tributaria la devolución del exceso abonado por la cuota, una vez declarada la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, conforme prevé el art. 57.1 TRLITPAJD, en relación con los arts. 32 y 66 c) y d) de la Ley General Tributaria (LGT). Por el contrario, la entidad prestamista no podría subrogarse en su posición de sujeto pasivo y efectuar la reclamación ante la administración, debido a la indisponibilidad de dicha posición, conforme a lo dispuesto en el art. 17.5 LGT .*

3. *Conforme al art. 99 del Reglamento del ITPAJD , el impuesto debe ser objeto de autoliquidación por el sujeto pasivo (el prestatario, en la fecha en que se otorgó la escritura pública de préstamo), correspondiendo a la Administración Tributaria su comprobación y liquidación, que, en su caso, sería impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativo >>>.*

Consideraciones jurídicas del Alto Tribunal que vienen a poner de manifiesto que el criterio y doctrina de la Sala resulta ser coincidente con el criterio doctrinal del Tribunal Supremo, por lo que, en definitiva, como antes adelantábamos, el motivo de apelación ha de resultar estimado, pues es indiscutible la improcedencia del reintegro al demandante que se impone por el Juez a quo en la Sentencia a la entidad prestamista de lo que se considera como indemnización, al declararse la abusividad y nulidad de la cláusula relativa de los intereses moratorios.

QUINTO.- En la Sentencia recurrida, la Juez a quo, al considerar estimada sustancialmente la demanda, en aplicación del artículo 394.1 de la L.E.C, impone las costas a la entidad crediticia demandada, y frente a este pronunciamiento se alza también la expresada parte litigante al considerar que la estimación de la demanda es parcial y que por ello procede hacer aplicación del artículo 394.2 de la L.E.C, lo que debe traducirse en la no imposición de costas a la entidad crediticia demandada, pretendiendo que en tal sentido sea revocada la Sentencia; pretensión revocatoria a la que se opone el demandante que suplica la confirmación del pronunciamiento objeto de recurso. El motivo de apelación va a ser desestimado por este Tribunal de alzada en base a las siguientes consideraciones.



Tiene esta Sala reiteradamente declarado que a través de la condena en costas a que se refiere el artículo 394 de la L.E.C, se cumple la finalidad tanto de resarcir a la parte a cuyo favor se ha resuelto judicialmente, no teniendo que sufrir perjuicio patrimonial quien ha tenido necesidad de acudir a los Tribunales en defensa de derechos que le han sido reconocidos, como en sentido contrario, y por el principio de indemnidad, el de reconocer a la parte que ha sido absuelta de los pedimentos del actor, el derecho a repercutir contra ella los gastos provocados por su llamada al proceso, teniendo declarado el Tribunal Constitucional que la imposición de costas constituye un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación "total" de éstas, según sea el régimen legal que rijan el proceso o el recurso, por lo que en consecuencia, la posibilidad de imposición de las costas de una determinada litis, al constituir un riesgo potencial, exige en los litigantes la necesaria ponderación, medida y asesoramientos convenientes respecto al éxito de sus acciones y pretensiones, viniendo a actuar, en cierto sentido, como corrección a litigiosidades caprichosas, totalmente infundadas, empecinadas e incluso fraudulentas (S.S.T.C 84/1.991, de 22 de abril, y S.T.S de 15 de octubre de 1992), encontrando su razonabilidad o justificación en prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad, y en restituir a la parte contraria de los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes promuevan acciones o recursos legalmente merecedores de la imposición de costas (S.T.C. 146/1.991, de 1 de julio), existiendo dos criterios para la imposición a las partes litigantes en un proceso de las costas que se han producido por la tramitación o sustanciación de éste, el objetivo del vencimiento y el subjetivo de la temeridad o mala fe, reconociéndose por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la admisibilidad compatible de ambos criterios de imposición, sin que afecte ninguno de ellos a la Tutela Judicial Efectiva (S.S.T.C 13/1.986, de 29 de octubre, y 147/1.989, de 21 de septiembre), siendo en este sentido que el artículo 394.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en un deseo el legislador de poner en su más directa relación la regulación de la condena en costas con el resultado del litigio, determina que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, instituyendo así como regla general el principio de la condena fundada en la victoria procesal de una de las partes respecto de la otra, esto es, del principio "victus victoris", sistema cuyo fundamento se encuentra a la vez que persigue una doble finalidad, que el proceso no sirva para conllevar o que no implique, un perjuicio patrimonial para la parte cuyos derechos hayan sido reconocidos, y, de otro, el interés del propio legislador, del juzgador e, incluso, del propio Estado, de que el hecho de acudir a la vía procesal quienes se estimen perjudicados y no obstante haber obtenido el reconocimiento de sus derechos, no puedan verse perjudicados con la carga de las costas, aun cuando sólo fuera en parte (S.S.T.S de 22 junio 1.993 y 21 marzo 2000); criterio el del vencimiento objetivo que, como veremos, queda matizado por una excepción, inspirada en criterio subjetivo, por el que puede llevarse a cabo la exoneración al vencido de su condena en razón a que el caso objeto de enjuiciamiento presentara dudas serias de "hecho" o de "derecho", concediéndose así un margen de discrecionalidad al órgano judicial. El artículo 394.1 no contempla la buena o mala fe en la conducta de la parte para justificar la condena o la no imposición de las costas procesales, sino que viene a recoger, como regla general, el tradicional criterio del vencimiento objetivo, representado en la fórmula latina "victus victoris" (S.S.T.S de 29 octubre 1.992, 15 marzo 1.997 y 28 febrero 2002). En el caso de la estimación o desestimación íntegra de la demanda, no se atiende a más criterio que al del vencimiento objetivo, con la única pauta limitativa consistente en la posibilidad de excluir la condena al litigante vencido cuando concurren dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición (S.S.T.S de 30 de enero de 2008), lo que supone que las costas deben imponerse a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho, válvula de escape a la rigidez con la que se hubiera presentado el sistema objetivo del vencimiento en su manifestación más pura.

Junto a ello, la jurisprudencia ha desarrollado lo que se ha venido a denominar como estimación sustancial, equiparada a efectos de costas a estimación total, con la consiguiente aplicación del artículo 394.1 de la L.E.C. Ciertamente en el principio general del vencimiento, recogido, como hemos expresado, en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es preciso que el ajuste del Fallo a lo reclamado en la demanda sea literal sino sustancial, equiparándose, a efectos de la imposición de costas, la estimación sustancial a la total, pues, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tiene necesidad de pagar una parte de las costas quién se vio obligado a seguir un proceso para ver realizado su derecho (SSTs de 3 de diciembre de 2001, 29 de noviembre de 2002, 14 de marzo, 17 de julio y 21 de octubre de 2003, 8 de julio y 27 de octubre de 2004, 9 de junio de 2006 y 15 de junio de 2007, entre otras muchas).

Estas consideraciones han de ser coherentes con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de julio de 2017, reiterada en otras posteriores, como las Sentencias de 18 y 19 de julio de 2017, y también, a mayor abundamiento, con la jurisprudencia que emana del TJUE, que recuerda de forma constante, la protección que al consumidor dispensa la Directiva 93/13/CEE. En las citadas Sentencias, el

Tribunal ha venido a consolidar una doctrina jurisprudencial, en materia de imposición de costas, favorable al consumidor, al entender que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión, es que las costas de la instancia se impongan al banco demandado, y ello a pesar incluso, en multitud de supuestos, del carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial.

En el caso que nos ocupa la Sentencia declara la nulidad de la cláusula relativa al interés de demora, y la de la cláusula relativa a los gastos, y aunque no se imputen todos los gastos a la parte prestamista, se trata de una estimación de la demanda, cuando menos sustancial.

En relación con el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 expresaba: "De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula". Por su parte Tribunal Supremo, como ya hemos expresado, ha venido considerando que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. "Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas".

La cuestión quedó meridianamente clara ya en la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en la que el Tribunal Europeo determinó que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio, doctrina que el Tribunal Supremo también expresa en la Sentencia de 17 de septiembre de 2020, reiterada en posteriores Resoluciones.

En el presente supuesto, insistimos, la Sentencia estima la acción de nulidad ejercitada en la demanda relativa a la cláusula de interés de demora y a la cláusula de imposición de gastos y tributos al prestatario, cláusulas ambas que se declaran nulas por abusivas, limitándose en relación con la cláusula de gastos, como claramente se especifica en la Sentencia, a concretar la imputación de los gastos reclamados, esto es, los gastos que corresponde asumir a la parte prestataria, y los que corresponde asumir a la entidad crediticia, atribución que se confirma en esta alzada, por lo que la estimación de la demanda, y aun cuando revoquemos la condena impuesta a la entidad a indemnizar al actor en la cantidad de 57,60 euros (más interés legal desde la demanda), contrariamente a lo argumentado por la recurrente, ha de ser considerada cuando menos como sustancial; el fundamento no radica tanto en la trascendencia económica de aquello que ha sido excluido por efecto derivado de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, sino en su accesoriedad e ineficacia de la misma, junto con la ineficacia de la cláusula relativa al interés de demora.

Por lo tanto, en modo alguno se puede considerar que, en el caso concreto enjuiciado, nos encontremos ante un supuesto de estimación parcial de la demanda, sino, reiteramos, cuando menos sustancial, y ello, a efectos de costas, se traduce en la aplicación de la regla general del vencimiento objetivo que consagra el artículo 394.1 de la L.E.C.

Además de lo expuesto, como ya hemos ido expresando este Tribunal de alzada, en la materia litigiosa que nos ocupa indudablemente debe seguir la doctrina del TJUE y la del Tribunal Supremo, y el Alto Tribunal Español, en la reciente Sentencia N.º 1035/2023 de fecha 26 de septiembre de 2023, dictada en resolución de un recurso de casación interpuesto frente a una Sentencia dictada por una Audiencia Provincial que revocaba la de instancia y estimaba parcialmente la demanda, de modo que declaraba la nulidad de una cláusula inserta en préstamo hipotecario, y absolvía a la demandada del resto de pedimentos de la demanda, sin imposición de las costas

de instancia, y se recurría la decisión relativa a las costas, razonaba en el Fundamento de Derecho Segundo: << 2.- Decisión de la Sala. Estimación del motivo.

1.- Las exigencias previstas en los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación y de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretados por nuestras sentencias, en especial la n.º 35/2021, de 27 de enero, o la más reciente de pleno 418/2023 de 28 de marzo, conducen a que, estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, aunque no se estime la totalidad de las acciones de nulidad o se declaren nulas todas las cláusulas impugnadas, procede la imposición de las costas de la primera instancia al banco demandado, conforme con la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, CaixaBank y BBVA.

Por tal razón, debemos revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia de la sentencia de la Audiencia Provincial y sustituirlo por el de la condena a la entidad demandada al pago de tales costas procesales...>>. Doctrina esta que aplicada al caso, como no puede ser de otro forma, en unión de las anteriores consideraciones, aboca sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo a que haya de ser confirmado el pronunciamiento de instancia que impone las costas a la entidad crediticia demandada.

Y en cuanto a las dudas de derecho que pudieran exonerar de las costas al litigante vencido, ciertamente han existido (pese a las STS de 23 de enero de 2019 y STJUE 16 de julio de 2020), diversos criterios en cuanto a la imputación de los gastos una vez declarada la nulidad de la cláusula, pero igualmente debe tenerse presente que dicha cláusula ya fue declarada nula por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, por lo que a la fecha de interposición de la demanda su nulidad era incuestionable, como también lo era la de la cláusula relativa al interés de demora, sin que la entidad crediticia, respecto de las cláusulas de gastos, en momento alguno anterior al procedimiento haya ofrecido ninguna cantidad a la parte prestataria (aun sabiendo que la cláusula es nula), y es de recordar, como ya hemos expresado, que el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de septiembre de 2020, estimó el recurso de los consumidores e impuso al banco las costas de la primera instancia. Considera el Alto Tribunal, en línea con otro pronunciamiento del Pleno (Sentencia 419/2017, de 4 de julio), y con la doctrina establecida por el TJUE en la Sentencia de 16 de julio de 2020, que en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas.

Consideraciones todas las expuestas que nos lleva desestimar el motivo de apelación examinado, y en definitiva a confirmar la Sentencia en este extremo, como anteriormente se avanzaba.

SEXTO.- Estimado en parte el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 398.2 de la L.E.C, las costas procesales devengadas en esta alzada no son objeto de especial imposición a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal ING BANK NV SUCURSAL EN ESPAÑA, frente a la Sentencia de fecha 24 de abril de 2019, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N.º 20 de Málaga, en los autos de Juicio Ordinario N.º 2886/2018, a que este Rollo de Apelación se refiere, y en su virtud, debemos revocar y revocamos en parte dicha Resolución en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento que condena a la entidad demandada a abonar al actor la suma de 57,60 euros (más interés legal desde la demanda), ascendiendo la cantidad total que la demandada ha de abonar finalmente al actor a la suma de 826,28 euros (s.e.u.o); confirmamos la Sentencia en todo lo demás, y no hacemos especial imposición, a ninguno de los litigantes, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente Resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta Sentencia, al Juzgado del dimanan, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabría recurso de casación conforme a la reforma operada en la LEC por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, el Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dicho recurso adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no



Jurisdiccional de 27 de enero de 2017, con los requisitos de forma establecidos en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2023.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ