



Roj: **SAP MU 2058/2022 - ECLI:ES:APMU:2022:2058**

Id Cendoj: **30030370042022100777**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **21/07/2022**

Nº de Recurso: **660/2021**

Nº de Resolución: **825/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LARROSA AMANTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Murcia, núm. 16, 26-11-2020 (proc. 1710/2019),
SAP MU 2058/2022**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00825/2022

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGG

N.I.G. 30030 42 1 2019 0009694

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000660 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001710 /2019

Recurrente: BANKINTER,S.A .

Procurador: ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLA **NO**

Abogado: JOSE LUIS FONT BARONA

Recurrido: Evelio , Vanesa

Procurador: JAVIER FRAILE MENA, JAVIER FRAILE MENA

Abogado: NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE, NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE

SENTENCIA Nº 825/22

Ilmos. Sres.

D. Miguel Ángel Larrosa Amante - Presidente AP Murcia.

D. Carlos Moreno Millán -Presidente de sección

D. Rafael Fuentes Devesa



En la ciudad de Murcia, a 21 de julio de 2022

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 1710/19 - Rollo nº 660/21 -, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, entre las partes: como actor D. Evelio y D^a Vanesa, representado por el/la Procurador/a D. Javier Fraile Mena y dirigido por el Letrado D^a Nahikari Larrea Izaguirre, y como demandado Bankinter SA, representado por el/la Procurador/a D^a Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano y dirigido por el Letrado D. José Luis Font Barona. En esta alzada actúan como apelante Bankinter SA y como apelados D. Evelio y D^a Vanesa.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don Miguel Ángel Larrosa Amante, en comisión de servicios, que expresa la convicción del Tribunal.

HECHOS

Primero: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia en los referidos autos de Juicio Ordinario nº 1710/19, se dictó sentencia con fecha 26 de noviembre de 2020, aclarado por auto de 16 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Estimar la demanda formulada por la representación procesal de Evelio y Vanesa, contra BANKINTER S.A. y:*

1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 27 de junio de 2008 ante el notario María-Teresa Navarro Morell, con número de protocolo 1910, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 915,55 más el interés legal de la referida cantidad desde su efectivo pago hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde esta última fecha hasta su completo pago.

2. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre interés de demora inserta en los referidos contratos sin perjuicio de que en el supuesto producirse el impago por el prestatario las cantidades vencidas y no satisfechas continúen devengando a favor del Banco el interés remuneratorio pactado en el contrato.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

Segundo: Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por Bankinter SA exponiendo por escrito y dentro del plazo legal, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a D. Evelio y D^a Vanesa, emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, se presentó escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº 660/21, que ha quedado para resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 13 de julio de 2022 su votación y fallo.

Tercero: En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto del recurso de apelación.

1.- Se interpone recurso de apelación por la entidad de crédito demandada contra la sentencia que estima íntegramente la demanda, declarando la nulidad de la cláusula gastos y la de intereses de demora, condenando a la demanda al abono de las cantidades correspondientes consecuencia de la nulidad de las citadas cláusulas, más intereses y costas de la primera instancia.

2.- La recurrente basa su recurso en los siguientes motivos: a) incongruencia ultra petita, al haber dado una cantidad mayor que la reclamada; b) improcedencia de la condena al pago del 100 % de los gastos de gestoría; y c) Improcedencia de la condena al pago de los gastos de tasación.

3.- Por los apelados se oponen al recurso y solicitan la desestimación del mismo, confirmando la sentencia apelada.

Segundo : Incongruencia ultra petita.

4.-Sostiene la recurrente que la sentencia apelada ha concedido una cantidad superior a la reclamada en la demanda, lo que supone la vulneración del principio de justicia rogada, con vulneración del derecho de defensa e infracción del artículo 218 LEC, teniendo en cuenta que el efecto restitutorio de las cantidades derivado de



la nulidad de la cláusula queda fijado en atención a la voluntad de la parte en relación a lo reclamado en el proceso.

5.- Como ya señalábamos en la SAP Murcia (4ª) 1088/21, de 20 de octubre, en relación con la congruencia de las resoluciones judiciales, recuerda la STS 450/16, de 1 de julio que, " *Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). «De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("infra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito» (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre , y 375/2015, de 6 de julio)". Aunque no se haga expresa referencia, ninguna duda cabe de que la congruencia también debe de ponerse en relación con lo ocurrido en la audiencia previa en el juicio ordinario, en atención a lo alegado por las partes en dicho acto en el que se delimita de forma definitiva lo que constituye el objeto del proceso al que debe darse respuesta judicial.*

6.- En el escrito rector de este proceso, se solicitaba por la actora la nulidad de diversas cláusulas, en concreto la de gastos e intereses de demora, solicitando la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, sin cuantificar su importe. Posteriormente, por la representación de la parte actora, a instancias del órgano judicial según lo acordado en la diligencia de ordenación de 15 de noviembre de 2019, se presentó escrito, en el que se cuantificó la reclamación efectuada por la nulidad de la cláusula gastos, en la cifra de 900,25 €, desglosando las cantidades en 325,91 € de gastos de Notaría, 168,84 € por gastos de Registro, 150,30 € por gastos de gestoría, y 255,20 € por gastos de tasación. La sentencia apelada condena al pago de la cantidad de 915,55 €. Dichas cantidades se corresponden con el 50 % de los gastos de notaría y gestoría y el 100 % de tasación y registro de la propiedad.

7.- En el análisis de la incongruencia extra petita, es preciso distinguir dos supuestos claramente diferenciados, tal como hemos señalado en la SAP Murcia (4ª) 529/22, de 12 de mayo. En primer lugar, en aquellos casos, en los que es precisa una específica reclamación por parte del actor para poder obtener la pretensión sobre la que se articula la demanda. Como recuerda la STS 25/20, de 20 de enero, " *Como hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no sólo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del art. 24 CE , cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes que, al no tener conciencia del alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses".* Así, por ejemplo, la STS 799/21, de 23 de noviembre aprecia incongruencia extra petita porque la sentencia recurrida se había pronunciado sobre una pretensión a la que la parte actora había renunciado en la audiencia previa. En estos casos, un pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que pueda ser considerado sorpresivo, bien porque no haya sido planteado en la demanda o se haya desistido o renunciado a la misma en cualquier momento del proceso, antes de la sentencia, generará la citada incongruencia.

8.- Por el contrario, existe un segundo supuesto, muy habitual en sede de condiciones generales de la contratación cuando se reclama la nulidad de cláusulas que han generado disposiciones de naturaleza económica (gastos, suelo, apertura, intereses de demora, etc.), en el que la solución pasa por no estimar la incongruencia cuando la sentencia apelada concede alguna cantidad superior al importe que la parte actora concretó en el proceso. Es una situación que suele plantearse como consecuencia de la modificación de criterios jurisprudenciales, como especialmente ha ocurrido en sede de restitución de gastos. Como, se ha señalado, en estos supuestos no podemos acudir a la incongruencia, aunque la condena a la restitución sea superior a la pedida en la demanda, en el escrito que se haya podido presentar para concretar lo reclamado a petición del juzgado o en la audiencia previa. Como señala la STS 843/11, de 23 de noviembre: " *Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105 / 1990, de 24 de febrero , 120/1992, de 11 de febrero , 24 de febrero de 1992 (recurso número 105/1990) , 81/2003, de 11 de febrero , 812/2005, de 27 de octubre , 934/2005, de 22 de noviembre , 473/2006, de 22 de mayo , entre otras - considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio " iura novit curia*



" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia".

9.- Aplicado dicho criterio en sede de reclamación de las consecuencias económicas derivadas de la nulidad por abusivas de condiciones generales de la contratación en contrato celebrados con consumidores, debemos partir de que no es posible una solución diferente a la apuntada, conforme a la doctrina emanada del TJUE en la interpretación de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, dado que no es posible que dicha solución sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulada de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). En el mismo sentido apunta el ATS de 22 de julio de 2021 (rec. 1799/20) en el que se plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la prescripción de la reclamación de gastos cuando señala que *"6.- Se ha planteado con frecuencia ante este Tribunal Supremo si la sentencia que, además de declarar la nulidad del contrato, acuerda la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, incurre en el defecto de incongruencia cuando tal pretensión no ha sido formulada expresamente en la demanda (especialmente, cuando el demandante no ha propuesto la restitución de lo que él mismo ha recibido en ejecución del contrato cuya nulidad solicita). En tales casos, hemos declarado que la sentencia que acuerda tal restitución no solicitada no incurre en incongruencia porque la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el art. 1303 del Código Civil, no necesita de petición expresa de la parte y debe ser acordada por el Juez cuando declara la nulidad del contrato (por ejemplo, sentencias 843/2011, de 23 noviembre y 485/2012, de 18 de julio)".*

10.- En atención a la doctrina anterior, y aplicándola al caso concreto, no es posible apreciar la incongruencia denunciada. En primer lugar, porque en la demanda se pidió la devolución de las cantidades abonadas y se acompañaron los documentos acreditativos del pago de todos los gastos reclamados, sin cuantificar la misma. En segundo lugar, la cuantificación se produce a instancias del órgano judicial conforme a los criterios jurisprudenciales aplicables en la fecha en la que se presenta dicho escrito. En tercer lugar, porque en la audiencia previa, no se modificó la cantidad reclamada. Por último, porque no se ha generado ningún tipo de indefensión a la parte demandada, pues la misma se opuso a la nulidad de la cláusula de impugnación de gastos y discutió los porcentajes de aplicación, pero sin discutir las cantidades determinadas en las facturas aportadas, sin que el tribunal haya concedido una cantidad superior a la determinada en los documentos 3 y 4 de la demanda. Lo que sí existe, y debe de ser corregido al amparo del artículo 214.1 LEC, es un mero error material en la sentencia apelada, al condenar a la cantidad de 915,55 €, cuando la suma de lo reclamado en la demanda ascendía a 900,25 €, sin que conste en la sentencia el desglose que lleva a la cantidad objeto de condena, por lo que debe de considerarse un mero error material susceptible de modificación en cualquier momento, sin que ello implique la estimación del recurso de apelación, al realizarse de oficio y por motivos diferentes a lo alegado en el recurso.

Tercero: Gastos de gestoría .

11.- Como segundo motivo, la parte apelante entiende que no es posible repercutir el total de los gastos de gestoría, al entender que se incluyen actuaciones en interés directo del prestatario.

12.- Dicho motivo debe de ser desestimado. En primer lugar, porque el juzgador a quo no recoge el criterio jurisprudencial posterior a la STJUE de 16 de julio de 2020. El Tribunal Supremo modificó y acomodó su interpretación de los gastos a dicha resolución, modificando el criterio sobre la imputación de los gastos de gestoría, señalándose en la STS 555/20, de 26 de octubre que *" Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva".* Al contrario, aunque recoge en su resolución dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, no fija en la cuantía del fallo el importe íntegro de los gastos de gestoría, sino sólo el 50 %, sin que dicho importe haya sido objeto de aclaración por la parte actora.

Cuarto: Gastos de tasación .

13.- En tercer lugar, la parte apelante considera incorrecta la condena al pago del cien por cien de los gastos de tasación, al ser obligación del prestatario la de determinar el valor del bien que pretende hipotecar. De forma subsidiaria entiende que no deberían ser condenados al abono nada más que del 50 % del coste de la tasación.

14.- En relación a este motivo, debe anticiparse que será desestimado, siguiendo el constante criterio de este tribunal en supuestos semejantes que imponen el pago íntegro de los gastos de tasación al prestamista,



pudiéndose citar a tal efecto, las SSAP Murcia (4ª) 803/19, de 24 de octubre o la de 26 de noviembre de 2020 (rec.1919/2019), en las que señalábamos, en doctrina que debe de ser mantenida al no resultar desvirtuada por las alegaciones de la parte recurrente, que *"Respecto a los gastos de Tasación, debe ser desestimada la pretensión de Bankinter, S.A, porque el Pleno de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial ha declarado, en sentencia de 19 de abril de 2018, que los mismos corresponde abonarlos al prestamista, al no existir norma de derecho nacional que determine quién debe abonarlos"; resultando irrelevante que los servicios de tasación "por los que se gira la factura se presten previamente a la existencia de la referida cláusula", pues su precio resultó finalmente abonado por el prestatario y no por el prestamista, por mor de la aplicación de la referida cláusula"*.

15.- Tampoco se deriva dicha pretendida obligación de pago de la legislación sectorial hipotecaria. Ni en la derogada Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario, ni en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamo o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, existe expresa previsión legal que determine que el pago de los gastos de tasación es responsabilidad del prestatario. El artículo 15 de la Ley 2/2009, no establece que la tasación sea propiedad del cliente, pues en el mismo sólo se impone la obligación de informar de la identidad del tasador seleccionado por la entidad de crédito y las tarifas de honorarios. La entrega del informe de tasación al consumidor sólo se dará en caso de que el préstamo no llegue a formalizarse, lo que no ocurre en este caso, lo que impone que sí se formaliza se le entregue sólo una copia, de manera que el original queda en poder de la entidad de crédito. Es cierto que la Ley 5/2019 impone el pago de dicho gasto al prestatario, pero tampoco ofrece dudas que ninguno de los contratos objeto de este proceso están sometidos a dicho régimen jurídico al ser muy anteriores en el tiempo a su entrada en vigor. La posibilidad del consumidor de presentar su propia tasación, que estaba prevista en el artículo 3 bis I) de la Ley 2/1981, en vigor en la fecha de los préstamos, tampoco imponía la obligación de pago al consumidor de aquellas tasaciones que no fueran presentadas por el mismo. En definitiva, ante la falta de una específica norma legal, y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales señalados, debe de mantenerse la condena al pago a la entidad de crédito del importe de las tasaciones efectuadas.

Quinto: Costas de esta alzada.

16.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter SA contra la sentencia dictada en fecha 26 de noviembre de 2020, aclarado por auto de 16 de febrero de 2021 por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario nº 1710/19, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la citada resolución y todo ello con expresa condena en costas a la parte apelante

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar al mismo el destino que legalmente corresponda.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que, contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.