



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

NOTIFICADO
12/03/2020

SECCION Nº 6 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

CIUDAD DE LA JUSTICIA.

C/ Fiscal Luis Portero García, s/n

Tlfo. 951 939 216/051 939 016. Fax. 951 939 116

SENTENCIA nº 226/2020

=====

ILTMOS/AS. SRES/AS.

PRESIDENTE:

DOÑA INMACULADA SUAREZ-BARCENA FLORENCIO

MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ.

DOÑA CARMEN PUENTE CORRAL

=====

En Málaga, a 3 de marzo de 2020.

Vistos por los magistrados reseñados de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, RAC 105/19 , los autos procedentes del Juzgado de Primera Instancia 20 de Málaga, juicio ordinario 504/18 , de una como Apelante D. X Y DOÑA X RODRIGUEZ , representado por el/la procurador Sr/Sra. Lara y defendida por el/la letrado/a Sr./Sra. Pérez Gomez-Morán , frente a ING BANK NV , representado por el/la procurador Sr./Sra. X y defendido por el/la letrado/a Sr./Sra. x , venimos a resolver conforme a los siguientes.





El objeto del procedimiento ha sido condiciones generales de la contratación.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Por sentencia de fecha 8 de octubre de 2018 dictada en el juicio ordinario 504/18 del Juzgado de Primera instancia 20 de Málaga, se resolvió conforme a los siguientes:

"Que estimando parcialmente como estimo la demanda formulada por el/la Procurador de los Tribunales Sr./Sra. Lara Cruz en nombre y representación de D^a x y D. X contra ING BANK NV,

(i) declaro la nulidad de las estipulaciones 5^a y 7^a de la escritura pública de 13 de mayo de 2016 autorizadas por el Notario de Málaga Sr. Carreño Montejo (protocolos nos. 1.404 y 1.405), de gastos.

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

(iii) condeno a la demandada a abonar al actor la suma de 893,37 euros a la que se añadirá la que resulte de aplicarle el interés legal del dinero desde la fecha de cada cobro en exceso, sin perjuicio del previsto en el art. 576 L.E.C.

(iv) absuelvo a la demandada del resto de pretensiones deducidas en su contra.

(v) impongo a cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO: Con fecha 8 de noviembre de 2018 se interpuso recurso de apelación alegando error en la apreciación de la prueba.

TERCERO: Mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2018 se presentó oposición al recurso.





CUARTO: Elevados los Autos a esta Audiencia provincial y tras designación de ponente, quedaron vistos, tras estudio, para deliberación, votación y fallo para el día 3 de marzo de 2020.

En las presentes actuaciones fue designado ponente D. Enrique Sanjuán y Muñoz quien expresa el parecer de la Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: Delimitación del objeto del recurso.

El recurso de apelación considera que , en líneas generales, la demandada debe ser condenada al pago de la totalidad de los gastos derivados de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria que une a las partes partiendo de la nulidad declarada de dos de las estipulaciones previstas en el mismo. En particular se refiere a los gastos de registro. Por otro lado, considera que deben ser impuestas las costas a la parte contraria en primera instancia.

La sentencia apelada no condena al pago de las cuantías derivadas del AJD y distribuye los gastos al 50% entendiéndose respecto del arancel registral que no procede el pago del 100% por la entidad financiera.

Segundo: Criterios jurisprudenciales a efectos de gastos.

En nuestras SSAP de Málaga (Sección 6ª) de 26 de febrero de 2019 (RA 1212/18) y 9 de abril de 2019 (RA 1654/18) hemos recogido , los criterios a seguir en estos supuestos considerando la doctrina del Tribunal Supremo. Resumiendo las mismas: Los criterios a seguir para la revisión que se proponen parten de tomar en consideración lo ya resuelto por el TS y la aplicación de dicha doctrina por esta Sección especializada en asuntos propios de los órganos de lo mercantil. La SAP de Málaga (sección 6ª) de 26 de febrero de 2019 (Rollo 1212/18) ya se refería a este





supuesto respecto de la misma entidad financiera demandada. Es aplicable la doctrina mantenida por el TS en las Sentencias 705/2015 de 23 de diciembre y 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero y que esta Audiencia ha venido a aplicar y a desarrollar en las SSAP de Málaga (Sección 6ª) de 4 de diciembre de 2018, 29 de enero de 2019 y 19 de febrero de 2019. El Tribunal Supremo ha venido a afirmar en las citadas resoluciones lo siguiente:

A- Arancel notarial.

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.

B- Arancel registral.

La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto. En el presente supuesto por lo tanto procede la condena al pago del 100% y no del 50% que infringe la doctrina del Tribunal Supremo.

C- Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real





Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

D- Gastos de gestoría.

También se impone el pago por mitad de los mismos. En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Tercero: Sobre las costas en primera instancia.





Solicitada la nulidad de dos cláusulas (dos estipulaciones) y habiéndose declarado como tales y solo siendo matizado el aspecto cuantitativo , no cualitativo, de una de ellas, procede considerar que la sentencia es estimatoria en los sustancial. Tal y como hemos señalado entre otras en la SAP de Málaga (Sección 6ª) de 5 de marzo de 2019 (Rollo 1376/17), es aplicable la doctrina del TS en Sentencia 4 de julio de 2017, CAS 2425/2015: “La norma general en la imposición de costas es el principio de vencimiento, 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. Si el consumidor, a pesar de vencer el litigio, tuviera que pagar sus gastos en las instancias, se produciría un efecto disuasorio inverso, para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas. Además, la actividad procesal del banco demandado pretendió, más allá de invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial, intentar su suspensión por prejudicialidad civil, negar por completo la obligación de restitución, y oponerse a la admisión antes y después de tener conocimiento del contenido de la STJUE de 21 de diciembre de 2016.” Aunque la sentencia consta de tres votos particulares que hacen referencia, como la sentencia recurrida, a las dudas de hecho y de derecho, es evidente que el alto Tribunal trató el tema y por lo tanto tomó la decisión que ahora aplicamos entendiendo que efectivamente deben imponerse por tratarse de la acción principal que ha sido estimada. Cuando se estima la nulidad de la cláusula el efecto o los efectos que producen no suponen una estimación parcial sino una estimación en lo sustancial de la misma.

Cuarto: Costas y depósitos.

Procede la aplicación del artículo 398 de la LEC en costas y el destino que legalmente corresponda a los depósitos para recurrir.

De conformidad a los anteriores hechos y fundamentos de derecho venimos a resolver.





FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS** parcialmente el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de fecha 8 de octubre de 2018 dictada en el juicio ordinario 504/18 del Juzgado de Primera instancia 20 de Málaga y en consecuencia **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** la misma en cuanto procede la condena al pago a la demandada del 100% de los gastos de registro y con expresa condena en costas en primera instancia a la demandada. Sin expresa imposición de costas en esta instancia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firme la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos .

Información sobre recursos.





Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal por el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

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

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

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

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

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta



