



Roj: **SAP MA 207/2024 - ECLI:ES:APMA:2024:207**

Id Cendoj: **29067370062024100131**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **21/02/2024**

Nº de Recurso: **1537/2019**

Nº de Resolución: **279/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 18 BIS DE MÁLAGA

JUICIO ORDINARIO N.º 1.205/2017

ROLLO DE APELACIÓN N.º 1.537/2019

SENTENCIA N.º 279/2024

Ilmos. Sres:

Presidente:

DOÑA INMACULADA SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO

Magistrados:

DOÑA SOLEDAD JURADO RODRÍGUEZ

DON ENRIQUE SANJUAN Y MUÑOZ

En la Ciudad de Málaga, a 21 de febrero de dos mil veinticuatro.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario N.º 1.205/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia N.º 18 Bis de Málaga, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad, seguidos a instancia de doña Delia y don Herminio, representados en el recurso por la Procuradora de los Tribunales doña María Victoria Muratore Villegas, y defendidos por la Letrada doña Úrsula Inés González Sánchez, contra ING BANK NV, representado en el recurso por la Procuradora de los Tribunales doña María Sandra Montes Cecilia, y defendido por la Letrada doña Silvia Frade Sosa; 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 18 Bis de Málaga dictó Sentencia de fecha 7 de mayo de 2019, en el Juicio Ordinario N.º 1.205/2017, del que este Rollo de Apelación dimana, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: << **FALLO**

*En atención a lo expuesto, **ESTIMO** la demanda formulada por **DON Herminio y DOÑA Delia** representados por la Procuradora de los Tribunales **DOÑA MARIA VICTORIA MURATORE VILLEGAS en ejercicio de la acción de NULIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO HIPOTECANTE, INTERÉS DE DEMORA y RECLAMACIÓN DE CANTIDADES** contra la entidad **ING BANK NV**, representada por la*

*Procuradora de los Tribunales **DOÑA SANDRA MONTES CECILIA y en consecuencia acuerdo:***

- **DECLARO la NULIDAD de la CLÁUSULA DE GASTOS contenida en la escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 30 de Octubre de 2014 - cláusula QUINTA- y de la ESCRITURA DE APRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 20 de octubre de 2016 -cláusula QUINTA-. Debe precisarse que la nulidad de las cláusulas no implica la cláusulas en su totalidad sino que deben quedar excluidas, dada la generalidad de la mismas en cómo están redactadas, el extremo referido a las posibles primas del seguro de daños, incendio o gastos en general que recaigan directamente sobre la propiedad del inmueble; en definitiva conservando plena validez gastos ajenos a la garantía hipotecaria, como ocurre en la segunda de las escrituras referidas.**

- **CONDENO a la demandada a ABONAR a la parte demandante la CANTIDAD de 1.983,02 euros relativo a los conceptos de gastos de notaría, registro, gestoría, tasación, que no del impuesto de actos jurídicos documentados, en relación a ambas escrituras y en los términos expuestos, más los intereses legales del artículo 1.896 del Código Civil , esto es, desde la fecha de los pagos, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .**

- **DECLARO la NULIDAD DE LA CLÁUSULA SEXTA** relativa a Intereses de demora de la escritura de **PRÉSTAMO HIPOTECARIO de fecha 30 de Octubre de 2014** , materializada en **sumar siete puntos y cincuenta centésimas de otro punto porcentual al Euribor, debiendo materializarse en interés remuneratorio más dos puntos.**

- **CONDENO a la demandada a ELIMINAR las citadas estipulaciones del contrato en los términos referidos.**

- **DECLARO la subsistencia, en lo demás, del contrato.**

-**Todo ello con expresa condena en COSTAS a la parte demandada >>.**

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 20 de febrero 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 doña Delia y don Herminio , contra ING BANK N.V, 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 la de gastos en sendas escrituras escrituras de fechas 30 de octubre de 2014 y 20 de octubre de 2016, y la de interés de demora en la escritura de 30 de octubre de 2014, condena la demandada a eliminar del contrato dichas cláusulas en los términos que concreta, declarando la subsistencia en lo demás del contrato, así como a abonar a la parte actora en concepto de gastos indebidamente abonados la suma de 1.983,02 euros (50% gastos de notaría, 100% registro, 50% gestoría, 50% tasación, que no del impuesto de actos jurídicos documentados), en relación a ambas escrituras más los intereses legales del artículo 1.896 del Código Civil, esto es, desde la fecha de los pagos, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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.

La entidad apelante, en un recurso no exento de falta de claridad expositiva, parece que se alza solo y exclusivamente frente a las decisiones de instancia que condenan a la entidad a restituir el 50% de los gastos de tasación así como a abonar las costas, pues todas las alegaciones aducidas se refieren exclusivamente a ello, aunque luego en el Suplico lo que se pide es el dictado de una Sentencia por la que se revoque la de instancia en el sentido de desestimar íntegramente la demanda, con imposición de costas a la contraria. Pues bien, por lo que se refiere a los pronunciamientos relativos cláusula de interés de demora, como esta Sala comparte los razonamientos de la Sentencia de instancia que abocan a la declaración de nulidad de la cláusula, y se ignora, porque nada se expone al respecto, cuáles sean las razones que pueda tener la entidad demandada para

discrepar de lo resuelto en la instancia, hemos de estar a los pronunciamientos de la Sentencia sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo por parte de este Tribunal, y esto impide claramente ya per se estimar el suplico del recurso tal y como se deduce puesto que la demanda, cuando menos, y sin perjuicio de lo que podamos razonar y resolver al analizar los motivos de apelación, cuando menos es estimada en parte, lo cual significa que la Sentencia de instancia no puede ser íntegramente revocada como se pide, puesto que la demanda cuando menos resulta estimada en parte, sin que la cuestión, de meridiana claridad, merezca de mayores consideraciones.

No alcanza la Sala a colegir si la entidad crediticia recurre la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos, puesto que tampoco alega nada al respecto, pero a la vista del Suplico del recurso, y a fin de que no se pueda tildar a esta Resolución de incongruente o de estar falta de motivación, analizamos la decisión del Juez a quo, pudiéndose adelantar ya que la compartimos, y confirmamos por las consideraciones que pasamos a exponer.

En efecto, la cuestión relativa a la validez de la cláusula de gastos fue cuestión 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 muchas más 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 el Juez a quo en la Sentencia recurrida, a cuyas consideraciones hemos de remitirnos a fin de evitar reiteraciones innecesarias, acogiénolas en esta Resolución, más cuando la entidad recurrente no aduce argumento alguno en el recurso para desvirtuar los razonamientos de la Sentencia, cuestión distinta, 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, expresó 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 como antes adelantábamos,

controvertida en esta alzada, y seguidamente, a la vista del Suplico del recurso, 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 27 de enero de 2021, es decir, tras haber sido dictada la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, Sentencia la del Alto Tribunal que aglutina ya toda la doctrina del Tribunal Supremo 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 las cláusulas de gastos condena a la entidad demandada a restituir a la parte actora 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 en este particular.

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, igualmente hemos de confirmar la Sentencia de instancia, y en este punto, consecuentemente, también desestimamos el recurso, en el que por cierto la entidad recurrente, pese a suplicar la revocación íntegra de la Sentencia en cuanto a la restitución de ambos 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, ambas, 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 las fechas de las escrituras a las 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 a la postre son favorables al Banco, y los actores no han apelado ni impugnado dicha Resolución, en definitiva hemos de estar a lo decidido en dicha Resolución, pues de revocarla para acomodarla a la doctrina del Tribunal Supremo respecto de ambos gastos, conculcaríamos el principio que impera en nuestro ordenamiento procesal civil en virtud del cual está prohibida la reformatio in peius, razones las expuestas que abocan a confirmar la Sentencia en cuanto a los pronunciamientos examinados.

CUARTO.- En la Sentencia recurrida, el Juez a quo, al considerar estimada la demanda, en aplicación del artículo 394.1 de la L.E.C y del principio de indemnidad del consumidor, 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 26 de septiembre de 2023, 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 las cláusulas relativas a los gastos insertas en ambas escritura, 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 otras muchas Resoluciones posteriores.

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 las cláusulas de imposición de gastos y tributos al prestatario, cláusulas que se declaran nulas por abusivas, limitándose en relación con las cláusulas 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 demandada, atribución que se confirma en esta alzada, por lo que la estimación de la demanda, ha de ser considerada cuando menos como sustancial, lo que en materia de costas, de conformidad con la jurisprudencia en la materia, equivale a estimación total y ello lleva a la aplicación del criterio del vencimiento objetivo que como regla general consagra el artículo 394.1 de la L.E.C; el fundamento no radica tanto en la trascendencia económica de aquello que ha sido excluido por efecto derivado de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos, sino en su accesoriedad e ineficacia de las mismas, 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.

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.

QUINTO.- Desestimado el recurso de apelación, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1, ambos de la L.E.C, las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la entidad apelante.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal ING BANK NV, frente a la Sentencia de fecha 7 de mayo de 2019, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N.º 18 Bis de Málaga, en los autos de Juicio Ordinario Número 1.205/2017, a que este Rollo de Apelación se refiere, y en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha Resolución; e imponemos, a la entidad apelante, 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 dimanar, 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/