

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
AVILA**

SENTENCIA: 00116/2020

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 116/2.020

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES.

PRESIDENTE EN FUNCIONES:

DON ANTONIO DUEÑAS CAMPO

MAGISTRADOS:

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

DOÑA MARÍA CARMEN DEL PESO CRESPOS

En la ciudad de Ávila a veintisiete del mes de febrero del año dos mil veinte.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO registrados con el número 335/2.018, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOS DE ÁVILA, RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 845/2.018, entre partes, de una como apelante D^a. X representados por el Procurador D. SERGIO FERNÁNDEZ-CIEZA MARCOS y dirigidos por el Letrado D.



JUAN LUIS PÉREZ GÓMEZ-MORAN y de otra como apelado la sociedad mercantil BANKINTER S.A., representado por la Procuradora D^a. X defendida por el Letrado D. X

Actúa como Ponente, el Ilma. Sra. DOÑA MARÍA CARMEN DEL PESO CRESPOS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOS DE ÁVILA se dictó sentencia de fecha once del mes de octubre del año dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva dice: "**FALLO:** Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Sergio Fernández-Cieza Marcos en nombre y representación de D. X y D^a X, contra la entidad mercantil BANKINTER, S.A., DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de línea de crédito con garantía hipotecaria identificada en la demanda en lo relativo a aquellos extremos referidos en el apartado 1 del suplico de la demanda; y asimismo DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a eliminar la referida condición general de la contratación en los aspectos indicados del contrato de préstamo hipotecario; y, en consecuencia, asimismo DEBO CONDENAR Y CONDENO a la referida entidad bancaria a reintegrar a la parte actora la suma correspondiente a todos los gastos satisfechos en concepto de honorarios del Registro de la Propiedad, a la mitad de los correspondientes a gastos de gestoría, y en cuanto a los gastos notariales la parte correspondiente y determinable conforme a las bases expresadas en el subapartado titulado "Arancel notarial" del Fundamento de Derecho Cuarto y en el apartado 1 del Fundamento de Derecho Quinto, más los intereses legales en los términos referidos en el apartado 2 del Fundamento de Derecho Quinto; sin pronunciamiento condenatorio en cuanto a costas a ninguna de las partes."



SEGUNDO.- Contra la mencionada resolución interpuso la parte actora o demandante D^a. X y X el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en los artículos 458 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni practicada prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. X y D. X se alzan contra la sentencia que vino a estimar parcialmente las pretensiones formuladas declarando la nulidad por abusividad de la cláusula sobre gastos del préstamo hipotecario concertado, pretensión a la cual la demandada BANKINTER SA se había opuesto, condenando a ésta a la eliminación de la condición general de la contratación declarada nula así como al reintegro a la parte actora de la suma correspondiente a todos los gastos satisfechos en concepto de honorarios de Registro de la Propiedad, a la mitad de los gastos de gestoría, y en cuanto a los gastos notariales la parte correspondiente y determinable conforme a las bases que se detallan en la resolución objeto de impugnación en su fundamento de derecho Cuarto y Quinto, junto con los intereses legales correspondientes y sin pronunciamiento condenatorio en costas a ninguna de las partes.

Los prestatarios actores identifican como fundamentos de la sentencia que recurren el relativo a la cuantía de la demanda y las costas procesales, Desarrollan ese motivo del siguiente modo: primero, en cuanto a la cuantía de la demanda, aducen error por parte del juez a la hora de fijar la cuantía del procedimiento como

determinada en atención a la acción principal de nulidad ejercitada,; segundo, en cuanto a las costas, precisa que únicamente se ejercita una acción de nulidad de condición general de la contratación que ha sido estimada, lo que, determina que la estimación deba entenderse total o sustancial, por lo que las costas de Primera Instancia corresponderían a la entidad financiera demandada.

SOBRE LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA- Se alza la recurrente contra el pronunciamiento de costas aduciendo que en la demanda se ejercitó acción de nulidad de condición general de la contratación, que dicha acción fue estimada, y, que, por tanto, procede imponer las costas a la parte demandada como consecuencia de la estimación total o sustancial de sus pretensiones.

Ha de prosperar habida cuenta que la estimación se considera como sustancial, ya que conforme a STS de 21 de Octubre de 2.003, "para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, 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 tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quién se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su derecho". En el presente caso, dado que la cláusula ha sido declarada nula, sin perjuicio de que algunos de los efectos de dicha declaración de nulidad no hayan sido los que pretende la parte recurrente, no puede sino considerarse que la estimación verificada es sustancial, con la consecuencia que ello depara en relación a la condena en costas de la primera instancia ex Art. 394 Lec.

A mayor abundamiento, se ha de traer a colación la doctrina establecida en, entre otras, dos STS de 4 de julio de 2.018, según las cuales: "Esta imposición de costas se apoya en el criterio jurisprudencial fijado por esta sala a partir de la sentencia de pleno 419/2017, de 4 de julio , que declaró que en los casos de estimación del recurso de casación por adaptación de la jurisprudencia a la doctrina del TJUE sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo , procedía la

imposición de las costas de las instancias conforme a los principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario (entre las más recientes, sentencias 3/2018, de 10 de enero , y 25/2018, de 17 de enero)“.

Item mas, aún más rotundamente, la sentencia del Pleno del TS de fecha 4 de julio de 2.017 sienta: “Esta sala, al estimar después de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 recursos de casación similares al presente, ya se ha pronunciado sobre las costas de las instancias, y lo ha hecho imponiéndoselas a la parte demandada, conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, para las costas de segunda instancia, y conforme al art. 394.1 LEC para las de primera instancia, si bien en el caso de estas últimas la condena resultaba de la confirmación de la sentencia de primera instancia no impugnada especialmente sobre este punto en apelación (sentencias 247/2017, 248/2017, 249/2017, las tres de 20 de abril, 314/2017, de 18 de mayo, y 357/2017, de 6 de junio, entre otras).

Esta Sala, de forma reiterada, en los procedimientos en los que se está impugnando la cláusula de gastos está estableciendo que de conformidad con el artículo 394 de la L.E.C . y sentencia del T.S. de 4 de julio del 2.017, que aunque se refiere a la imposición de costas en los litigios de cláusula suelo, su jurisprudencia puede ser también aplicable al presente, de acuerdo con los principios de no vinculación y efectividad del Derecho Comunitario, es procedente la condena en costas a la demandada, dado que, por un lado, la acción de nulidad de la cláusula de gastos fue estimada y su nulidad se mantiene, debiendo la entidad bancaria demandada haberla suprimido sin necesidad de reclamación y ofreciendo, en el caso de los gastos, la cantidad que según su criterio era procedente pagar a cada parte en atención a las diversas sentencias de las Audiencias y del Tribunal Supremo que se estaban dictando, en cuyo caso, se hubiera apreciado que existiría buena fe. Al no haber actuado de tal forma, negarse a pagar cantidad alguna y haber obligado al consumidor a acudir a los Tribunales, reclamando la nulidad de la cláusula de gastos a la que se ha opuesto el demandado sin fundamento alguno, y a pesar de la

estimación parcial de la demanda, deben ser impuestas las costas a la demandada (Sentencias de 19/12/2018, 30/11/2018, 29/11/2018, entre otras muchas).

En el presente caso, en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13).

A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, Olimpiclub).

El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía pendiente de sentencia firme sino sobre un



asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo, también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a lo ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios.

En cuanto al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 hace las siguientes consideraciones.

«53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que 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.

»54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales, que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, EU: C: 2013:341, apartado 44).

»55 Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C- 618/10, EU: C: 2012:349, apartado 63).

»56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (EDL 1993/15910), en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C,-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78).

(...)

»61 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.»

Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera 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. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la

vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.ª) 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.

3.ª) 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”.

SEGUNDO.- Sobre la cuantía del procedimiento.- En relación a la cuantía del procedimiento, esta Audiencia Provincial ya se ha pronunciado sobre este extremo, entre otras muchas, stc de 12 de septiembre de 2.018, rollo de apelación 192/2.018, y auto de la misma fecha, rollo de apelación 168/2.018, que indican: “no se puede desconocer que la determinación de la cuantía o valor del bien litigioso ha de reflejarse en la demanda y justificarse documentalmente (art. 264.3 LEC), toda vez que de su concreción puede depender la determinación del procedimiento aplicable (art. 249.2 y 250.2 LEC), o el cumplimiento de la suma de gravamen en la casación (arts. 477.2.2º Y 255.1 LEC), determinación que, además, queda fijada definitivamente en la demanda (arts. 253.1.2º de la citada Ley) si no es impugnada.

La Sala, previa la oportuna deliberación, considera que la cuantía del procedimiento debe ser indeterminada, y ello por dos razones:

- a) Porque como acción principal se estudió la validez o nulidad de una cláusula contractual en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, lo cual supone una acción relativa a condiciones generales de contratación, en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (art. 249.1. 5º Lec y Ley de 13 de abril de 1.998) que determina que el procedimiento debe sustanciarse en juicio ordinario, no siendo determinable la cuantía por razón del objeto.
- b) Porque de no aplicarse la regla anterior, y determinarse la cuantía por la petición accesoria (reintegro de cantidades pagadas indebidamente) el juicio procedente en este caso hubiera sido el juicio verbal (art. 250.2 Lec)”.

O como señala la Aud. Prov. de Asturias, stc de 5 de julio del presente año, por citar sólo alguna, “Debe señalarse que la fijación de cuantía en el caso en cuestión ni es determinante del tipo de procedimiento (en cualquier caso ha de ser ordinario), ni tampoco de competencia (al corresponder su conocimiento al Juzgado de Primera Instancia número 6 -en el presente caso al Juzgado nº 2 de Ávila-por discutirse condiciones generales de la contratación insertas en préstamos hipotecarios de personas físicas), de tal manera que tan solo podrá tener trascendencia en cuanto a la imposición de las costas. Ahora bien, dicho lo anterior, es una cuestión que se impone que cuando en la demanda se está ejercitando una acción de nulidad de cláusulas contractuales como principal, y como accesoria la condena de las cantidades abonadas por aplicación de tales cláusulas que se declaran nulas, es manifiesto que la cuantía debe considerarse indeterminada, aun cuando su efectividad tan solo vaya a desplegarse en materia de costas”.

También cabe traer a colación la SAP Baleares de 28 de junio del presente año, y las que en ella se citan, según la cual: “En cuanto al fondo, convenimos con la parte apelante que, precisamente porque la acción que de manera principal que se ejercita con la demanda, es la nulidad de una de las cláusulas del contrato de préstamo, la fijación que se efectúa en la demanda, como de cuantía indeterminada, es plenamente conforme a derecho, con independencia del alcance y efectos que produzca la nulidad para el caso de que prosperase dicha acción, lo que sería una consecuencia de la nulidad y no una acción propia o independiente de la acción principal. Consideramos que no nos encontramos en ningún supuesto de acciones acumuladas del artículo 252.2 LEC, con una acción principal de nulidad con su efecto de eliminación de la misma del contrato, y una restitutoria de la devolución de prestaciones derivada de la cláusula, sino ante el ejercicio de una acción de nulidad, con relación a la cual se solicita la restitución de las prestaciones, como consecuencia ex lege de dicha nulidad, y por así disponerlo el artículo 1.303 del Código Civil. Se aprecia una notable dificultad de cuantificar, pues alguno de los gastos de dicha cláusula anulada es posible que pudieren producirse en el futuro, y el vencimiento anticipado, por lo que el motivo ha de ser estimado”, por lo que el motivo se estima. (En igual sentido SAP Ávila 26 de septiembre de 2.018). Criterio que también ha sido admitido por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de fecha 26/03/2018, en esta sentencia se concluye que la cuantía del procedimiento de una demanda de nulidad de los gastos de la hipoteca será «indeterminada» por lo que no es aplicable las reglas de los artículos 251 y 252 de la LEC.

Los razonamientos más importantes son los siguientes:

1.- Lo primero que hay que precisar es que el procedimiento a tramitar no se determinó por la cuantía, sino por la MATERIA.

Se aplicó la regla del art. 249.1 .5º LEC , por ejercitarse «acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia».

El cauce procesal se determina por la materia, siendo irrelevante la cuantía, aunque sea preceptiva designarla conforme al art. 253.1 LEC , a efectos de acceso a casación, postulación y costas.

2.- Para cumplir con la exigencia de determinar la cuantía, el art. 253.1 LEC remite a los preceptos que le preceden, los arts. 251 y 252 LEC .

Debe determinarse la cuantía con claridad y precisión según el art. 253.2, sin que sea posible *«hacer recaer sobre el demandado la carga de determinar la cuantía»*. Si no fuera posible hacerlo, el art. 253.3 LEC dispone el remedio, que es entender de cuantía indeterminada según el art. 253.3 LEC.

3.- La demanda pretendía de un lado la declaración de nulidad de la cláusula gastos del préstamo hipotecario, y de otro, se reclamaba que, en consecuencia, se condenara al Banco a abonar las cantidades que se pagaron como consecuencia de la aplicación de la cláusula previamente declarada 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.

4.- 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, que se han de pagar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión.

Por tanto no es aplicable el art. 252.2 LEC , que regula la pluralidad de objetos, porque no hay acciones acumuladas (la segunda petición no puede

plantearse sin que previamente se estime la primera), sino una sola, la petición de nulidad por abusiva de la cláusula que acarrea la consecuencia dineraria que se expone en la petición.

5.- El art. 253.3 LEC se aplica si «el actor no puede determinar la cuantía ni siquiera de forma relativa, por carecer el objeto de interés económico».

No es posible identificar el objeto del pleito, que es la nulidad de la cláusula, con sus consecuencias, que sí revisten interés económico determinable.

De hecho, es posible presentar un primer procedimiento sólo para reclamar la nulidad de la cláusula, sin reclamar las consecuencias económicas que deriven del mismo que se reservan para otro posterior (SAP León, Secc. 1ª, 26 mayo 2017, rec. 226/2016)“.

TERCERO. - En materia de costas procesales, siendo íntegramente estimado el recurso, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en la alzada a la luz de los Arts. 394 y 398 Lec.

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

FALLAMOS:

Que, estimando íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. X y D. X, contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ávila en los autos de procedimiento Ordinario num.845/18, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, declarando como indeterminada la cuantía del procedimiento, imponiendo a la entidad bancaria



prestamista las costas causadas en la primera instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Contra esta sentencia caben los recursos previstos en la Lec de conformidad con lo establecido en el artículo 466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

