



MDG | ABOGADOS

DESDE 1982



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
CIUDAD REAL**



SENTENCIA: 00141/2022

Modelo: N10250
C/ CABALLEROS, 11 PRIMERA PLANTA

-

Teléfono: 926 29 55 00 **Fax:** 926 25 32 60
Correo electrónico: audiencia.s1.ciudadreal@justicia.es

Equipo/usuario: IVG

N.I.G. 13034 41 1 2018 0005367

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000311 /2020

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de CIUDAD REAL

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001824 /2018

Recurrente:

Procurador: MARIA PEREZ POBLETE, MARIA PEREZ POBLETE

Abogado: MIGUEL DOMINGO GOMEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Nº 141/2022

PRESIDENTA:

ILMA. SRA.

D^a. PILAR ASTRAY CHACON

MAGISTRADOS,

ILTMOS. SRES.

DON JUAN MIGUEL PAÑOS VILLAESCUSA

DON JERONIMO PEDROSA DEL PINO

En Ciudad Real, a 17 de marzo de 2022

Visto, por la Sección Funcional de esta Ilma. Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juicio Ordinario nº 1824/2018 seguido en el Juzgado de referencia, entre partes, siendo apelantes los demandantes D^a y D. , representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez Poblete, y parte apelada la demandada UNICAJA BANCO S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr.Muela Gijón.

Actúa como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Miguel Paños Villaescusa, quien expresa el parecer de la Sala,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Alcázar de San Juan, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 1824/2018, se dictó Sentencia en fecha 13 de mayo de 2019, cuyo Fallo responde al siguiente tenor literal:

"DESESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. y D^a frente a Unicaja, con imposición de las costas procesales a la parte actora".

SEGUNDO.- La representación procesal de D. y D^a interpuso recurso de apelación, interesando que se revoque la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ciudad Real de fecha 13 de mayo de 2019, dictando otra en su lugar por la que se estime íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de las costas procesales causadas. Dicha demanda terminaba suplicando losiguiente:

1º Se declare la nulidad de la cláusula Quinta.- Gastos a cargo de la parte deudora, y se declare la nulidad de la cláusula Cuarta.- Comisiones, apartado 1), en cuanto hace referencia a la comisión de apertura, ambas del contrato prestado con garantía hipotecaria de fecha 1 de octubre de 2009, manteniéndose la vigencia del contrato sin la existencia de las mismas.

2º Se condene a la entidad bancaria a restituir a sus representados las cantidades abonadas en concepto de gastos a consecuencia de la formalización de la hipoteca que tuvo que soportar, sin estar obligado a ello, y que ascienden a la cantidad total de 642'24€, y se le condene igualmente a restituir la cantidad de 600€ en concepto de comisión de apertura. Total reclamado, 1242'24€.

3º Todo ello con imposición de las costas generadas.

Es de señalar que la parte demandante desistió en la Audiencia Previa de la solicitud de la nulidad de la cláusula relativa a la Comisión de apertura.

TERCERO.- Elevados los autos a esta Ilma. Audiencia Provincial, se les dio trámite bajo el número de Rollo 311/2020, señalándose para votación, deliberación y fallo el día 17 de marzo de 2022.

CUARTO.- En la tramitación y resolución del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales de general y concreta aplicación al caso de autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Sobre los antecedentes, resolución dictada, tenor del recurso de apelación y oposición.

En el seno del presente procedimiento, D. y D^a ejercitan una acción de nulidad de la "cláusula gastos" (cláusula quinta) de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 1 de octubre de 2009, acumulando la acción de reclamación de cantidad en lo atinente a lo pagado indebidamente en tal concepto.

Unicaja, S.A. contestó a la demanda alegando, como excepción procesal previa, la existencia de cosa juzgada dado que los actores ya interpusieron previa demanda solicitando la declaración de nulidad de la "cláusula suelo" sobre este mismo préstamo, habiéndose tramitado y resuelto la Litis por el Juzgado nº 3 de los de Alcázar de San Juan en su Procedimiento Juicio Ordinario nº 183/2017 a través de su Sentencia de 23 de febrero de 2018.

Ante dicha alegación, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Ciudad Real resolvió en el caso que nos ocupa estimando la excepción de cosa juzgada, considerando que los efectos de esta institución deben extenderse también a las cuestiones no resueltas por conexas y que pudieron invocarse en un litigio anterior con el que guarden

identidad sustancial en su objeto, es decir, las cuestiones no deducidas pero deducibles, como sería la cláusula cuya nulidad hoy se solicita.

Contra ese pronunciamiento se alza la parte demandante alegando errónea interpretación de los artículos 400 y 222.1 LEC, considerando que la prohibición del artículo 400 LEC se refiere a la prohibición de reiterar otros hechos o fundamentos jurídicos, pero no respecto de otras pretensiones, no pudiendo exigir a una parte que se acumulen todas las acciones que ostente frente a otra. Las pretensiones serían distintas, puesto que en el procedimiento anterior se solicitó la nulidad de la cláusula suelo y en el presente la nulidad relativa a los gastos de constitución de la hipoteca, por lo que no existiría identidad objetiva, siendo la acumulación objetiva de acciones facultativa y no preceptiva para el actor, recordando la jurisprudencia del TJUE al respecto. Además, la no presentación anteriormente de demanda relativa a la cláusula de gastos se basaría en los cambios de jurisprudencia que tan tenido lugar desde entonces.

De esta forma, deberá analizarse en primer lugar sobre si fue correcta o no la aplicación al caso enjuiciado de la institución de cosa juzgada, y en caso contrario, deberemos entrar a analizar el fondo del asunto, relativo a la acción de nulidad de la cláusula gastos y acción de restitución aparejada.

SEGUNDO.- Sobre la cosa juzgada. Criterio de esta Ilma. Audiencia Provincial. Sobre el caso de autos.

Cuando se habla de cosa juzgada, la doctrina y la jurisprudencia, la distinguen en dos sentidos: como el especial estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones por haber sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso (se ha dicho una resolución con fuerza o autoridad de cosa juzgada formal), o como los efectos de determinadas resoluciones judiciales consistentes en una precisa y determinada fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales respecto del contenido de estas resoluciones (cosa juzgada material, con su efecto positivo-prejudicial o efecto negativo-excluyente).

El fundamento de esta institución procesal es triple: evitar que en procesos paralelos recaigan resoluciones contradictorias; que el demandado no pueda ser nuevamente enjuiciado de algo de lo que ya fue en su momento (non bis in idem); y preservar la

seguridad jurídica, otorgando confianza a los operadores jurídicos al evitar que se prolonguen indefinidamente las controversias, generándose sucesivas resoluciones sobre idéntica problemática.

Estrechamente vinculada a la cosa juzgada se encuentra la litispendencia. Ambas son excepciones procesales que persiguen la misma finalidad y producen el mismo efecto - que lo juzgado no pueda ser nuevamente discutido en un proceso posterior, produciendo el sobreseimiento del proceso, en caso de advertirlo el tribunal (art. 421.1 LEC).

Que nos encontremos ante una u otra dependerá del momento en que se aprecie: litispendencia, si en el primer proceso todavía no ha recaído sentencia firme, cosa juzgada en caso contrario. Esta idéntica naturaleza justifica la denominación de "institución preventiva o cautelar de la cosa juzgada" con que el Tribunal Supremo ha tildado a la litispendencia.

Ambas excepciones procesales podrán ser advertidas por el juzgador de oficio o el demandado las podrá alegar en el momento procesal oportuno (art. 416.1.2ª LEC).

Centrándonos en el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, para que se produzca en un ulterior proceso, es decir, para que un segundo órgano jurisdiccional no pueda entrar a conocer de un asunto que le es planteado por entender que ya ha sido objeto de enjuiciamiento en un pleito anterior, la LEC preceptúa que el objeto de ambos procesos sea idéntico (art. 222.1 de la LEC), lo que la Jurisprudencia denomina "identidad sustancial".

Para su observancia, es necesaria la concurrencia de tres identidades: personas, cosas y causa de pedir (sujetos, petitum y causa petendi ; concurrencia que debe ser apreciada a través de un juicio comparativo entre el objeto del primer proceso en que recayó sentencia firme y el objeto del segundo proceso susceptible de ser alcanzado por los efectos de la cosa juzgada.

Finalmente cabe añadir que la cosa juzgada material alcanza a las pretensiones de la demanda, de la reconvención y respecto a las pretensiones reconvencionales de compensación de cantidades y nulidad de negocios jurídicos (art. 222.1 LEC).

Son numerosísimos los pronunciamientos emitidos por esta Ilma. Audiencia Provincial sobre el instituto de la cosa juzgada en los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación. A título meramente ejemplificativo, en relación con la "cláusula de gastos hipotecarios", podemos referir la Sentencia nº 285/2020, de 14 de mayo, Recurso nº 853/2019, Sección Primera , Ponente: Céspedes Cano, Mónica, en la que se recoge el criterio que sostiene esta Ilma. Audiencia en su Fundamento de Derecho Tercero al establecer: "TERCERO.- Sobre la cosa juzgada.- Asentada en el previo procedimiento en el que se ha

reclamado la nulidad de la cláusula gastos y el reintegro de los mismos, la Sala no comparte los argumentos de la sentencia apelada, cuando es incontrovertido que la nulidad ahora pedida no ha sido objeto de ningún pronunciamiento. No solo el TS., sino la doctrina del TJUE, y esta misma Sala, ya ha resuelto en el sentido de no acoger la excepción; sirve aquí lo razonado en resolución de 26 de septiembre de 2019, donde alegándose vulneración los principios de cosa juzgada, decíamos: "... alegaciones hechas con olvido de la constante doctrina del TJUE con la que el control de abusividad que abordamos, puede hacerse mientras las cláusulas no hayan sido analizadas. En este sentido, el Pleno del Tribunal Constitucional, en Sentencia 31/2019 de 28 Feb. 2019 Jurisprudencia citada STC, Pleno, 28-02-2019 (STC 31/2019), Jurisprudencia citada STC, Pleno, 28-02-2019 (STC 31/2019) Nulidad de actuaciones por existencia de cláusula abusiva: Estimando el recurso de amparo interpuesto por vulneración de la tutela judicial efectiva, declara nula la providencia que inadmitió el incidente de nulidad formulado por el demandante de amparo, en el que se invocaba la existencia en el contrato de préstamo suscrito precisamente con Bankia, S.A, de una cláusula abusiva, en concreto la de vencimiento anticipado, planteado por el deudor hipotecario invocando la existencia de una cláusula abusiva. En dicha sentencia el TC cita y se remite a la STC 232/2015 , de 5 de noviembre Jurisprudencia citada STC, Pleno, 05-11-2015 (STC 232/2015), y argumenta: " En la citada sentencia de Pleno se afirmó, con los argumentos allí expuestos, a los que nos remitimos, que: (i) a este Tribunal "corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando [...] exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea" [FJ 5 c)], (ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, "puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012 , de 2 de julio Jurisprudencia citadas TC, Sala Primera , 02-07-2012 (STC 145/2012) , FFJJ 5 y 6)" [FJ 5 c)], y (iii) prescindir por "propia, autónoma y exclusiva decisión" del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)]."

Y esa sentencia sigue argumentando: " La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero , de enjuiciamiento civil art. 207 , modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio , de medidas urgentes de

naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas"...Últimamente, y teniendo en cuenta las alegaciones del apelante, es de interés transcribir la repetida STC 31/2019, de Pleno, de 28-02-2019 (STC 31/2019), cuando argumenta: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Y, por supuesto, permite que el consumidor pueda formular un incidente de oposición cumpliendo con lo que disponga la norma, lo que no exime de la obligación de control de oficio por el órgano judicial. En este caso, la sentencia Banco Primus aportaba los elementos de hecho y de Derecho que permitían, en el caso de que así procediera, declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado. Pero, es más, la recurrente denunció su abusividad "cumpliendo con lo exigido en la norma", a excepción del plazo de diez días previsto legalmente para la oposición (art. 556.1 LEC Legislación citada LEC art. 556.1) que, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano debió interpretar a la luz de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia, que motivó el planteamiento del incidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 bis LOPJ Legislación citada LOPJ art. 4 BIS .

Tampoco es conforme con lo declarado por la jurisprudencia europea, entender que en los casos en los que el carácter abusivo de una determinada cláusula ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia con posterioridad al plazo para poder formular oposición, el incidente de nulidad no sea el cauce para ello o sea extemporánea su formulación. Se ha de

tener en cuenta que una vez finalizado dicho plazo, si el órgano judicial no controló de oficio la posible abusividad de la cláusula, al recurrente no le queda más cauce procesal que su denuncia.

Igualmente hay que rechazar el argumento esgrimido por el órgano judicial de que de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017, solo se desprenda que los principios de preclusión procesal y de cosa juzgada no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho europeo, con alusión a lo dicho en los apartados 46, 47 y 48 de la segunda de las resoluciones citadas, sin añadir, a continuación, lo que se erigía en lo verdaderamente novedoso y relevante de su contenido: el necesario control de las cláusulas abusivas, de oficio o a instancia de parte, siempre que no hubiera existido control previo apreciado por resolución con fuerza de cosa juzgada, expresado en sus apartados 51 y 52. De ahí que tampoco pueda entenderse justificado afirmar, como así hace el juzgado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no tiene eficacia retroactiva."

Como decíamos en nuestra Sentencia de 12 de junio de 2017 : " El invocado art. 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , art. 400.2, nos dice que " De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste ". Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de este precepto, con términos que quizás podían generar confusión. Así, la invocada por los apelantes Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2.002 nos decía que " La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado(SSTs 28-2-91 y 30-7- 96 , postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC , art. 400," La sentencia de 21 de marzo de 2011 , cita de nuevo esta doctrina jurisprudencial y abunda en que la preclusión alcanza a las peticiones, al entender que existe cosa juzgada porque los demandantes podían haber pedido en la primera demanda lo que pidieron en la segunda y no lo hicieron. En cambio, la

sentencia de 30 de marzo de 2.011 , la de 30 de julio de 2.013 , o señaladamente la más reciente de 19 de noviembre de 2.014 perfilan y aclaran la cuestión diciendo que " El art. 400 LEC permite tener por aducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido alegados efectivamente en la demanda o no lo hayan sido, pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo haya sido en el litigio anterior.

La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles, pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles, pero no deducidas ". Criterio que se reproduce de forma reiterada en la última jurisprudencia de las Audiencias Provinciales señalando que lo que excluye el artículo 222 de la LEC es un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso ya resuelto, exclusión perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 400.1 de la LEC , que no permite ejercitar acciones posteriores basadas en distintos hechos o fundamentos jurídicos que pudieran alegarse en el anterior pleito cuando lo que se pide es lo mismo, pues una misma pretensión sólo puede plantearse una vez, al margen de los concretos hechos y fundamentos jurídicos que la puedan sustentar (ST de 5 diciembre 2013 y 19 de noviembre de 2014).

Pero, conforme a esta misma doctrina y a la propia literalidad de los preceptos, ninguno de esos dos artículos que se acaban de citar impiden un pleito en el que se formulen pretensiones distintas, aunque estén vinculadas con la pretensión formulada en un pleito anterior y aunque pudieran haberlo sido, por cuanto que la acumulación objetiva de acciones es facultativa y no preceptiva para el actor, conforme resulta de lo dispuesto en el art.71.2 de la LEC ...".

De conformidad con lo arriba expuesto, tanto por las exigencias del principio de efectividad del Derecho de la Unión, como por ser pretensiones distintas la que solicita la nulidad de la cláusula suelo de la que solicita la nulidad de la cláusula de gastos, no existiendo identidad objetiva que justifique la aplicación de la institución de cosa juzgada, debe revocarse la sentencia de instancia debido a que considera indebidamente aplicable la institución de la cosa juzgada, procediendo así en esta resolución a analizar el fondo del asunto, que es la acción de nulidad de la cláusula de atribución de gastos de constitución de la hipoteca y la acción de restitución aparejada.

TERCERO.- Sobre la nulidad de la Cláusula Gastos.

La nulidad de la cláusula que atribuye indiscriminadamente todos los gastos al prestatario viene determinada por su inclusión en la lista negra de cláusulas abusivas (art. 89 del TRLGDCYU), como así ha venido siendo declarado con reiteración por la Jurisprudencia. Tal pretensión de su validez, pues, no tiene acomodo legal ni jurisprudencial, en cuanto, ha de partirse del pronunciamiento de la Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de dos mil quince, en la que se declara la nulidad por abusividad de la atribución al consumidor de los gastos notariales y registrales, así como el relativo al impuesto dictada en este particular, y en la que se afirma que, en orden a su aplicación a cláusulas semejantes incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario, que al desplazar desplazan el pago de la totalidad de los gastos al consumidor prestatario, no superan el control de contenido, así considerado en abstracto.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil en Pleno) en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 declaró abusiva la cláusula de gastos de BBVA por considerar que trasladaba al consumidor-prestatario determinados gastos que por naturaleza correspondían al empresario-prestamista (gastos de notaría y registro e impuesto sobre actos jurídicos documentados); así como por limitar los derechos básicos de los consumidores (gastos procesales y preprocesales). Por el contrario, declaró la validez de la cláusula de repercusión de los gastos de contratación de seguro de daños. El Tribunal Supremo analiza la cuestión partiendo de que El art. 89.3 TRLGDCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "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).

El transcurso del tiempo, el abono de los gastos por el prestatario o el hecho mismo de que el préstamo ya esté cancelado, no convalidan ni confirman la nulidad por abusividad de una determinada cláusula dado su carácter no sanable. Lo que es nulo es nulo de pleno derecho en el tráfico jurídico mercantil y no puede producir efecto alguno dado que no existe. Es imprescriptible per se y no puede operar, en ningún caso, la caducidad de la instancia. Se desestima de plano, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria demandada.

Declarada la nulidad opera la restitución directa de las prestaciones que ambas partes se realizaron de una cláusula nula, si deriva de la declaración de nulidad, en cuanto supone un pago por tercero no obligado (al tenerse por no puesta la cláusula) en las cuantías que

así se declare no correspondan. 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". (Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Ello no implicaría una moderación del efecto devolutivo o restitutivo derivado de la nulidad de cláusula abusiva, sino la aplicación de la situación que correspondería de no haber existido dicha cláusula.

En esta materia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado Sentencia de fecha 16 de Julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, y la cual, tras su estudio, concluimos viene a revalidar la Jurisprudencia de nuestro alto Tribunal, en cuanto declara en su apartado primero que "El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos." Y ello, en suma, es lo que venía haciendo el tribunal Supremo, declarando abusiva la cláusula y acudiendo a la norma de derecho interno en defecto de pacto, es decir la situación que correspondería de no haber existido dicha cláusula".

Sobre los gastos notariales.

Entrando en el análisis relativo a los gastos notariales, ha de partirse del pronunciamiento de la Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de dos mil quince, en la que se declara la nulidad por abusividad de la atribución al consumidor de los gastos notariales y registrales, así como el relativo al impuesto dictada en este particular, y en la que se afirma que, en orden a su aplicación a clausulas semejantes incorporadas en las escrituras de préstamo hipotecario, que al desplazar desplazan el pago de la totalidad de los gastos al consumidor prestatario, no superan el control de contenido, así considerado en abstracto. Sin embargo, cuestión diferente será el examen en el caso concreto y las consecuencias que tras la nulidad- tener por no puesta- hayan de producirse. Justamente en este último análisis residían la mayor parte de la controversia entre los diferentes posicionamientos que las Audiencias Provinciales han ido tomando en este particular, y por los que, aun declarando la

nulidad de la cláusula, estiman que las consecuencias no pueden ser la restitución de todos los conceptos reclamados, sino la aplicación de la norma legal en defecto de pacto. Pues 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". (Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Ello no implicaría una moderación del efecto devolutivo o restitutivo derivado de la nulidad de cláusula abusiva, sino la aplicación de la situación que correspondería de no haber existido dicha cláusula.

El Tribunal Supremo declara además abusiva la imposición al consumidor de los gastos de formalización de las escrituras notariales e inscripción de las mismas, y lo hace con una importante justificación, que no puede pasar desapercibida. Así refiere que basta recordar, en lo que respecta a la formalización de las escrituras Baste recordar, en lo que notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida 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. Tal desplazamiento en abstracto de todos los gastos sin mayor precisión ocasiona 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).

La mayor parte de las resoluciones de las Audiencias Provinciales declaran abusiva la cláusula de imposición de abono de todos los gastos al consumidor. Sin embargo, habrá de matizarse el prestamista es interesado pues obtiene indudables ventajas de la constitución de la hipoteca, para lo cual es requisito insoslayable el otorgamiento de la escritura pública: así, en primer lugar, obtiene un título ejecutivo pues el artículo 517.2 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla como título ejecutivo las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la

conformidad de todas las partes; a eso se añade que el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. De otro lado, su crédito es preferente ex artículo 1923. 3º del Código Civil , a lo que se adiciona que, en el caso de concurso de acreedores del deudor prestatario, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial (art. 90.1. 1º de la Ley Concursal). Pero lo anterior, y como indican diversas sentencias de nuestros Tribunales (SAP de La Rioja de 31/10/17 , SAP de la Sección 6ª de la AP de Asturias de 15/12/17, SAP de Soria de 21/12/17 y SAP de Palencia de 22/1/18 , entre otras) no excluye que no pueda considerarse igualmente interesado al prestatario. Es al prestatario, y no al prestamista, a quien le interesa conseguir el préstamo que ha solicitado. Y es meritorio que las condiciones de un préstamo hipotecario son mucho más favorables para el prestatario que las que resultan en caso de un préstamo personal (el tipo de interés es más bajo, las condiciones mejores) y que esas condiciones más favorables para el prestatario que derivan de la aportación de la garantía hipotecaria, solo es posible obtenerlas si se otorga la escritura pública, pues la constitución de hipoteca exige ese instrumento como requisito constitutivo. Recordemos además que, por ejemplo, en caso de ejecución por impago, la ejecución hipotecaria otorga singulares ventajas procedimentales al deudor prestatario respecto de la posición que ostentaría en el caso de que el préstamo hubiera sido personal, y por ende se viera sometido en caso de impago a una ejecución ordinaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha quince de marzo si bien no aborda directamente esta cuestión, sí aplica la regla de la distribución referente a los gastos de timbre relativos a la matriz, considerando interesados, en los gastos notariales, a tenor del arancel, a ambas partes, no especificándose en la minuta ninguno que fuera imputable en exclusiva al prestatario, estimando procedente la regla de distribución de la mitad. Añade, en su fundamentación que el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre , por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, se refiere, en general, a los interesados, sin aclarar si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y que el préstamo hipotecario es una realidad única e inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor o prestatario -por la obtención del préstamo- como el Banco o prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de este derecho de cuota fija.

Por su parte, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

En caso de no constar, se mantiene la regla de atribución por mitad.

Por lo tanto, si bien en la factura de los gastos de Notaría, aportada a autos como documento nº 4 de la demanda, sí que se desglosa entre copias autorizadas y copias simples (no se discrimina qué copias solicita cada parte por lo que procede aplicar la regla atributiva de la mitad, conforme doctrina reiterada de esta Ilma. Audiencia, y que ha sido validada por la doctrina del Tribunal Supremo en sus recientes Sentencias 44 , 46 , 47 , 48 y 49/2019 , de 23 de enero . **Esto es, la entidad bancaria "Unicaja" tiene que restituir a los actores la cantidad de 295'76€ euros (IVA incluido).**

Gastos Registrales. Para determinar si procede la restitución de los gastos registrales y en qué cuantía, debemos de estar a los reiterados y abundantes pronunciamientos que entienden que es el prestamista quien debe abonar los gastos de registro de la propiedad. Y así hemos reiterado que la norma de derecho supletorio es el art. 19 bis 6ª LH que dispone que " Los derechos arancelarios se abonarán por el interesado a cada Registrador en su parte correspondiente ". No cabe pacto en contra de dicha atribución legal, y en consecuencia dicho pacto vulnera lo dispuesto en el art. 89.3 TRLGDCYU. El Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que: " 1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten ". Como quiera que la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúa a favor del Banco prestamista, es éste quien debe correr con los gastos registrales que la actora acredita haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula, de modo que procede la restitución al prestatario de la cantidad. Doctrina ya mantenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha, y ratificada por la subsiguientes, hasta las recientes Sentencias de 23 de enero de 2019. Por tanto, la entidad bancaria debe proceder a la devolución íntegra de la cuantía abonada por este concepto por el cliente, esto es, la de **137'18€**.

Gastos de Gestoría y tasación. Por último, reclamándose en la demanda la restitución de la mitad de los gastos abonados por estos conceptos, de acuerdo con el principio dispositivo y la procedencia de su restitución en base a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos conforme hemos vistos anteriormente, procede acceder a lo solicitado, siendo por el primer concepto la cantidad de **116'30€** y por el segundo **92'80€**.

En consecuencia, sumados todos los conceptos, arrojan la cantidad de **642'24€**, en que se estima íntegramente la demanda.

CUARTO.- Sobre las costas procesales de la Primera Instancia. Revocada la sentencia de instancia, y en su lugar acordada la estimación íntegra de la demanda procede también revocar la imposición de costas y acordar en su lugar la imposición a la entidad bancaria demandada la imposición de las costas de la primera instancia.

QUINTO.- Sobre las costas procesales de la Segunda Instancia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC, al estimarse el recurso de apelación, no se realiza especial pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y por la potestad conferida por la Constitución de la Nación Española,

FALLO

SE ESTIMA el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Pérez Poblete, en nombre y representación de D^a y de D. , contra la sentencia dictada con fecha 13 de mayo de 2.019 en los autos de Procedimiento Ordinario nº 1824/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Ciudad Real, la cual queda revocada por la presente, y en su lugar se acuerda lo siguiente:

1º SE DECLARA nula por abusiva la "cláusula gastos" (cláusula quinta) de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 1 de octubre de 2009

CONDENANDO A Unicaja Banco S.A. a restituir a los actores la cantidad total de 642'24€ (SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS CON VEINTICUATRO CÉNTIMOS).

2º Se imponen a la parte demandada Unicaja Banco S.A. las costas procesales de la primera instancia.

3º Estimado el recurso de apelación, no se realiza imposición de costas procesales de la segunda instancia.

Póngase en conocimiento de las partes que contra esta Resolución cabe recurso de casación, por razón de interés casacional, y de infracción procesal, (en este último caso cuando concorra interés casacional y se admita conjuntamente un recurso de casación interpuesto conjuntamente contra la Sentencia), que se presentarán, en el plazo de 20 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Resolución, ante esta Audiencia Provincial; debiendo procederse en su caso, y con arreglo a la Disp. Adicional 15ª de la L.O.P.J., a la consignación del oportuno depósito.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.-

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.