ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 20 DE MALAGA

Tlf. NEG 1-5-8: 662490929; NEG 2-3: 662490939; NEG 4: 662490927; Tlf.: NEG 6: 662490964; NEG 7-9: 662491047 .
---PRIMERA INSTANCIA 20BIS: NA/RL: 677981701 ML/MD: 677981706 ---
Fax: 951915439. Tel.:
N.I.G.: [redacted]
Procedimiento: Procedimiento Ordinario [redacted]2019. Negociado: NA
Sobre: Condic. generales contrato financ. garantía real inmob. prestatario pers. física
De: [redacted]
Procurador/a: Sr/a. MARIA TERESA DIAZ JIMENEZ
Letrado: Sr/a. ROBERTO CANELLES PEREZ
Contra: BBVA
Procurador/a: Sr/a. GEMMA DONDERIS DE SALAZAR
Letrado: Sr/a. DANIEL BARRIOS CARRILLO

S E N T E N C I A Nº [redacted]2023

En Málaga, a 13 de febrero de 2023.

D. MARÍA JOSEFA LARIO PARRA, Magistrado-juez Sustituto del Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Málaga, ha visto los autos de JUICIO ORDINARIO Nº[redacted]2019, sobre condiciones generales de la contratación, en los que ha sido parte demandante, Doña [redacted] representado/s por el/la procurador/a, D. MARÍA TERESA DÍAZ JIMÉNEZ, y defendida por el/la abogado/a, D. Roberto Canelles Pérez, y parte demandada, la entidad BBVA, S.A., representada por el/la procurador/a, D. GEMMA DONDERIS DE SALAZAR y defendida por el letrado D. SAMUEL TRONCHONI RAMOS.
.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tras el oportuno turno de reparto, correspondió a este Juzgado el conocimiento de la demanda de juicio ordinario seguido entras las citadas partes, en la que la parte demandante, tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que consideraba de aplicación, interesaba se dictara sentencia estimatoria de su demanda conforme al suplico de la misma.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada por el plazo de 20 días, y verificado, ésta ha presentado escrito en el que se allana a parte de las pretensiones de la demanda, oponiéndose al resto, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraba de aplicación por su parte, terminando por suplicar se dictara sentencia desestimatoria respecto de aquellas pretensiones a las que no se había allanado.

TERCERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales, con la asistencia de todas las partes, se celebró la correspondiente audiencia previa del juicio ordinario, en

Es copia auténtica de documento electrónico

la fecha señalada para ello, en la cual, no siendo posible llegar a un acuerdo, tras resolverse las cuestiones procesales planteadas en su caso, fijarse los hechos controvertidos, y proponerse y admitirse las pruebas pertinentes, siendo la prueba documental ya presentada, la única admitida, los autos se declararon vistos para dictar la presente sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado todas las prescripciones legales establecidas para el juicio ordinario en los artículos 399 y ss. LEC, y demás de general y pertinente aplicación a este caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PRETENSIONES DE LAS PARTES.

La parte demandante solicita en el presente juicio:

1.) Que se declare la nulidad de la cláusula financiera quinta de gastos de la escritura de 23 de febrero de 2012, formalizada entre las partes ante el Notario D. Rafael Requena Cabo, la Escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO con Nº de protocolo 744.

2.) Que se declare el derecho del demandante a ser resarcido en la cantidad que la entidad demandada le ha cobrado en concepto de gastos de dicho préstamo hipotecario consistente en aranceles de notaria, gastos de registro de la propiedad, gastos de gestión, y tasación de la escritura mencionada, siendo el importe total de dichos gastos de 1.117,27 euros, correspondiendo los mismos al 100% de gastos de Registro (285,57 euros) y gestoría (395,30 euros) y al 50% de gastos de Notaría (436,40 euros).

3.) Que se declare la nulidad de la cláusula financiera sexta de intereses de demora de la escritura de 23 de febrero de 2012, formalizada entre las partes ante el Notario D. Rafael Requena Cabo, la Escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO con Nº de protocolo 744.

4) Que se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento y los intereses legales correspondientes desde el pago de los referidos gastos.

5.) Manifiesta el actor en la audiencia previa que la suma efectivamente reclamada asciende a 1.117,27 **euros**, pese a que a los estrictos efectos del art. 255 L.E.C. el procedimiento haya sido tramitado como de cuantía indeterminada.

Por su parte, en el escrito de contestación a la demanda, y en el acto de la audiencia previa la entidad financiera solicita los siguiente:

1.) se allana parcialmente a los siguientes extremos:

A .- Se allana a la petición de declaración de nulidad de la cláusula sexta de intereses de demora y quinta de gastos de la escritura de 23 de febrero de 2012, formalizada entre las partes ante el Notario D. Rafael Requena Cabo, la Escritura de

Es copia auténtica de documento electrónico

PRÉSTAMO HIPOTECARIO con Nº de protocolo 744.

B .- A la petición de restituir a la parte actora los siguientes conceptos reclamados por la nulidad de dicha cláusula: 50% de notaría y gestión y 100% de Registro de la propiedad en la suma total de 919,62€ (Notaría (50%): 436,40€, Registro de la Propiedad (100%): 285,57€ y Gestoría (50%): 197,65€), manifestando que dichas cantidades ya se han abonado más los correspondientes intereses.

2.) Se opone a la petición de restitución de la cantidad del 50% de los gastos de gestoría: 197,65€, así como que impugna la cuantía considerando que debe ser determinada.

La cuantía quedó fijada en el acto de la audiencia previa en la suma de 1.117,27 euros.

SEGUNDO. ALLANAMIENTO PARCIAL A LA DEMANDA.

Como ya se ha señalado en el fundamento anterior, la parte demandada, en su escrito de contestación a la demanda, se ha allanado parcialmente a la pretensión de nulidad ejercitada respecto de la/s cláusula/s de atribución de gastos al prestatario, así como a la mayor parte de las consecuencias inherentes a tal declaración de nulidad, incluida la devolución, en concepto de cantidades cobradas por aplicación de dicha/s cláusula/s, aunque sí se ha opuesto a la petición de restitución del 50% de gastos de gestoría reclamados por la actora, cuestión/es que se abordará/n en el correspondiente fundamento de derecho.

Conforme a lo establecido en el art. 21.2 LEC, habiéndose allanado parcialmente la parte demandada a esta/s pretensión/es de la parte actora, no apreciándose fraude de ley, renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, sin necesidad de mayores consideraciones, es procedente estimar íntegramente la/s pretensión/es objeto del allanamiento, en los términos solicitados en la demanda y conforme al allanamiento llevado a cabo, tal y como quedó o quedaron concretada/s en el acto de la audiencia previa, con los demás efectos legales que se derivan de la nulidad de la/s cláusula/s en cuestión, los cuales deben acordarse, incluso de oficio, en este ámbito de los consumidores en el que nos encontramos y conforme al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

TERCERO.- HECHOS CONTROVERTIDOS DEL JUICIO.

La cuestión discutida en el presente juicio, se reduce unicamente a la petición de restitución del 50% de gastos de gestoría reclamado por la actora. Cuestión que pasamos a analizar.

Cláusula de atribución al prestatario de todos los gastos inherentes a la formalización del contrato.

Es copia auténtica de documento electrónico

Sobre esta cuestión, la S.T.S. nº 705/2015, de 23 de diciembre, con cita del artículo 89.3 RDLeg. 1/2007, entiende abusivas, en todo caso, "… la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables …" (numero 2º), como "… la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario …" (numero 3º). Partiendo de dicha base, la S.T.S. nº 148/2018, de 15 de marzo, también declara abusiva en la misma línea que la jurisprudencia anterior una cláusula que atribuye indiscriminadamente al consumidor todos los gastos asociados a un contrato en el que ambas partes ostentan intereses sin que en ella se haga una distribución adecuada en atención a las obligaciones y, en su defecto, los indicados intereses que afectan a cada una de las partes.

Partiendo de los indicados preceptos, la Sentencia citada analiza, previamente a abordar la formulación genérica de la cláusula de atribución de gastos en términos de abusividad, qué conceptos se asocian a obligaciones o intereses de una u otra parte o, incluso, cuáles son de común afectación, lo cual reviste una indudable relevancia en orden a las consecuencias de la abusividad que aprecia (pues no todos los conceptos pueden ser restituibles al prestatario). Pero, tras estas reflexiones, la Sentencia concluye sin duda que "... la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponibles. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario ...". Es decir, redactada del modo en que se somete a la consideración del Tribunal Supremo, entiende que la cláusula es abusiva -reiterando aquí las consideraciones de la S.T.S. nº 705/2015, de 23 de diciembre, que reproducimos- porque "... no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria 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 (art. 89.2 TRLGCU) ...". Por tanto, a juicio de quien suscribe, hasta este punto del razonamiento el Tribunal Supremo se limita a considerar abusiva y, por ende, nula (sin que pueda ser sin más extensivo al siguiente eslabón del argumento, esto es, a las consecuencias restitutorias de la nulidad declarada) toda cláusula que impone sin distinción los gastos de la operación de préstamo hipotecario al consumidor e ignora deliberadamente que, con arreglo a las normas legales y reglamentarias, una distribución equitativa de tales cargas sería posible y deseable.

Ello es lo que acontece en nuestro caso: la atribución indiscriminada al consumidor de todos los gastos, servicios y tributos asociados a la operación, sin consideración a

Es copia auténtica de documento electrónico

cuáles corresponden o no por norma imperativa al empresario o, en su defecto, a una mínima noción de equidad, no puede ser sino producto de una absoluta falta de negociación individual y de reciprocidad contractual, consecuencia proscrita por los arts. 80 y 89 del RDLeg. 1/2007 y, por ello, en la medida en que ha sido producto, no de la voluntad libremente formada del consumidor, sino de la imposición derivada de la distinta posición entre prestamista y banco, que además impone la cláusula como condición general (lo cual abunda aún más en la ausencia de negociación real), debe ser declarada abusiva, estimando con ello la petición de nulidad formulada.

Cuestión distinta, continúa la S.T.S. nº 148/2018, de 15 de marzo, es que "... una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad ..." en razonamiento extensible al resto de los gastos atribuidos en exclusiva al prestatario. En este aspecto, como ya se ha anunciado antes, el Tribunal Supremo guarda buen cuidado en recordar (pues sus reflexiones en la S.T.S. de 23 de diciembre de 2015 cuando razonaba, por ejemplo, sobre el ITP y AJD se referían a la estricta declaración de nulidad de la cláusula), que tales consecuencias deben extraerse caso por caso: insiste en que la previa S.T.S. de 23 de diciembre de 2015 "… no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación …", probablemente respondiendo a las muchas críticas que recibió dicha sentencia desde el campo administrativista cuando, apresuradamente, se entendió que el Alto Tribunal se había pronunciado sobre quién debía soportar el impuesto cuando, en realidad, "… en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponibles también diferentes …". Ello así, y tras reconocer dicha sentencia con mero carácter prejudicial (art. 42 L.E.C.) que la legislación tributaria en armonía con la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo atribuye el pago del impuesto al prestatario, despejando la incógnita a propósito de este concepto, y tras repentinos y posteriores giros jurisprudenciales representados, primero, por -entre otras- las Ss.T.S. (Sala III) nº 1505 y 1523/2018, de 16 y 22 de octubre (cuyo efecto fue atribuir el pago de los gastos a la prestamista), y más tarde, por las Ss.T.S. (Sala III) nos. 1569, 1570 y 1571/2018, de 27 de noviembre (que vuelven al criterio anterior, declarando que el sujeto pasivo IAJD cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de préstamo hipotecario es el prestatario al amparo del art. 29 del RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre y, sin que sea de aplicación a este supuesto la reforma del citado precepto por obra del Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, que claramente deja establecido que la atribución al prestamista que establece es aplicable únicamente a los hechos imponibles que "... se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma..."), debemos insistir -otra vez- en que, despejada la incógnita respecto del impuesto (salvo en lo referido a la expedición de copias al

Es copia auténtica de documento electrónico

prestamista, y si se prueba el gasto), la S.T.S. (Sala I) de 15 de marzo de 2018 no se pronuncia respecto de los restantes gastos de la operación (aranceles de notaría y Registro, gestoría, tasación, etc.) de donde la única norma que puede extraerse sigue siendo -a entender de quien suscribe- la de restablecer una situación que permita una distribución equitativa de las cargas que haga honor al común interés de las partes al contratar, lo cual deberá ser objeto de resolución por los Tribunales. Y, a día de hoy, quien suscribe no conoce más criterio de distribución equitativa que el reparto igualitario, moderado en beneficio de ambas partes (es decir, por mitad) de todos los gastos asociados a la operación que por norma vinculante no estén expresamente atribuidos a la entidad bancaria. Efectivamente, en el ámbito de esta provincia sólo podemos citar (salvo error u omisión) la Sentencia nº 237/2017, de 17 de abril, de la Sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, que no se pronuncia sobre la cuestión pues confirma una sentencia de instancia que resuelve en exclusiva sobre la nulidad de la cláusula sin pronunciarse sobre sus consecuencias al amparo del art. 1303 C.c. Y, respecto de lo resuelto en otras provincias, prima la consideración -a juicio de quien suscribe algo voluntarista- de que sólo el prestamista tiene interés en la inscripción de la garantía lo que supone olvidar que la hipoteca es sólo parte de un conjunto (el crédito hipotecario) en el que ambos contratantes ostentan igual interés; así -literalmente- lo afirma el Tribunal Supremo (S. 23/12/2015) cuando, tras reconocer que si bien el principal interesado en la documentación e inscripción de la hipoteca es el prestamista (pues obtiene así un título ejecutivo), a continuación insiste en que la atribución indiscriminada de tales gastos al prestatario olvida una "mínima reciprocidad", destacando asimismo que "… el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca ..." por lo que finalmente aboga, en "aplicación de la normativa reglamentaria" por una "distribución equitativa". Y una distribución equitativa (es decir, moderada en beneficio de ambas partes de un contrato -vid. DRAE, equidad, acepción 4ª-) es aquélla que hace recaer las cargas por igual sobre ambos contratantes ("mínima reciprocidad"). Y ese principio de distribución equitativa ha sido objeto de posterior precisión en Ss.T.S. nos. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero que, en atención a la interpretación de los aranceles de Registro y de Notaría, alcanzan la conclusión (por razones que no es necesario reproducir aquí al estarlo debidamente en dichas sentencias) de que (i) los gastos de constitución registral de la carga corresponden a la entidad bancaria, los de cancelación al cliente, (ii) los gastos notariales son de común interés de los contratantes por lo que procede su distribución al 50%, incluyendo los del otorgamiento de sucesivas escrituras de ampliación o novación salvo la escritura de cancelación cuyo interés es exclusivo del cliente, (iii) respecto de los gastos de gestoría, al no constituir una intervención necesaria sino que, por el contrario, se trata de la contratación de servicios profesionales que facilitan la ejecución de trámites de interés común, asimismo se distribuye por mitad entre ambos contratantes; (iv) finalmente, sin perjuicio de que las indicadas sentencias no se pronuncian sobre el particular, respecto de los gastos de tasación del inmueble, la Sentencias nº 153 y 701/2019, de 19 de febrero y 19 de julio, respectivamente, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, distingue a propósito de la figura del beneficiado por dicho gasto según que la escritura se haya otorgado antes o después del 15 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo: antes de dicha norma, la tasación tenía por objeto exclusivamente la inscripción de las cláusulas de ejecución especial de la hipoteca (por

Es copia auténtica de documento electrónico

tanto, se trataba de una previsión de exclusivo interés de banco). Con posterioridad, sin embargo, se introducen en materia de tasación determinadas modificaciones que tienen por fin evitar el malbaratamiento del bien en sede ejecutiva y que, en suma, protegen al consumidor en la medida en que estabiliza -al establecer porcentajes de adjudicación- el valor del bien a efectos de ejecución del bien dado en garantía, de donde se colige que la cláusula redunda en interés de ambas partes. Así, según que la escritura haya sido otorgada antes o desde el 15 de mayo de 2013 en adelante, los gastos de tasación serán repercutibles al 100% a la entidad o a ambas partes por igual.

Conviene recordar, finalmente, que la S.T.S. nº 725/2018, de 19 de diciembre, al tratar de las consecuencias de la nulidad que nos ocupa, trata de enhebrar la obligación judicial de resolver conforme al mandato legal de expulsión de la cláusula nula como si nunca hubiera existido en las reglas de nuestro sistema civil ordinario que pueden condicionar el resultado de una distribución equitativa de los gastos entre ambos contratantes Expresa, en este sentido, el Tribunal Supremo su inquietud por mantener la lógica del sistema dado que los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13 (norma que esta Sentencia reconoce equivalente a las disposiciones nacionales de orden público -pues se sobrepone a las mismas disposiciones nacionales-, al igual que los restantes preceptos de la Directiva "... indispensables para la realización del objetivo pretendidos por el precepto ...", entre tales objetivos aquél conforme cual "... no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional ...") no son exactamente reconducibles al art. 1303 C.c. "... en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), 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 ..." y ello debido a que aquel precepto contempla la restitución de prestaciones recíprocas lo que, afirma, no es el caso. Entiende, más bien, que la reparación de los efectos de la nulidad de la cláusula conducen a una "... situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido ...". Destaca igualmente las "... similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 C.c., en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía ..." de donde, a efectos de la determinación de la obligación de la entidad bancaria de abonar intereses por la suma en la que se enriqueció injustamente a consecuencia del indebido pago por su cuenta impuesto al consumidor ("... 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

Es copia auténtica de documento electrónico

éste, sino que se pagó a terceros ..."), deduce, en aplicación de la jurisprudencia consolidada relativa a las instituciones mencionadas, que "... 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) ...".

Las conclusiones que pueden extraerse de las resoluciones citadas deben ser objeto de ciertas revisiones a la luz de la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), que recuerda que el Derecho de a Unión Europea debe producir un efecto disuasorio para el profesional respecto del uso de cláusulas eventualmente abusivas, efecto disuasorio que los Juzgados deben promover decididamente; tal disuasión no tendría lugar si el profesional pudiera prever simplemente que, ante una eventual declaración de nulidad, sus efectos se limitaran a aplicar una solución equitativa o de compromiso de modo que en el peor caso se pudiera exponer a la reconducción del contrato a los márgenes de justa reciprocidad y equilibrio que abandonó por razón de la cláusula abusiva impuesta; en este sentido, el juez nacional debe tratar la cláusula sin más como si no hubiera existido de modo que ello, en materia de gastos, conduce a estimar que el consumidor debe ser restituido de todas aquellas sumas que pagó como consecuencia de su aplicación salvo aquéllas cuyo pago le impongan estrictamente las normas nacionales de aplicación; ello significa, de entrada, que el TJUE considera contraria a la cláusula de no vinculación prevista en el art. 6 de la Directiva 93/13 cualquier distribución equitativa de los gastos carente de sustento legal expreso. En consecuencia, en materia de arancel de Registro (norma 8ª del Anexo II del Real Decreto nº 1427/1989, de 17 de noviembre), la solución, conforme indica la S.T.S. nº 457/2020, de 24 de julio, debe ser la misma que la adoptada hasta ahora al atribuir dicha norma el pago del arancel a la entidad bancaria a favor de la cual se inscribe la hipoteca; en materia de aranceles de Notarios (norma 6ª del Anexo II del Real Decreto nº 1426/1989, conforme al cual la obligación de pago de los derechos corresponde a quienes hubieran requerido la prestación de funciones o los servicios del notario o, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales) es obvio que son ambos, prestatario y prestamista, quienes, interesados por igual en obtener y conceder crédito, requieren la intervención notarial (esta conclusión se alcanza sin necesidad de interpretar ni integrar, resulta claramente de la citada norma). Los gastos de gestoría y tasación, sin embargo, carecen de norma expresa determinante del obligado al pago y, por ello, con independencia de que una solución equitativa hubiese sido en el momento de la celebración del contrato aceptable por no abusiva, por equilibrada, hoy día, apreciada la nulidad de la cláusula, deben ser restituidos en su integridad al consumidor, en criterio confirmado respecto de los gastos de gestoría por S.T.S. nº 555/2020, de 26 de octubre, y en cuanto a los gastos de tasación por la S.T.S. 35/2021, de 27 de enero. Y, naturalmente, tras lo desarrollado en párrafos anteriores, es obvio que la cuota del IAJD corresponde al consumidor como sujeto pasivo expresamente designado por la norma, como igualmente recuerda a mencionada S.T.S. nº 457/2020, de 24 de julio.

En definitiva, declarada la nulidad y a efectos de decidir sobre sus consecuencias, habrá de examinarse la concreta naturaleza del concepto cuya restitución se pretende. Y, así, respecto de los gastos distintos de los tributos, el arancel de Registro y de gestoría

Es copia auténtica de documento electrónico

debe ser atribuido al 100% al prestamista, los notariales distribuidos al 50% entre ambas partes, y los gastos de tasación impuestos al 100% a la demandada, sin que haya lugar a moderación o distribución equitativa alguna.

En el presente caso, conviene señalar, en primer lugar, que la actora en el escrito de demanda no cuantifica la cantidad reclamada, limitándose a manifestar la totalidad de los gastos abonados y a pedir la cantidad que corresponda según la doctrina jurisprudencial del momento, es posteriormente tras el requerimiento efectuado por el juzgado cuando presenta la correspondiente liquidación, mediante escrito de fecha 22.09.22. Por otra parte la pretensión de condena ejercitada mediante dicho escrito, en los términos ya expuestos, es **admitida, y** ello, no sólo porque la cuestionada adición, corrección, petición accesoria, complemento, ampliación no sustancial, o como quiera llamarse, se encuentra expresamente prevista, en el ámbito del juicio ordinario, en el **art. 426.3 LEC**, siempre que ello no impida a la demandada ejercitar su **derecho de defensa**. Sino, sobre todo, en aplicación del principio de **efectividad** del Derecho de la Unión Europea, y a fin de ejercer el llamado efecto disuasorio en la utilización de cláusulas abusivas por parte de los empresarios, en contratos celebrados con consumidores. En efecto, por dichas razones, como ha declarado reiteradamente el TJUE, la obligación del juez de pronunciarse, incluso de oficio, sobre la existencia de tales cláusulas y todas sus consecuencias económicas y jurídicas, permite atemperar las clásicas **rigideces** del **proceso**, pudiendo acordarse, también de oficio, la práctica de prueba a tal fin, o incluso, aunque el fallo de la sentencia tampoco se ajuste exactamente al suplico de la demanda, y todo ello con la única limitación de que todas las partes hayan tenido siempre, la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la decisión, de modo que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a **procedimiento** o **plazos**, con ese límite de salvaguardar los **principios** de **audiencia y contradicción** de todas las partes. Y tales principios y el derecho de defensa fueron respetados en el presente caso, pues, como ya he mencionado, en la audiencia previa se dio a la parte demandada la oportunidad de contestar sobre la/s pretensión/es, y la entidad, tras oponerse a la procedencia de la devolución de las cantidades solicitadas, tampoco consideró necesaria la suspensión para formular más alegaciones, es más desde que se presentó el escrito (22.09.22) hasta la celebración de la audiencia previa (14.11.22) la demandada no realizó alegación alguna al respecto.

En consecuencia, incluyendo la totalidad de los gastos reclamados en esta demanda referidos a la escritura de préstamo hipotecario de 23.02.12, la suma a devolver asciende a **1.117,27 euros**. A su pago se condena a la demandada incrementada en la que resulte de aplicarle el interés legal desde la fecha en la que el actor realizó cada pago indebido en beneficio de la demandada, sin perjuicio del art. 576 L.E.C. desde la fecha de esta sentencia.

CUARTO.- Efectos genéricos de esta sentencia respecto de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas que preceden.

El art. 1303 C.c., en cuanto a los efectos de esta sentencia, debe ser puesto en relación con los arts. 247 y 400.2 L.E.C. Así, si "... declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del

Es copia auténtica de documento electrónico

contrato y el precio con sus intereses ...", ello debe conducir a que la sentencia que acoja dicha pretensión de nulidad debe pronunciarse sobre todas las consecuencias existentes a la fecha en que se dictó, esclareciendo definitivamente la situación jurídica derivada de la declaración lo que, además, responde a una consideración elemental de seguridad jurídica, piedra basal de nuestra Constitución (art. 9.3). Así, una adecuada interpretación del art. 1303 C.c. conduce a entender que la declaración de nulidad y la fijación de sus efectos son producto del ejercicio de una sola acción, inescindible (declarada la nulidad los contratantes deben …) que debe dar lugar en el momento de la declaración al esclarecimiento definitivo de las consecuencias del negocio nulo. Con la Sentencia nº 191/2018, de 26 de marzo, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya (ponente Ilmo. Sr. Rodríguez Achútegui),

"... 48. La demanda pretendía en el apartado I del "suplico" (rectius petición como la denomina el art. 399.5 LEC) la declaración de nulidad de la cláusula quinta del préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes. En el apartado II se reclamaba que, en consecuencia, se condenara a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y abonar las cantidades que se pagaron como consecuencia de la aplicación de la cláusula previamente declarada nula. Para fundamentarlo no distingue entre ambas peticiones, sino que justifica la abusividad de la cláusula quinta del préstamo, y entiende que la consecuencia que acarrea la nulidad es el pago de las cantidades que hubieron de atenderse en aplicación de esa cláusula abusiva, y por tanto, nula. Si no hay nulidad no hay condena a cantidad, de modo que no se trata de dos acciones acumuladas, ni siquiera de forma subsidiaria. La reclamación de cantidad es tan solo la consecuencia de la nulidad pretendida, que es el objeto esencial del litigio […] 49.- Hay que insistir que siendo esos los términos de la causa petendi y petitum del consumidor demandante, no hay dos acciones, sino una sola. Lo que pretende el demandante es la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula que contiene el préstamo con garantía hipotecaria. Ello supone, como consecuencia incluso apreciable de oficio (STS 26 julio 2000, rec. 2925/1995 y 12 julio 2006, rec. 3639/1999), que se han de pagar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión ...".

Sobre ese carácter inescindible de la acción de nulidad y sus efectos igualmente ha reflexionado la Sentencia nº 473/2021, de 27 de abril, de la S. 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en los siguientes términos: "... declarada la nulidad de la cláusula denominada gastos por su atribución genérica los efectos de la misma deberán producirse sí o si con referencia ex tunc y por lo tanto no será necesario, a menos que no se cumpla por parte de la entidad demandada, reclamar por ante los juzgados la eficacia de la misma ...".

Esa labor de determinación definitiva de las consecuencias no sólo (i) exige de la parte actora la fijación de una vez y para siempre de las consecuencias de la cláusula cuya nulidad pretende (por imperativo del art. 400.2 L.E.C., que no obliga según jurisprudencia del Tribunal Supremo a acumular a una demanda todas las acciones de que disponga la parte sino todas las razones, argumentos o títulos jurídicos que fundamenten la pretensión de nulidad de una cláusula determinada, en suma, todas las causas de pedir correspondientes a una misma pretensión, S.T.S. nº 664/2017, de 13 de

Es copia auténtica de documento electrónico

diciembre, y las que cita, lo cual además constituye una manifestación básica del principio de buena fe procesal -art. 247 L.E.C.) sino que, además, (ii) impone la asistencia activa del tribunal al consumidor en el esclarecimiento de todas esas consecuencias con objeto de evitar la prolongación de los efectos de una cláusula abusiva (S.T.S. nº 558/2017, de 16 de octubre, fundamento VI §4) con el solo límite de la preservación del derecho de contradicción de todas las partes (STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11).

De todo ello se colige que, declarada la nulidad de las cláusulas que se citan en esta sentencia y habiendo expresado la parte actora -en uso de sus facultades de petición, alegación y prueba- las consecuencias anudadas a las cláusulas que impugna para lo cual por añadidura ha podido contar con la asistencia de este Juzgado en la detección de cláusulas eventualmente nulas y en la reparación efectiva de sus consecuencias, esta sentencia agota las consecuencias económicas anudadas a las cláusulas examinadas (no a otras distintas, incluso incluidas en la misma escritura), por lo que procede declarar -con efecto de cosa juzgada, firme esta sentencia- que no se han producido gastos, cargas ni, en general, otras consecuencias derivadas de las cláusulas examinadas que las efectivamente contempladas en el fallo, agotando con ello las consecuencias del pronunciamiento declarativo de nulidad, conforme a las Ss.T.S. nos. 102/2015, de 10 de marzo, y 734/2016, de 20 de diciembre, conforme a las cuales, "... es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez ...".

QUINTO.- INTERESES.

La suma o sumas a devolver se incrementarán con los intereses legales del dinero devengados desde la fecha de cada uno de los pagos, no sólo conforme a la presunción de productividad del capital, y la interdicción del enriquecimiento sin causa, sino porque, como ha declarado también la jurisprudencia, resulta de aplicación analógica lo dispuesto en el art. 1.896 CC en relación al cobro de lo indebido, cuando dispone que “el que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere”, considerándose que la calificación de la cláusula como abusiva, en cuanto fue impuesta sin negociación alguna por la entidad financiera, en contra de lo que establecían las normas imperativas de aplicación en cada caso, es equiparable a la mala fe del predisponente. En conclusión, en estos casos, conforme al citado art. 1.896 CC, deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se benefició del pago indebido, considerándose que esta regla del art. 1.896 CC excluye, “por su especialidad e incompatibilidad”, la regla general de los arts. 1.101 y 1.108 CC, no considerándose pues que, en este caso, nos encontramos propiamente ante los intereses moratorios del art 1.108 CC.

Señalar que, aun cuando ni siquiera se hubiera solicitado expresamente en la demanda, por aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, el juez, incluso de oficio, debe acordar que, conforme a los principios restitución íntegra

Es copia auténtica de documento electrónico

de las prestaciones, la máxima protección que debe dispensarse a los consumidores, y la interdicción del enriquecimiento sin causa y el cobro de lo indebido, las sumas a devolver se incrementarán con los intereses legales del dinero devengados desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la presente sentencia.

Además, conforme a lo dispuesto en el art. 576 LEC, las cantidades en cuestión devengarán los intereses procesales desde la fecha de la presente sentencia.

SEXTO.- COSTAS DEL PROCESO.

En materia de costas, el art. 394 LEC establece el principio del vencimiento: "1. ...Las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. 2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad".

En el presente caso, no apreciándose dudas de hecho o de derecho en este caso, a la vista de la jurisprudencia reiterada existente en supuestos de la misma clase, y a fin de reforzar la protección del consumidor y la eficacia del Derecho de la Unión Europea, la estimación íntegra de la demanda comporta la imposición de las costas procesales a la parte demandada.

No varía esta consideración el hecho de que, antes de la contestación a la demanda, el banco se haya allanado parcialmente a la demanda; y ello porque, conforme a lo dispuesto en el art. 395.1 LEC, consta que, con carácter previo a la presentación de la demanda, por el consumidor ya se formuló reclamación extrajudicial a la entidad financiera respecto de la pretensión objeto del allanamiento, por lo que, siendo válido y fehaciente dicho requerimiento previo (acreditado con el documento número 3 de la demanda, fechado el día 30.06.19), no accediendo el banco a la reclamación, y no llevando a cabo ningún cálculo ni ofrecimiento previo de acuerdo, ni siquiera respecto del importe al que ahora se ha allanado, obligando con ello al consumidor a la presentación de la demanda judicial. Al tiempo del requerimiento, ya dictada la STS nº 705/2015, de 23-12-15, era sobradamente conocida la jurisprudencia, inmensamente mayoritaria, en el sentido de considerar abusivas las cláusulas que atribuían al consumidor, indiscriminadamente y sin matices, el pago de todos los gastos del préstamo hipotecario. Por todo ello, atendiendo, por un lado, al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, que exige se mantenga el efecto disuasorio en la utilización de cláusulas abusivas por parte de empresarios y profesionales, y se otorgue al consumidor la máxima protección para que quede indemne de la aplicación de estas cláusulas; y por otro lado, a fin de evitar el que se ha dado en llamar efecto disuasorio inverso, que, en lugar de disuadir a los empresarios y profesionales de la utilización de estas cláusulas abusivas, desanimaría a los consumidores a promover la declaración de su abusividad si tuvieran que pagar los honorarios y derechos de su abogado y procurador; se considera deben imponerse las costas a la parte demandada, considerando válido el requerimiento llevado a cabo por el

Es copia auténtica de documento electrónico

consumidor, aun cuando el mismo no incluyera expresamente la nulidad de la cláusulas impugnadas, deduciéndose la mala fe del demandado de la negativa del banco, tras el requerimiento, a llegar a cualquier acuerdo con el prestatario sobre la cláusula de gastos, ni ofreciéndole cantidad alguna, ni siquiera a la que ahora se ha allanado, obligándole con ello a acudir a la vía judicial. Por todo ello, las costas de este juicio se impondrían a la parte demandada, deduciéndose la mala fe del banco de su negativa a llegar a cualquier acuerdo con la prestataria, defendiendo en su respuesta la validez de la/s cláusula/s declarada/s nula/s y que todos los gastos correspondían al consumidor, obligándole con ello a acudir a la vía judicial.

SÉPTIMO.- CUANTÍA DEL JUICIO.

Señalar para finalizar, aunque sea ahora a efectos meramente dialécticos (pues la determinación de la cuantía del juicio no es una cuestión que deba resolverse en sentencia), que solicita la demandada la determinación de la cuantía del procedimiento en oposición a lo manifestado por la demandante de señalar como indeterminada la cuantía del procedimiento, teniendo en cuenta las pretensiones finalmente deducidas en este juicio, la presente condena en costas no impediría que, en el momento en que fuera necesario tener en cuenta dicha cuantía del juicio (normalmente, en el momento de la práctica y/o impugnación de la tasación de costas), en su caso, pudiera considerarse de aplicación lo dispuesto en el art. 252.2ª LEC, para aquellos juicios en que, junto con la acción principal, se hayan pedido, accesoriamente, intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, como consecuencia directa e inmediata de la nulidad declarada; o si se prefiere, lo dispuesto en el art. 251.8ª LEC, para los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional.
En el presente caso, la cuantía quedó fijada en el acto de la audiencia previa en la suma de 1.117,27 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación a este caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, se decide:

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la DEMANDA formulada por la parte demandante, Doña [redacted] representado/s por el/la procurador/a, D. MARÍA TERESA DÍAZ JIMÉNEZ, contra la entidad BBVA, S.A., representada por el/la procurador/a, D. GEMMA DONDERIS DE SALAZAR, y en virtud de ello:

1.) Se declara la nulidad de la cláusula financiera quinta de la escritura de 23 de febrero de 2012, formalizada entre las partes ante el Notario D. Rafael Requena Cabo, la Escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO con Nº de protocolo 744, cláusula que se elimina y se tiene por no puesta, manteniéndose la vigencia del contrato sin aplicación

Es copia auténtica de documento electrónico

de la misma, y condenando a la entidad demandada al pago de **1.117,27 euros.**

2) Se declara la nulidad de la cláusula financiera sexta de intereses de demora de la escritura de 23 de febrero de 2012, formalizada entre las partes ante el Notario D. Rafael Requena Cabo, la Escritura de PRÉSTAMO HIPOTECARIO con Nº de protocolo 744, cláusula que se elimina y se tiene por no puesta, manteniéndose la vigencia del contrato sin aplicación de la misma.

3.) Se condena a la entidad demandada al pago del **interés legal** de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la/s cláusula/s anulada/s, desde la fecha en que se efectuó cada uno de los pagos por parte del consumidor, y hasta la fecha de esta sentencia; devengando, a su vez, dichas cantidades el interés de mora procesal establecido en el art. 576 LEC, desde la fecha de esta sentencia y hasta su completo pago.

4.) Se declara que, en relación con la/s cláusula/s relativa/s a la atribución de gastos a la parte prestataria objeto de este juicio, las consecuencias económicas de su aplicación entre las partes del préstamo hipotecario, quedan agotadas con las fijadas en la presente sentencia.

5.) Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas por razón del presente proceso.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y que contra ella puede interponerse recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Málaga, el cual, en su caso, deberá presentarse ante este mismo Juzgado, en el plazo de veinte días hábiles contados desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, con expresión de los pronunciamientos impugnados, y previa consignación por el recurrente de un depósito de 50 euros, que deberá ingresar en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, sin cuyos requisitos no se admitirá a trámite el recurso (arts. 448, 455, 458 y ss. LEC y DA 15ª LOPJ).

Quede certificación electrónica de esta sentencia en el programa de gestión procesal de este Juzgado, llévese otra certificación al correspondiente libro de sentencias de este Juzgado, y una vez firme, procédase al archivo del proceso, dando de baja el mismo en dicho programa de gestión procesal.

Así se juzga definitivamente este juicio en esta instancia, dictándose esta sentencia que pronuncio, mando y firmo.

Es copia auténtica de documento electrónico