

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 BIS DE ALICANTE

Calle Pardo Gimeno, 43, Palacio de Justicia, 1ª Planta, 03007, Alicante.

Procedimiento de Juicio Ordinario [ORD] – Nº 000 [REDACTED] 2023.

Demandante: [REDACTED]

Procurador/a: VIDAL COVES, MARIA TERESA

Letrado/a:

Demandado/a: CAIXABANK, SA

Procurador/a: MIRALLES MORERA, VICENTE

Letrado/a:

SENTENCIA Nº 2342/2023

En la Ciudad de Alicante a uno de septiembre de dos mil veintitrés.

D. JOSE LUIS FORTEA GORBE, Magistrado Juez Titular actuando en Comisión de Servicios sin relevación de funciones como Magistrado Juez de Refuerzo del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 bis de los de Alicante, ha visto los presentes **Autos de Juicio Declarativo Ordinario Nº [REDACTED] 2023**, seguidos a instancia de la Parte Demandante: [REDACTED] representada por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. VIDAL COVES, MARIA TERESA, y asistida por el/la Letrado/a Sr./a. , contra la Parte Demandada: **CAIXABANK, SA**, representada por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. MIRALLES MORERA, VICENTE, y asistida por el/la Letrado/a Sr./a. ; sobre acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. VIDAL COVES, MARIA TERESA, en nombre y representación procesal de la Parte demandante: [REDACTED] se formuló con fecha: **2 de febrero de 2023** demanda de juicio declarativo ordinario contra la Parte demandada: **CAIXABANK, SA**, ejercitando una acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes.

SEGUNDO.- Turnada que fue a este Juzgado la citada demanda, se registró como Autos de Juicio declarativo ordinario Nº [REDACTED] 2023, admitiéndose a trámite la misma, y emplazada que fue la Parte demandada en debida forma, compareció en Autos, contestando a la demanda formulada de contrario, oponiéndose a la misma; siendo convocadas las Partes a la celebración del acto de la audiencia previa, que ha tenido lugar el día: **12 de junio de 2023** en la Sala de Audiencias de este Juzgado.

TERCERO.- Al Acto de la Audiencia previa, comparecieron telemáticamente ambas partes, por medio de sus respectivas representaciones procesales y asistencias Letradas; manifestándose por cada una de ellas cuanto tuvo por conveniente; e interesando los medios de prueba de que intentaron valerse para el acto de juicio, siendo admitidos los declarados pertinentes de los

propuestos por las partes, que consistieron únicamente en la Prueba documental aportada por cada una de ellas y obrante en Autos, que fue admitida y se tuvo por reproducida sin perjuicio de su valor probatorio, quedando los Autos conclusos ex. artículo 429-8 de la LEC, para dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que terminó la Audiencia Previa.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.- Por la Parte demandante,

se ejercita una acción individual de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes, interesando que se declare la nulidad de pleno derecho de la/s siguiente/s cláusulas contenidas en la **escritura de ampliación de hipoteca y novación modificativa de préstamo hipotecario de fecha** autorizada por el Notario del Il. Colegio de Valencia, con residencia en Crevillente, Alicante, don de su protocolo.:

- Cláusula sobre gastos de hipoteca a cargo del prestatario.

Alegando en síntesis que el/los demandante/s tiene/n la consideración de consumidor/es y usuario/s, y la/s citada/s cláusula/s no fue/ron negociada/s individualmente, sino que fue/ron impuestas, predispuesta/s y prerredactada/s por la entidad financiera demandada, constituyendo claramente una/s condición/es general/es de la contratación, que causa/n un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del/de los consumidor/es y usuario/s, contrario a la buena fe, y que son nulas de pleno derecho por abusivas de conformidad con la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios.

Las reclamaciones extrajudiciales formuladas a la parte demandada no fueron atendidas, teniendo la parte demandante que recabar el auxilio judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Y tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se anulara la cláusula de gastos contenida en la escritura pública, y se condenara a la restitución de los abonados por el prestatario en virtud de la citada estipulación, más intereses, y con condena en costas.

La Parte demandada, CAIXABANK, SA, contestó a la demanda formulada de contrario en tiempo y forma, oponiéndose en todo o en parte a la misma, alegando cuanto es de ver en el escrito de contestación a la demanda, a cuyo contenido íntegro en todo caso me remito.

Y tras alegar los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que allanamiento a la demanda, interesando la no imposición de costas..

SEGUNDO.- Premisas de hecho declaradas probadas y fondo del asunto.- Es un hecho pacífico y no controvertido, por ser expresamente reconocido y admitido por ambas partes que, suscribieron la/s **escritura de ampliación de hipoteca y novación modificativa de préstamo**

hipotecario de fecha 27 de abril de 2006, autorizada por el Notario del Iltr. Colegio de Valencia, con residencia en Crevillente, Alicante, don José Perfecto Verdú Beltrán, número 586 de su protocolo., en la/s que se contiene/n la/s Cláusula/s o Estipulación/es contractual/es cuya declaración de nulidad de pleno derecho se interesa por la Parte demandante, y que constituye/n el objeto del presente procedimiento; NO siendo tampoco un hecho controvertido la condición de consumidor y usuario de la Parte demandante conforme a lo establecido en el artículo 1.2 de Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente desde el día 13/08/1984 hasta el día: 01/12/2007; y artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), vigente desde el 01-12-2007 hasta la fecha.

De la prueba documental aportada y obrante en Autos, NO se estima acreditado más allá de toda duda razonable ex. artículo 217-1 de la LEC, por la entidad financiera demandada ex. artículos: 217-3 de la LEC y 82-2 in fine del TRLGDCU que establece que: “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”, que la/s Cláusula/s o Estipulación/es contractual/es cuya declaración de nulidad de pleno derecho se interesa por la Parte demandante en este procedimiento, haya/n sido negociada/s libre, voluntaria e individualmente ex. artículo 1.255 del Código Civil, y por ende que NO constituya/n condición/es general/es de la contratación en los términos previstos en los artículos: 1, 2 y 3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación vigente desde el día: 04/05/1998.

En cuanto al control de las cláusulas nulas de pleno derecho por abusivas y el principio dispositivo que rige el proceso civil, la STJUE de fecha 11 de marzo de 2020 dictada en el asunto C-511/17 entre UniCredit Bank Hungary y Gyorgyne Lintner, señala que:

28: “... **el examen de oficio debe respetar los límites del objeto del litigio**, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas.” (...)

“...el juez nacional de que se trate debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que **el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él...**”.

1.- El artículo 6, 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, debe interpretarse en el sentido de que **un juez nacional que conoce de una demanda interpuesta por un consumidor solicitando que se declare el carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en un contrato celebrado por este con un profesional NO está obligado a examinar de oficio e individualmente todas las demás cláusulas contractuales, que no han sido impugnadas por el consumidor, con el fin de verificar si pueden considerarse abusivas, sino que únicamente debe examinar aquellas cláusulas que estén vinculadas al objeto del litigio según este último haya sido definido por las partes**, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, completados, en su caso, mediante diligencias de prueba.

2) El artículo 4, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, si bien es verdad que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula contractual que sirve de base a las pretensiones de un consumidor han de tenerse en cuenta todas las demás cláusulas del contrato celebrado entre un profesional y ese consumidor, ello **NO implica la obligación del juez nacional que conoce del asunto de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de todas esas otras cláusulas.**"

En igual sentido, véase la **STS N° 52/2020 de fecha 23 de enero de 2020** (Roj: STS 107/2020 - ECLI: ES:TS:2020:107), establece que:

" (...) **el alcance de la apreciación de oficio del posible carácter abusivo de cláusulas que no hubieran sido invocadas por el consumidor en su posición de parte demandante**, que es el supuesto objeto del recurso, **se ciñe**, en la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, **a las cláusulas relevantes para resolver su pretensión** (STJUE de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank, C-51/17, apartado 32, y sentencia de esta sala 267/2017, de 4 de mayo, fundamento 2, apartado 2)"

Asimismo, conforme al **Principio de NO vinculación**, cuando se declara abusiva una cláusula contractual **los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar todas las consecuencias** que, según el derecho nacional, se deriven de ello a los efectos de que el consumidor no resulte afectado con el fin de restablecer la situación de hecho y de derecho que se habría dado de no haber existido dicha cláusula; **incluyendo las modificaciones sobrevenidas durante la tramitación del procedimiento por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, en este último caso obligatoriamente **ex, artículo 4.bis,1 de la LOPJ que deba tomarse en consideración al tiempo de dictar Sentencia**, para resolver sobre lo que es objeto del procedimiento; sin que el hecho de que **se actualice por la parte actora, el montante de su reclamación de cantidades inicialmente efectuada** su caso, en el acto de la Audiencia Previa o en el Juicio Oral, en base a la acción de restitución ejercitada, reclamando mayores importes (Vgr.- 100% de los gastos de gestoría, cuando inicialmente reclamó el 50% de los mismos); o menores importes (Vgr.- 50% de los gastos de notaría, cuando inicialmente reclamó el 100% de los mismos; o 0,00 € del IAJD, cuando inicialmente reclamó el 100% de dicho impuesto), deba entenderse como una alteración del suplico de la demanda, ni como un desistimiento, respectivamente; pues es evidente que dicha "actualización de importes reclamados" NO resulta caprichosa, sino que encuentra su razón de ser en los cambios jurisprudenciales sobrevenidos durante la tramitación del procedimiento en una materia tan controvertida como la que nos ocupa; que constituyen **hechos nuevos de incidencia en el resultado del procedimiento ex, artículo 286 de la LEC**, que NO pudieron ser tenidos en cuenta por la parte demandante al tiempo de formular la demanda iniciadora del mismo; por lo que en aras a respetar el principio de NO vinculación, **los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar todas las consecuencias legales y jurisprudenciales actuales y vigentes que se deriven de la declaración de nulidad de pleno derecho de la/s cláusula/s abusiva/s solicitada por la actora.**

Analizando la/s Cláusula/s o Estipulación/es contractual/es cuya declaración de nulidad de pleno derecho, se interesa por la Parte demandante en este procedimiento, a la vista de la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, resulta que:

- Cláusula sobre gastos de hipoteca a cargo del prestatario. -

La/s Cláusula/s sobre gastos de hipoteca con cargo al prestatario que nos ocupa/n atribuye/n indiscriminadamente a la parte prestataria el pago de la totalidad de los gastos de hipoteca ocasionados, entre ellos los de gestoría, notaría y registro de la propiedad.

La **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo N° 705/2015 de 23 de diciembre de 2015**, establece con carácter genérico, literalmente que:

" (...) el art. 89.3 TRLGCU 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 (número 2º), como la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (número 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º, letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º, letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º.) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º.). Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras 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. 1.875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida NO solo NO permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala

estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso. En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho."

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial a la cláusula sobre gastos que nos ocupan, resulta que, tal y como aparece redactada dicha cláusula de carácter general y omnicomprendiva, por la que se imputa al prestatario consumidor todo tipo de gastos e impuestos, presentes y futuros, sin que por parte del banco prestamista se asuma ninguno, NO puede dar lugar a pensar razonablemente que, la misma haya sido fruto de un trato leal y equitativo de la entidad financiera con su cliente, en el marco de una negociación individualizada; dado que dicha cláusula, NO permite la más mínima reciprocidad, atribuyéndole al prestatario, no solo los gastos que le incumben, como son los del ITPAJD; sino todos en general, incluidos el 100% gastos notariales, registrales y de gestoría, entre otros.

No cabe duda pues, que nos hallamos ante una cláusula abusiva según la doctrina sentada por la Sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 por cuanto "no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el prestatario-hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa", de modo que tales estipulaciones, ocasionan al cliente consumidor un desequilibrio importante, que razonablemente no hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada, y puede además ser subsumidas

dentro del catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)."; no habiéndose aportado por la entidad bancaria demandada, ninguna prueba que de forma cierta y fiable, demuestre que negoció individualmente con los prestatarios, el contenido de dicha cláusula; y menos aún que les hubiera explicado con carácter previo a la firma del préstamo, las consecuencias económicas que las misma les iban a comportar.

Tal y como viene estableciendo la jurisprudencia de nuestros tribunales la entidad financiera demandada, está **Legitimada pasivamente** para soportar una demanda de declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula de gastos de constitución de hipoteca, **aun en los casos de subrogación de la parte prestataria**. En nuestra doctrina jurisprudencial se mantiene que la entidad financiera no es ajena y tiene interés en la subrogación del préstamo hipotecario porque a la novación subjetiva del prestatario está preordenado el préstamo inicialmente concedido en favor del promotor, siendo necesario su consentimiento para que produzca efectos.

Como señala la SAP de Barcelona, Sección 15ª de 4 de febrero de 2019: "El acreedor hipotecario no es un tercero que queda al margen de la venta con subrogación en el préstamo al promotor, sino que participa activamente en la novación, aceptándola expresa o tácitamente (artículo 1205 del Código Civil). Y es en ese segundo momento de la subrogación cuando deberá cumplir con las exigencias legales de información previa y transparencia en los términos señalados por el Tribunal Supremo, completando la información que pueda resultar de la propia escritura pública de compraventa. Es la entidad de crédito, beneficiaria última de la cláusula suelo, la que en mejores condiciones se encuentra para proporcionar la información adecuada, poniendo en conocimiento del consumidor los riesgos que asume. La responsabilidad no se traslada al promotor, sino que es compartida, por lo que la entidad prestamista deberá velar porque el consumidor adquiera en el momento de la subrogación un conocimiento cabal y completo de aquello a lo que se obliga" (Sentencia Nº 154/2016, de 30 de junio de 2016).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2018, en un caso en el que el banco no proporcionó ninguna información previa a la firma de la subrogación, establece lo siguiente:

"[...] el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia".

En nuestro caso, la entidad financiera ratificó íntegramente el contenido de la escritura, con lo que aceptó expresamente la subrogación en el préstamo hipotecario.

En conclusión, **la entidad demandada está legitimada para soportar la acción declarativa de nulidad de la cláusula de gastos y de restitución de los gastos relativos a la escritura referida, si bien obviamente limitados a la subrogación del préstamo hipotecario.** (Véase: **SAP de Alicante, Sección 8ª de fecha 30 de junio de 2020-** ROJ: SAP A 1235/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1235. **SAP de Alicante, Sección 8ª del 30 de junio de 2020-** ROJ: SAP A 1150/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1150. **SAP de Alicante, Sección 8ª del 29 de junio de 2020-** ROJ: SAP A 1120/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1120).

En cuanto a la **Atribución de gastos en caso de escrituras de novación y ampliación de préstamos hipotecarios;** no puede merecer favorable acogida el motivo de oposición que suelen invocar las entidades financieras demandadas, consistente en que los gastos relativos a la escritura de novación, ampliación y modificación del préstamo hipotecario no se le pueden imputar, porque esos actos jurídicos se solicitaron en beneficio exclusivo de la parte prestataria, única interesada en esas operaciones.

El razonamiento de que tal escritura se otorgó en exclusiva en interés de los prestatarios no puede prosperar porque las SSTs del Pleno número 44, 46, 47, 48 y 49 consideran, expresamente, en cuanto a los gastos de Notaría: "2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación." Pronunciamiento que será extensible al resto de los gastos a cuyo pago se condena a la entidad demandada".

De lo que se desprende que el interés compartido de las partes en la escritura de novación es lo que motiva que los gastos se imputen a la entidad demandada, en la misma proporción que los derivados de la primigenia escritura de préstamo hipotecario. (Véase: **SAP de Alicante, Sección 8ª del 30 de junio de 2020-** ROJ: SAP A 1154/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1154)

Por todo ello, procede declarar **NULA DE PLENO DERECHO por ABUSIVA** la citada **cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca** contenida en la **escritura de ampliación de hipoteca y novación modificativa de préstamo hipotecario de fecha 27 de abril de 2006, autorizada por el Notario del Iltre. Colegio de Valencia, con residencia en Crevillente, Alicante, don José Perfecto Verdú Beltrán, número 586 de su protocolo., en lo que se refiere a la atribución a la parte prestataria del pago de todos los gastos de tasación, notaría, registro de la propiedad y gestoría,** con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales inherentes a dicha declaración de nulidad de la citada Cláusula, que se tiene por NO puesta NI incorporada al contrato de préstamo suscrito por las partes, de conformidad con lo establecido en los artículos 82, 83, 89.2 y 3 del TGLGDCU, vigente desde el 01-12-2007; y 10-1-c)-3 y 10-4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente hasta el día 01-12-2007; con los efectos a que se refieren las STS Nº 49/2019, Sala de lo Civil, Rec. 5298/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS Nº 44/2019, Sala de lo Civil, Rec. 2982/2018, de fecha 23 de enero de 2019; STS Nº 46/2019, Sala de lo Civil, Rec. 2128/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS Nº 47/2019, Sala de lo Civil, Rec. 4912/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS Nº 48/2019, Sala de lo Civil, Rec. 5025/2017, de fecha 23 de enero de 2019; STS Nº 457/2020, Sala de lo Civil, Rec. 1053/2018, de fecha **24 de julio de 2020;** y la STS Nº 555/2020, Sala de lo Civil, Rec. 474/2018, de fecha **26 de octubre de 2020;** en relación con la **STJUE de fecha 16 de julio de 2020,** dictada en los Asuntos

acumulados: C-224/19 y 259/19, que establece que: "1) 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 lo dispuesto en el artículo 4 bis de la LOPJ establece que: 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de la Cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca:

- En cuanto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD):

Las Sentencias Nº: 147/2018 y Nº 148/2018 del Pleno del Tribunal Supremo de fecha: 15/03/2018, establecen que:

“ (ii) En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad -Actos Jurídicos Documentados- que grava los documentos notariales.”

En el mismo sentido, el Pleno de la Sala III del Tribunal Supremo, tras dos días de deliberaciones, ha acordado con fecha 06-11-2018, por 15 votos a 13 fijar como criterio que:

“El sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario.”

Por su parte, 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 9 de noviembre de 2018), en vigor desde el día: 10-11-2018; si bien establece que: “Se modifica el artículo 29, que queda redactado como sigue: Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”; NO establece carácter retroactivo alguno, por lo que de conformidad con el artículo 2-2 del Código Civil, que establece que: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.”, el mismo solo es aplicables a las Escrituras Públicas de Préstamo con garantía hipotecaria que se otorguen a partir del 10-11-2018.

Véase en este mismo sentido las **SSTS de 23 de enero de 2019:**

“Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece probable que lleve a cabo el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 del Código Civil).”

- En cuanto a los gastos de tasación.-

El Tribunal Supremo no se ha pronunciado al respecto, y las Audiencias Provinciales tampoco han seguido un criterio uniforme, pues mientras algunas consideraban que este gasto correspondía al prestatario, otras consideraban que al prestamista, y un tercer sector entendía que por mitad.

Consideran que es un gasto que corresponde al prestatario:

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, Sentencia 225/2016, de 17 de octubre (rec. 114/2015) (ECLI:ES:APB:2016:9192): “En cuanto a la imputación al consumidor de los gastos de tasación de la finca hipotecaria, único contenido de la cláusula que la resolución recurrida ha considerado impugnado, no se ofrecen razones en el recurso que combatan las apreciaciones con las que el juzgado mercantil ha desestimado esa pretensión y que consisten en que **no puede considerarse abusivo que deba soportar el gasto de valoración del inmueble hipotecado aquella parte que precisamente lo ofrece en garantía.** Por lo demás, compartimos tal criterio de fondo, quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para responder del préstamo es la parte que lo ofrece como garantía, que es el prestatario”.

En parecidos términos: Sentencias de las AA. PP. La Rioja 131/2016, de 16 de junio; Baleares, Sección 5.ª, de 19 de abril de 2016; Alicante, Sección 8.ª, de 4 de noviembre de 2016; Ávila, Sección 1.ª, 50/2017, de 3 de marzo; Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 181/2017, de 19 de mayo (rec. 153/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 197/2017, de 2 de junio (rec. 178/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 222/2017, de 23 de junio (rec. 204/2017); Vizcaya, Sección 3.ª, 311/2017, de 13 de julio (rec. 272/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 295/2017, de 29 de septiembre (rec. 280/2017); Soria, Sec. 1.ª, 54/2018, de 16 de abril, Recurso 48/2018 (SP/SENT/958307); Ourense,

Sec. 1.ª, 1/2019, de 8 de enero, Recurso 242/2018 (SP/SENT/989891); La Rioja, Sec. 1.ª, 447/2019, de 31 de octubre, Recurso 866/2018. (SP/SENT/1031035); Barcelona, Sec. 15.ª, 366/2020, de 19 de febrero, Recurso 1193/2019 (SP/SENT/104058).

En el mismo sentido: criterios unificadores del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 50 de Barcelona en materia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios de fecha 8 de enero de 2018.

Consideran que es un gasto que corresponde a la entidad financiera prestamista:

Sentencias de las AA. PP. Girona, Sección 1.ª, 55/2016, de 10 de marzo (rec. 589/2015); Palencia, Sección 1.ª, 259/2017, de 16 de octubre (rec. 85/2017) (SP/SENT/925071); Asturias, Sección 5.ª, 32/2017, de 1 de febrero (rec. 525/2016) (ECLI:ES:APO:2017:399), 261/2017, de 6 de julio (rec. 262/2017) (ECLI:ES:APO:2017:2084); 280/2017, de 17 de julio (rec. 288/2017) (ECLI:ES:APO:2017:2162); Vizcaya, Sección 4.ª, 176/2018, de 22 de marzo (rec. 796/2017); Murcia, Sec. 4.ª, 249/2018, de 19 de abril, Recurso 283/2018 (SP/SENT/960471); Teruel, Sec. 1.ª, 78/2019, de 20 de marzo (Recurso 370/2018) (SP/SENT/1010693); Palencia, Sec. 1.ª, 380/2019, de 8 de noviembre, Recurso 301/2019 (SP/SENT/1034568); Palencia, Sec. 1.ª, 62/2020, de 26 de febrero, Recurso 476/2019 (SP/SENT/1046866).

Consideran que es un gasto que corresponde por mitad a prestatario y a la entidad financiera prestamista:

En este sentido, se pronuncian las Sentencias de las AA. PP. Madrid, Sección 14.ª, 195/2018, de 11 de junio (rec. 770/2017) (SP/SENT/967727); Álava, Sec. 1.ª, 706/2018, de 10 de diciembre, Recurso 575/2018 (SP/SENT/992453); Zaragoza, Sec. 5.ª, 307/2019, de 10 de abril, Recurso 1226/2018 (SP/SENT/1004169); Jaén, Sec. 1.ª, 770/2019, de 10 de julio, Recurso 1002/2018 (SP/SENT/1032392); Vizcaya, Sec. 4.ª, 1282/2019, de 17 de julio, Recurso 1132/2018 (SP/SENT/1022195); Burgos, Sec. 3.ª, 390/2019, de 30 de julio (Recurso 261/2019) (SP/SENT/1017405); Burgos, Sec. 3.ª, 515/2019, de 31 de octubre, Recurso 343/2019 (SP/SENT/1031125); Tarragona, Sec. 1.ª, 31/2020, de 15 de enero, Recurso 113/2018 (SP/SENT/1037125); Ciudad Real, Sec. 2.ª, 36/2020, de 27 de enero, Recurso 413/2018 (SP/SENT/1046974); Tarragona, Sec. 1.ª, 103/2020, de 12 de febrero, Recurso 761/2018 (SP/SENT/1041986); Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 535/2020, de 28 de febrero (Recurso 41/2019) (SP/SENT/1047356); Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 630/2020, de 10 de marzo (Recurso 308/2019) (SP/SENT/1050872).

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en vigor desde el día: **16/06/2019**, para los contratos sometidos a su ámbito de aplicación establece en su art. 14.1 e) apartado i) que: “Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestión al prestamista.”

La STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, establece 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.

Tras esta STJUE de 16 de julio de 2016 debe entenderse que se ha de devolver al deudor todo lo abonado por este concepto, ya que salvo para las hipotecas sometidas a la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ninguna norma carga al mismo con este gasto.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Comisión Europea, en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020, en que considera que **un criterio jurisprudencial que, a pesar de declarar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, atribuya íntegramente al consumidor los gastos de tasación supone, de facto, una subsanación de la cláusula, lo cual es contrario a lo dispuesto por el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13** y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Asimismo, entiende que el razonamiento por el cual, al ser el consumidor el beneficiario del préstamo, sobre él recae la obligación de acreditar la suficiencia de la garantía real hipotecaria y, por lo tanto, de correr con los gastos de la tasación, es discutible por incompleto, ya que si bien no cabe duda de que el consumidor es beneficiario del préstamo (sin olvidamos de que la entidad de crédito se lucra con la operación), no es menos cierto que **la entidad de crédito tiene un interés evidente en que la tasación sea correcta y de que la garantía hipotecaria efectivamente cubra su crédito frente al consumidor en caso de ejecución forzosa.**

En consecuencia, a la vista de la STJUE de 16 de julio de 2020, se estima que los gastos de tasación del inmueble objeto de hipoteca, salvo para las hipotecas sometidas a la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, **corresponde ser abonados por la entidad financiera prestamista.**

- En cuanto a los Gastos Notariales:

Las SSTS N° 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, establece en cuanto al pago de los Gastos de Notario, que:

“ (...) Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, asunto C-483/2016, caso Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt :

"34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre.

8.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que la demandante invocó para fundar la pretensión de que el banco pagara todos los aranceles de notario y de registrador, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución

9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, lo siguiente:

"Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)".

10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta". Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación.

11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.

Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

12.- A su vez, la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

13.- Desde este punto de vista, 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. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de "interesados", pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), **es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.**

El consumidor puede recuperar la mitad de los gastos notariales de la matriz de la escritura de constitución de la hipoteca y de modificación de la misma aunque respecto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y en lo que respecta a 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.

El TS, en su reciente sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020 (Rec. 1053/2018), ha confirmado respecto de los gastos notariales su jurisprudencia anterior (Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero) a pesar de que alguna sentencia, tras el pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo, había considerado que estos gastos correspondían por completo a la entidad bancaria (SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de fecha 21 de julio de 2020, Nº de Recurso: 1079/2019).

A nuestro juicio, la decisión del TS resulta acertada, pues como establece la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula de gastos debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haberse impuesto dicha cláusula, es decir, debe actuarse como si nunca hubiera existido y, en su caso, acudir a las disposiciones de Derecho nacional que establezcan a quién le corresponde el pago de dicho gasto.

En caso de los gastos notariales estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario una parte de su abono, en tanto que también resulta interesado en la operación (art. 63 Reglamento Notarial y norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre), por lo que ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte del pago que él debió soportar.

En el mismo sentido, la Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, **consideró que el reparto de los gastos notariales de la escritura matriz de hipoteca por igual entre ambas partes no se debe tanto a una moderación de la cláusula como a la interpretación y a la aplicación de la normativa notarial.**

Asimismo, respecto de la cancelación de la hipoteca, considera que no existe óbice para que dichos gastos correspondan al prestatario dado que por aplicación de las disposiciones legales deben abonarse por el interesado.

- En cuanto a los Gastos registrales:

Las SSTS Nº 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, establece en cuanto al pago de los Gastos de Registro de la Propiedad, que:

“15.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que: 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.

Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16.- A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

17.- Desde este punto de vista, **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 cuanto a los Gastos de Gestoría:

Las SSTS N° 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, establecían en cuanto al pago de los Gastos de Gestoría, que:

"1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, (...) se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2.- 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.

3.- 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.

4.- 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.**"

No obstante ello, la reciente **STS N° 555/2020, Sala de lo Civil, Rec. 474/2018 de fecha 26 de octubre de 2020**, señala que: "Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como "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". **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.** Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.”

Por lo tanto corresponde a la entidad financiera el abono del 100% de los gastos de gestoría, pues ha sido esta la que ha acudido a los servicios profesionales de un gestor de su confianza por ella elegido, para la competente y debida formalización del préstamo; cuando dichas gestiones se podrían haber llevado a cabo por el banco o por el cliente.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en los artículos: 1.158 párrafo segundo, 1.145, 1.303 y 1.895 y ss., del Código Civil, y aplicando la citada jurisprudencia examinada, procede condenar a la Parte Demandada a que le haga devolución a la Parte Demandante, de las sumas abonadas indebidamente, en todo o en parte, que ascienden a: **MIL CUATRO EUROS, DIECISIETE CÉNTIMOS.-1.004,17.- €**, y se desglosan detalladamente a continuación:

	Fueron indebidamente abonados al 100% por la Parte Demandante	Debieron ser abonado por la Parte Demandada en las proporciones indicadas
Gastos de tasación del inmueble (Debió abonar el 100% la Entidad financiera)	362,48 €	362,48 €
Gastos notariales de Escritura de Préstamo Hipotecario (Debieron abonarse al 50% por cada parte)	520,24 €	260,12 €
Gastos de Inscripción registral de la Hipoteca (Debió abonar el 100% la Entidad financiera)	174,65 €	174,65 €
Gastos de gestoría (Debió abonar el 100% la Entidad financiera)	206,92 €	206,92€
Importe que debe abonar la Parte Demandada a la Parte Demandante:		MIL CUATRO EUROS, DIECISIETE CÉNTIMOS.-1.004,17.- €

más sus intereses legales devengados desde la fecha de cada uno de los abonos indebidos realizados, hasta la fecha de la presente resolución, y con más los intereses legales por mora procesal del artículo 576 de la LEC, devengados por dichas sumas desde la fecha de la presente resolución, hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago de las mismas.

- En cuanto a la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula contractual tras la cancelación del préstamo.-

Se desestima.

Es doctrina del Tribunal Supremo que el régimen de nulidad en los casos de abusividad es el de pleno derecho y que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas es insubsanable, no permitiendo la convalidación del contrato.

En efecto, dice la STS 558/2017, de 16 de octubre que

"Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea".

Y declarada la nulidad, y por las razones legales explicadas por la STS de Pleno 725/2018, de 19 de diciembre, procede la restitución de lo abonado por la prestataria por razón de la cláusula contractual cuya nulidad e ineficacia se declara.

Por ello, el efecto derivado de la nulidad la entidad demandada es que ésta debe ser condenada a devolver las cantidades que se han cobrado en exceso durante la vida del préstamo sin límite de tiempo, lo que es efecto claramente deducible no solo de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho sino desde luego de la doctrina del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, señala que:

"Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013" (apart. 72).

Y añade:

"De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)." (Apart 73).

Por tanto, los efectos de la cancelación del préstamo sobre el interés tutelable y el objeto del proceso exige reiterar la doctrina de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho que afecta a los casos de abusividad y al principio del interés legítimo de la parte cuando se ejercita una acción no meramente testimonial sino con efectos vinculados, tanto económicos como de otra índole, lo que deriva en la apreciación del interés protegible de la parte demandante en la formulación de la demanda para la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos dado que tiene derecho a ser reintegrado en los importes que en su caso hubieran sido indebidamente cobrados por la entidad en aplicación de la cláusula en cuestión.

En efecto, hay interés legítimo en quienes se encuentran en una situación jurídica individualizada, distinta de la situación jurídica que otros ciudadanos pueden tener respecto de la misma cuestión y la estimación de la pretensión produce un beneficio o evita un perjuicio a la persona que lo interpone, lo que en el caso, resulta más que evidente.

Como se desprende del art. 24.1 de la Constitución, la tutela judicial tiene por objeto el ejercicio de los derechos e intereses legítimos.

Concretamente, el proceso civil persigue la tutela de los derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos que entienden afectados, desconocidos, o, simplemente, en situación de riesgo.

Así, el art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que "[S]e podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley".

Y el art. 10 párrafo primero del mismo texto legal circunscribe la capacidad para ser "parte legítima" a "quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso".

Por tanto, para que exista un proceso, es preciso que se invoque un interés legítimo cuya protección se impetra del órgano judicial.

Y como la parte demandante ha solicitado, la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula declarada nula, con efectos retroactivos a la fecha de los pagos respectivos, cabe afirmar la persistencia de un interés legítimo circunscrito a la pretensión pecuniaria, que es lo que aprecia finalmente la **Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo N° 662/2019, de 12 de diciembre** (ROJ: STS 3911/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3911), para afirmar que **NO existe fundamento legal para sostener que la consumación de un contrato impida el ejercicio de la acción de nulidad** en especial cuando la finalidad de la demanda es obtener la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula cuya nulidad se pretende.

Esta Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo N° 662/2019, de 12 de diciembre (ROJ: STS 3911/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3911) señala que: "1.- *No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa. (...) 3.- En los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato. Así lo hemos declarado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero. 4.- Esto muestra que **la extinción del contrato no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad del propio contrato o de alguna de sus cláusulas.**"*

(Véase en igual sentido: **SAP de Alicante. Sección 8ª del 19 de junio de 2020**- ROJ: SAP A 1284/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1284. **SAP de Alicante. Sección 8ª del 19 de junio de 2020**- ROJ: SAP A 1283/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1283)

- **En cuanto al retraso desleal de la actora en el ejercicio de sus acciones, y actuar en contra de sus propios actos.**

Se desestima.

Conforme a la doctrina jurisprudencial actual - **STS 148/2017, de 2 de marzo**-, la aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal y la doctrina de los actos propios, entendidos ambos supuestos como casos de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos.

Así, **en el plano funcional**, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate.

Y, **en el plano de su fundamentación**, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito.

Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre).

Pues bien, **en el caso que nos ocupa no solo falta la concurrencia del presupuesto funcional del ejercicio desleal**, dado que la acción de nulidad absoluta no es prescriptible; **sino que está ausente el presupuesto sustantivo de éste y de la fundamentación de la doctrina de actos propios**, pues la mera inactividad o el transcurso dilatado de un periodo de tiempo en la reclamación del crédito no comporta, por sí solo, un acto propio del acreedor que cree, objetivamente, una razonable confianza en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito pues es la conducta impropia del deudor -en este caso, la entidad prestamista- en tanto abusiva la que provoca el crédito de aquél que ejercita la acción para la declaración judicial de lo que nunca existió, una cláusula que era abusiva y que no debió generar, en momento alguno, consecuencia perniciosa para el prestatario en una relación comercial en que su posición era más débil y que se sustentaba en la imposición de condiciones de contrato, entre ellas, algunas ilícitas por la forma en que se le imponían, a todo lo cual hemos de añadir la propia evolución de la doctrina jurisprudencial. (Véase: **SAP de Alicante, Sección 8ª del 19 de junio de 2020**- ROJ: SAP A 1284/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1284)

La doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos puede ser conceptualizada como aquella institución según la cual un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva (inactividad) a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará.

Los elementos o requisitos exigidos de forma ineludible y restrictiva para que prospere la doctrina del retraso desleal del derecho son:

- 1º.- La omisión del ejercicio del derecho.
- 2º.- El transcurso de un periodo de tiempo.
- 3º.- La objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

En este sentido, la **STS del 24 de abril de 2019** (ROJ: STS 1316/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1316), Sentencia: 243/2019 - Recurso: 2242/2016 Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN, declaró que: "En definitiva lo que hace la Audiencia Provincial es asumir

que **el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que no había transcurrido el plazo de prescripción. Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal**, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador. **La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción**, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. **No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal**, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán. Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibles es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (Art. 7 Código Civil) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica. (Sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo)."

En el mismo sentido la STS del 19 de septiembre de 2013 (ROJ: STS 4673/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4673), Sentencia: 532/2013 -Recurso: 2008/2011, Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, indicó que: "La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe (Artículo 7 Código Civil) un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo. Para la aplicación de la doctrina **es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho**, pues **el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia**, nunca presumible».

Nada de eso sucede en este caso, donde el actor ni siquiera ha apurado el plazo de prescripción, ni por ello ha generado la confianza fundada de que el derecho no iba a ser actuado.

El hecho de que el actor dirigiera una reclamación extrajudicial a la entidad solo sería jurídicamente relevante para valorar, si hubiera sido preciso, la interrupción de la prescripción.

Por otra parte, las alegaciones acerca de que, dado el tiempo transcurrido, la entidad se ha visto perjudicada en su posición jurídica, vgr.-, porque no conservaba ya documentación referida a la operación contractual litigiosa tampoco pueden ser valoradas como indiciarias de una actuación del Banco coherente con la confianza suscitada de que el cliente no iba a reclamar.

De acuerdo con la doctrina de nuestro TS, **es carga de la entidad conservar** (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) **toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente** promover el ejercicio de sus derechos o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones (Sentencias 1046/2001, de 14 de noviembre, y 277/2006, de 24 de marzo).

De esta carga se han venido haciendo eco durante años las propias Memorias de Reclamaciones del Banco de España, reiterando el criterio sentado con anterioridad en las memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Finalmente, añadir que sería paradójico favorecer mediante la aplicación de una doctrina construida sobre la buena fe a la demandada, cuyo comportamiento en el asunto litigioso ha de ser calificado, como contrario a las buenas prácticas y usos bancario

- En cuanto a la Prescripción de la acción de restitución.-

La acción de declaración de nulidad radical, absoluta y de pleno derecho de una cláusula abusiva y/o por no superar los controles de incorporación y/o transparencia, es imprescriptible ex Art. 10-4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio; Art. 83 TRLCU; Arts. 5.5 y 8 de la LCGC y Art. 6.3 del Código Civil. No estamos ante una acción de nulidad relativa o de anulabilidad sujeta al plazo del art. 1.301 del Cc.

En consecuencia, NI prescribe NI caduca.

La acción de reclamación de cantidad anudada a la pretensión anulatoria de la cláusula impugnada no caduca ni prescribe, conforme al criterio del TJUE, asumido por la **STS (Pleno Sala 1ª) de 22 de julio de 2022, número 579/2022, Rec. 806/2017 (Ponente Sarazá Jimena)**, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero, que a continuación reproducimos:

“TERCERO.- Decisión del tribunal: aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022, asunto C-869/19 (EDJ 2022/565740)

1.- Esta sala planteó ante el TJUE la cuestión consistente en si el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponía a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de reformatio in peius , que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una "cláusula suelo" declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor.

2.- En su sentencia, el TJUE declaró que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este.

3.- En la fundamentación de la sentencia, el TJUE afirma que, en las circunstancias del presente asunto, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. Por tal razón, el TJUE declara que no cabe

considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total al no cuestionar ante un tribunal de apelación la jurisprudencia hasta entonces mantenida por el Tribunal Supremo. En estas circunstancias, el TJUE concluye que la aplicación de los principios procesales nacionales de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de reformatio in peius, al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad.

4.- Dada la contestación del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por esta sala, procede estimar el recurso de casación formulado por la prestataria, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial, desestimar el recurso de apelación, acordar la estimación de la pretensión principal de la demanda y condenar a Unicaja a restituir a la demandante la totalidad de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula, así como condenarla al pago de las costas”.

-En cuanto a la Excepción de Cosa Juzgada.- La STS Nº 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, establece respecto de la Cláusula de gastos de los préstamos hipotecario de BBVA,S.A. que:

“g) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario).- Planteamiento:

1. - Amparado en el art. 477.1 LEC, denuncia infracción del art. 89.3 TRLGCU. En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH, los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario.

2.- La cláusula cuestionada es del siguiente tenor: "Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma

y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. El art. 89.3 TRLGCU 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" (número 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (número 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras 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 no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/ consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es

plenamente ajustada a derecho. Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para

considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC.”

La demandada considera que, comoquiera que se ejercita en este procedimiento por la actora, a título individual, una acción de nulidad de la misma cláusula sobre gastos, con idéntica redacción, que ya fue declarada nula de pleno derecho en virtud de la STS N° 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, nos encontraríamos ante un supuesto de cosa juzgada.

Dicha excepción de cosa juzgada ha de ser íntegramente desestimada, siguiendo los criterios jurisprudenciales siguientes:

- La **Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016** en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil (instituciones claramente relacionadas con la cosa juzgada) entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, estableció en su parte dispositiva que:

"El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva".

Y en su apartado 30, indicó:

"Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13".

De lo anterior cabe extraer que **para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen "objetos y efectos jurídicos diferentes"**.

- **La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 148/2016, de 19 de septiembre**, - (y en el mismo sentido las SSTC N° 206/2016 de 12 de diciembre; N° 207/2016 de 12 de diciembre, y N° 208/2016 de 12 de diciembre)-, establece en relación a la cosa juzgada, que:

"La identidad -que no mera similitud- de objeto entre ambos procesos [acción colectiva y acción individual], de otro lado, resulta cuanto menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que **en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de "su" contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración** (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. **El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico**. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula."

Pero **extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación**, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, **puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor** que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima** por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

- La **STS de 24 de febrero de 2017**, establece al respeto que: "De nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio), así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejerció la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de **la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia**, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, **la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales**. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, "la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente" (art. 221.1-2º LEC). Como dijimos en la indicada

sentencia 375/2010, de 17 de junio, "el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción". (Véase en igual sentido: SSTS Nº 334/2017, de 25 de mayo y Nº 357/2017, de 6 de junio).

- En cuanto al Abuso de derecho y fraude de ley o procesal. Actuar en contra de las exigencias de la buena fe ex. artículo 247 de la LEC.

La demandante aporta la Escritura Pública en las que se encuentra la cláusula abusiva cuya declaración de nulidad de pleno derecho por abusiva y expulsión del contrato pretende; así como, los documentos que acreditan la reclamación extrajudicial en su día efectuada a la demandada, y que no fue atendida.

La entidad financiera Crediticia / Prestamista demandada pudo y debió atender la reclamación extrajudicial de la actora, en todo o en parte; reconociendo al menos, extrajudicialmente, la nulidad de pleno derecho por abusiva y/o por no superar los controles de incorporación y/o de transparencia, de la/s cláusula/s del contrato de préstamo, cuya declaración/es de nulidad de pleno derecho, se pretende por la actora en este procedimiento; teniéndola/s por NO puesta/s NI incorporada/s nunca, al contrato de préstamo suscrito por las partes; manifestándose así a la Parte prestataria, hoy actora, expresamente y por escrito; puesto que el reconocimiento libre y voluntario de la nulidad de pleno derecho, de una cláusula inserta en un contrato de préstamo por la entidad financiera prestamista predisponente, a solicitud del prestatario, teniéndola por NO puesta NI incorporada al contrato, es un acto que entra dentro del ámbito de la Autonomía de la voluntad o Autonomía privada ex. artículo 1.255 del Código Civil; pudiendo y debiendo asimismo, haber procedido a devolver a la Parte Prestataria, hoy demandante, las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de dichas Cláusulas Nulas de Pleno Derecho durante toda la vida del préstamo que, a su juicio y conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos por las numerosísimas Sentencias del Tribunal Supremo y del TJUE, le pudiera corresponder a la Parte Prestataria.

A mayor abundamiento, entidad financiera Crediticia / Prestamista demandada pudo haber efectuado dicho reconocimiento expreso y manifestaciones mediante Documento Público, a través de una simple Acta Notarial de manifestaciones, a fin de dotar si se quiere de mayor solemnidad, formalidad y fuerza probatoria al mismo.

Con ello, la demandada hubiese podido y debido, dejar extrajudicialmente sin efecto cualquier pretensión judicial de declaración de nulidad de pleno derecho de dicha/s cláusula/s, formulada por la actora; obligando si se quiere a esta, únicamente a ejercitar la acción de restitución a través del correspondiente juicio declarativo, de aquellas sumas indebidamente abonadas en aplicación de dichas Cláusulas Nulas de Pleno Derecho durante toda la vida del préstamo que, en todo o en parte, no le hubiesen sido reembolsadas extrajudicialmente por la entidad financiera crediticia / prestamista.

Comoquiera que la entidad financiera crediticia / prestamista, NO lo hizo; ha obligado a la Parte prestataria, hoy actora, a ejercitar dicha acción de declaración de nulidad de pleno derecho de

dicha/s cláusula/s; por lo que NO puede apreciarse en la Parte actora, ni abuso de derecho, ni fraude de ley, ni mala fe.

Más bien todo lo contrario. Mala fe por parte de la entidad financiera prestamista demandada quien concedora como era y es, de que la/s cláusula/s que nos ocupa/n es/son nula/s de pleno derecho por abusiva y/o no superar los controles de incorporación y/o de transparencia material y formal, NO atendió la reclamación extrajudicial de la Parte prestataria, siquiera parcialmente, obligando a la Parte prestatario a tener que solicitar la tutela judicial efectiva en defensa de sus derechos e intereses legítimos, con los costes y gastos procesales que todo ello le está ocasionando; y de los que indudablemente debe ser resarcido.

La acción declarativa de nulidad de pleno derecho es distinta de la acción de condena a restituir las sumas abonadas en virtud de aquellas cláusulas declaradas nulas de pleno derecho; por lo que dichas acciones **pueden ejercitarse de manera conjunta y simultánea** en el mismo procedimiento, **o de forma separada en distintos procedimientos sucesivos**; por lo que NO es necesario para la viabilidad tan solo de la acción declarativa de nulidad de pleno derecho que aquí nos ocupa, que la demandante aporte las facturas y/o justificantes que acrediten los pagos que supuestamente hizo en su día en virtud de dichas cláusulas sobre gastos de constitución de hipoteca e intereses de demora, cuya declaración de nulidad se pretende; **no siendo incongruente el ejercicio separado de ambas acciones, ni denotando ello en modo alguno, que la actora no tenga razón en las pretensiones declarativas que nos ocupan**, puesto que haya hecho o no algún pago en virtud de dichas cláusulas ello no empece su carácter abusivo, y por ende nulo de pleno derecho; sin perjuicio de que la actora pueda en otro procedimiento ejercitar, si a su derecho conviene, la correspondiente acción de restitución, en su caso.

El hecho de que en la demanda, junto con la acción declarativa de nulidad de la cláusula de gastos, no se haya formulado ninguna petición económica restitutoria no priva a los demandantes de interés legítimo digno de tutela, ni entraña un **abuso de derecho o fraude de ley** cual denuncia la entidad demandada, insistiendo en que el único y verdadero objeto de la demanda era la obtención de las costas del procedimiento.

El instituto del abuso de derecho y el fraude ley son de aplicación excepcional y restrictiva y deben quedar fehacientemente acreditados, no bastando las presunciones y menos aún las meras sospechas o suposiciones

- En cuanto a la cuantía del procedimiento y su impugnación.-

El artículo 248 de la LEC, establece que: “3. *Las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía **sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia.**”*

El artículo 249 de la LEC, establece que: *1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía. (...). 5.º Las demandas en que se ejerciten **acciones relativas a condiciones generales de contratación** en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12.º del apartado 1 del artículo 250.”*

En consecuencia, comoquiera que la determinación de la clase de juicio declarativo ordinario viene determinado en este caso por razón de la materia, no resultan aplicables las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía.

El Artículo 255 de la LEC, relativo a la **Impugnación de la cuantía y de la clase de juicio por razón de la cuantía**, establece que:

“1. El demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación.

2. En el juicio ordinario se impugnará la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio.

3. En el juicio verbal, el demandado impugnará la cuantía o la clase de juicio por razón de la cuantía en la contestación a la demanda, y el tribunal resolverá la cuestión en la vista, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor.”

Algunas Audiencias Provinciales, en base a los citados preceptos, estiman que como quiera que el procedimiento declarativo a seguir en estos casos es el juicio ordinario por razón de la materia, NO procede pronunciarse NI en el acto de la Audiencia previa, ni en la Sentencia, sobre la cuantía determinada o indeterminada del procedimiento.

Y todo ello sin perjuicio de lo que resulte en el trámite de tasación de costas, y en su caso impugnación de la misma.

Véase en este sentido, por todas, la **SAP de León, Sección 1ª del 14 de marzo de 2019** (ROJ: SAP LO 132/2019 - ECLI:ES:APLO:2019:132)

“IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA: CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.-

1.- El segundo y último motivo de impugnación de la sentencia hace referencia a una cuestión que no se encuentra entre los pronunciamientos y decisiones contenidos en el fallo de la sentencia recurrida que pueden ser objeto de recurso de apelación. Nos referimos a la cuestión de la determinación de la cuantía del procedimiento.

2.- El hecho de que ese pronunciamiento no se encuentre entre los contenidos en el fallo de la sentencia de instancia no puede ser más lógico, pues la cuestión acerca de la cuantía del procedimiento no afecta en este caso, como enseguida veremos, ni a la clase de procedimiento a seguir ni tampoco al régimen de recursos, y desde luego, no formaba parte del petitum de la demanda ni afectaba a los motivos expuestos en la demanda que llevaron a la parte demandante a promover la demanda.

En esa tesitura, ni el fallo de instancia podía contener un pronunciamiento sobre esa cuestión, ni el recurso de apelación puede formularse con base en este motivo, ni desde luego, la sentencia de apelación puede pronunciarse tampoco sobre este aspecto al resolver el recurso de apelación.

El fallo de la sentencia solo puede contener los pronunciamientos a los que alude el artículo 209.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, debe ceñirse a las pretensiones de las partes. Y las

pretensiones de la partes deben estar especificadas en el suplico o petición del escrito rector del proceso (demanda o en su caso reconvencción), tal como indica el artículo 399.4 Ley de Enjuiciamiento Civil. Es obvio que la determinación de la cuantía del procedimiento no es una pretensión de las partes sobre la cual la sentencia deba pronunciarse. Como señala el Auto del Tribunal Supremo de 25 enero 2011, la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga a la cuantía del litigio un carácter meramente instrumental en cuanto constituye, no un fin en sí mismo, sino una premisa para el examen de otros presupuestos procesales (competencia objetiva, procedimiento adecuado y acceso a casación), o para la resolución de otras incidencias (tasas o tasación de costas). En nuestro caso, sin embargo, la cuantía del proceso no determina el procedimiento adecuado, puesto que la tramitación conforme al Juicio Ordinario viene dada por razón de la materia objeto del litigio (condiciones generales de la contratación., artículo 249.1.5 Ley de Enjuiciamiento Civil) ni tampoco afectaba al acceso a casación, por igual motivo.

3.- Siguiendo la exposición que realiza la sentencia núm 151/18 de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1, del 30 de julio de 2018 (ROJ: SAP GU 288/2018 - ECLI:ES:APGU:2018:288, hay que decir que es cierto que la cuantía del procedimiento es única e inalterable durante todo el procedimiento y, sobre su determinación, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil establece unos trámites, otorga una serie de facultades e impone determinadas obligaciones que afectan, tanto a las partes como al órgano judicial. Así, el artículo 253 impone al actor la obligación de expresar con precisión y claridad la cuantía de la demanda en el escrito inicial, remitiéndose para ello a los preceptos que le preceden (arts. 251 y 252 de la LEC), debiendo considerarla de cuantía indeterminada cuando no es posible su determinación (art. 253.3 LEC), y, en lógica correlación, la obligación de aportar con la demanda los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a los solos efectos de competencia y procedimiento (artículo 264.3), puesto que ambas cosas son necesarias para el examen de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia de la competencia objetiva y adecuación del procedimiento.

Superada la fase de admisión de la demanda, **a la parte demandada se le impone la carga de impugnar la cuantía del litigio si entiende que el procedimiento instado por el actor no es el adecuado y si afecta a la recurribilidad en casación de la futura sentencia que lo resuelva** (artículo 255.1), lo que naturalmente, ha de hacer en la contestación a la demanda, resolviendo en el acto de la audiencia previa o en la vista.

Así pues, la única posibilidad de impugnación de la cuantía por la parte demandada radica en lo previsto en **el artículo 255 LEC**, que **no le autoriza a impugnar la cuantía en todo caso**, sino sólo cuando su exacta determinación afecte al tipo de procedimiento por razón de la cuantía o a la admisibilidad del recurso de casación.

Fuera de estos casos, esto es, cuando no exista conformidad con la cuantía al entender mal realizado el cálculo sin afectar al tipo proceso o al régimen de recursos, la ley no establece ningún mecanismo de impugnación específico. De hecho los artículos 255 y 422 Ley de Enjuiciamiento Civil solo prevén la impugnación o control judicial de la cuantía procedimental fijada en la demanda, cuando esta afecta a la adecuación del procedimiento a seguir (ordinario o verbal) o afecta al acceso al recurso de casación (art.477.2.2º LEC) de modo que si no afecta a ninguna de tales circunstancias, la posible discusión sobre el exacto valor de intereses económico objeto de proceso

solo tendrá importancia a efectos de gastos y costas procesales, y debe articularse -en su caso- en el correspondiente incidente de impugnación de tasación de costas (artículos 243 y 244 LEC).

4.- En nuestro caso, eso es precisamente lo que sucede.

Como hemos ya indicado, el presente procedimiento se ha tramitado como juicio ordinario por razón de la materia (condiciones generales de la contratación, artículo 249.1.5º Ley de Enjuiciamiento Civil), y no de la cuantía.

Por lo tanto, la cuestión de la cuantía no afectaba a la clase de procedimiento a seguir (ordinario o verbal), pues es claro que debía tramitarse como Juicio Ordinario por versar sobre condiciones generales de la contratación.

Desde esta perspectiva, es evidente que el Juzgado no debía de adoptar ninguna decisión ni debía hacer ningún pronunciamiento sobre la cuantía del procedimiento. Desde luego, el Juzgado no debía de pronunciarse sobre la cuantía del procedimiento en la sentencia, pues esta resolución no debe pronunciarse bajo ningún concepto sobre la cuantía del procedimiento, al no ser la finalidad de la misma. Pero es que tampoco debía de pronunciarse sobre la cuantía del procedimiento siquiera en la audiencia previa. Ello es así porque en dicho trámite de la audiencia previa solo se debe resolver sobre la cuantía del procedimiento, en la medida en que esta cuestión sirva como sustento a una alegación de inadecuación del procedimiento (ver artículo 422 Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cual solo puede tener lugar en los procedimientos cuyo trámite viene fijado por razón de la cuantía, que como decimos no es el caso, pues este procedimiento se tramita como Juicio Ordinario por razón de la materia (condiciones generales de la contratación, artículo 249.1.5 Ley de Enjuiciamiento Civil).

5.- Todo lo que exponemos conduce a que en este caso, una decisión sobre la cuantía del procedimiento, ni puede ser considerada un pronunciamiento propio de la sentencia apelada, ni puede fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia, ni, desde luego, puede ser objeto de revisión por esta Sala.

De hecho, en estos supuestos, las resoluciones de la mayoría de las Audiencias Provinciales consideran que cuando la cuantía del proceso solo tiene efectos en relación con una eventual condena en costas, y no con el procedimiento a seguir o con la procedencia o no de recurso de casación, no procede seguir el trámite del citado artículo 255 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni dictar ninguna resolución al respecto.

Siguiendo a la Sentencia 151/2018 de la sección 1 de la Audiencia Provincial de Guadalajara del 30 de julio de 2018 (ROJ: SAP GU 288/2018 - ECLI:ES:APGU:2018:288), podemos citar en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sec. 3ª, de 5 de junio de 2015, con referencia a su sentencia de 26 de marzo de 2004; la SAP a Coruña, sección 4, del 11 de abril de 2018; SAP de Soria de 19 de marzo de 2018, SAP de Barcelona, sec 1, del 27 de noviembre de 2017 o la SAP de Las Palmas de Gran Canarias, Sec. 4ª, de 14 de abril de 2015 que indica que "Si la discrepancia en la determinación de la cuantía no tiene ningún efecto procesal, no es necesario ni tiene sentido resolverlo en la fase declarativa. Cuestión distinta es para la determinación del importe de las costas, donde ya constará para el trámite oportuno que la cuantía ha sido impugnada y se resolverá."

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 21 de enero de 2015, señala que "puesto que la necesidad de que el juzgador fije inicialmente la cuantía del procedimiento, únicamente surge, bien porque el juicio elegido por el demandante no se corresponde con el valor señalado o a la materia que se refiere su demanda, (artículo 254 LEC), o bien porque el demandado entendiera que de haberse determinado correctamente, la cuantía resultaría procedente el recurso de casación (artículo 255 LEC), sin que ninguno de cuyos supuestos se da en el caso presente, debemos señalar que, la cuantía propuesta por el actor en su demanda, y la propuesta por el demandado son adecuadas para que la tramitación sea por el cauce seguido del Juicio ordinario, así como inadecuadas para posibilitar el recurso de casación contra la sentencia que ahora se dicta. Quiere con ello decirse que no es al apelar la sentencia sino en su caso, al tasar las costas procesales, cuando en su caso, procedería volver sobre el tema de la cuantía procedimental, que en todo caso deberá someterse".

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1ª, de 5 de marzo de 2018, se ha pronunciado al respecto considerando que "dentro la vía de impugnación de la tasación de costas será el momento de plantear la determinación del importe de la cuantía, pues sólo en este ámbito tiene incidencia concreta la determinación de la cuantía, lo que implica dejar imprejuizado este aspecto y diferir su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas".

6- En conclusión: *si, como en este caso ha sucedido, se ha acordado la continuación del juicio por los trámites del ordinario, la solución pasa por continuarlo y sin entrar en otras consideraciones sobre el exacto valor del interés económico del objeto del proceso que podrá, en su caso, tener importancia y consideración, en el trámite de tasación de costas y en su hipotética impugnación por excesivas, pero no, reiteramos, en esta fase declarativa en la que únicamente puede llegar a importar la cuantía a los fines de determinar la clase de juicio, lo cual no sucede en la presente "litis", en la cual, al versar sobre condiciones generales de la contratación, tal como venimos reiterando, la clase de juicio viene impuesta por razón de la materia, no de la cuantía. Por eso, el trámite adecuado para su determinación podrá ser en su caso un futuro incidente de impugnación de costas, como presupuesto necesario para llevar a efecto la tasación procedente conforme a Derecho. Por todo ello, no procede realizar pronunciamiento alguno sobre esta cuestión, y debemos dejar imprejuizado este aspecto difiriendo su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas."*

Y este es el criterio que va a seguir este Juzgador al respecto; sin perjuicio de que en relación a una posible tasación de costas procesales causadas en este procedimiento y/o su impugnación, se dejen sentados a continuación los criterios actuales que, sobre la cuantía del procedimiento, a los solos efectos de tasación de costas procesales y/o acceso al recurso de casación, establece la Sección 8ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante; y todo ello, sin perjuicio de otros criterios jurisprudenciales que al respecto, pueda sentar el Tribunal Supremo y/o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que habrán de ser tenidos en cuenta en su caso, llegado el momento.

La **Sección 8ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante**, en su SAP de fecha 04 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP A 3823/2019 - ECLI:ES:APA:2019:3823) Sentencia: 1380/2019. Recurso: 232/2018. Ponente: FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN, señala **"Sobre la cuantía del**

procedimiento en que se pretende la declaración de nulidad de ciertas cláusulas, por abusivas, con el efecto restitutorio que le es propio", lo siguiente:

"Plantea la otrora demandante, como primer motivo de recurso, su disconformidad con que la cuantía del procedimiento haya quedado fijada, en la primera instancia, en la cantidad de 2.376,29 € pues, según su criterio, dicha cuantía debería ser indeterminada.

Recordemos que en la demanda, en la que se pretendía la declaración de nulidad de varias cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario que vincula a las partes, así como la condena de la entidad bancaria demandada al pago de las cuantías cobradas en su virtud, se señaló, que la cuantía del procedimiento era indeterminada.

Al igual que en el presente supuesto en dicha sentencia se indicaba: El decreto de admisión a trámite de la demanda fijó la cuantía del procedimiento...

*Indicábamos en consecuencia que: **"Este Tribunal ya tiene criterio formado sobre la cuestión que nos ocupa** (por todas, en sentencia de 19 de abril de 2018, reiterado con posterioridad), en el sentido de que **la determinación de la cuantía de la demanda debe ajustarse al artículo 251, regla 8ª de la LEC, que establece que:** "En los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido". La aplicación de este artículo a la pretensión de nulidad de una cláusula contractual resulta no solo del tenor del propio precepto sino también de la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia, de la que es muestra el Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011, que razonó que: "En los pleitos entablados solicitando la nulidad del contrato por encontrarse viciado de error el consentimiento del cliente, el procedimiento a seguir sería por razón de la cuantía, la cual será fijada a tenor de lo establecido en el art. 251, regla 8ª LEC"; afirmación a la que añadió lo siguiente: "Ha de tenerse en cuenta en estos casos que la cuantía será la del precio del contrato, no la de las respectivas indemnizaciones solicitadas o la del quebranto económico argüido por el recurrente". En esta misma línea se pronuncian los Autos del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010, 10 de enero de 2010 y 8 de octubre de 2013, entre otros".*

En consecuencia señalábamos: *Es por ello que la cuantía en dichos supuestos, en que se incluyen tanto el caso de la nulidad del título o negocio mismo -del contrato- como de alguna de sus partes -cláusulas-, debe fijarse atendiendo al importe de las consecuencias económicas derivadas de la nulidad que se pretende, eludiéndose de este modo además que una solicitud de indeterminación pueda servir de estrategia para obtener una posición económica más beneficiosa en el supuesto caso de condena en costas de la entidad.*

A continuación dejábamos constancia de que: En la sentencia de 23 de marzo de 2018 también razonamos, para rechazar el motivo impugnatorio que ahora se plantea, que: i) no puede dejarse al arbitrio de la actora la determinación de la cuantía cuando infringe manifiestamente las normas que regulan esta materia por lo que ningún obstáculo existe para que el Letrado de la Administración de Justicia lo rectifique de oficio según el artículo 254.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin perjuicio del recurso en el caso de disconformidad; ii) el artículo 252.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara que, en el caso de demanda en la que se acumulan varias acciones provenientes del mismo título, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las

acciones acumuladas, situación que concurre en nuestro caso porque se ejercita una acción de nulidad de varias cláusulas contractuales de cuantía indeterminada junto con una pretensión de condena al pago de cantidad líquida; iii) el artículo 251.8ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que en los juicios que versen sobre la eficacia del título obligacional (en nuestro caso, la nulidad de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario) su valor se calculará por el total de lo debido (el importe indebidamente abonado por los actores).

En aquel supuesto concluíamos que la decisión adoptada sobre la cuantía del procedimiento en la primera instancia ha de ser confirmada. En dicho supuesto la demanda tenía por objeto la declaración de nulidad de la cláusula reguladora de gastos con restitución determinada dineraria y al mismo tiempo de la cláusula reguladora del vencimiento anticipada sin petición de restitución.

Hemos de centrarnos en el supuesto objeto de autos. La actora solicita la declaración de nulidad de la cláusula reguladora de la limitación de la variabilidad de intereses junto con la declaración de nulidad de la estipulación reguladora de los gastos del contrato. Es por ello que si bien determina, como no puede ser de otra forma, la cuantía reclamada consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula gastos en la cuantía de 1.234'31.-€, no ocurre igual con la cantidad reclamada consecuencia de la nulidad de la cláusula limitadora de la variabilidad del interés. En este caso solicita el actor que se acuerde la "devolución de cantidades cobradas...debiéndose de recalcular el cuadro de amortización del préstamo"... "reduciendo el capital pendiente de amortizar" y todo ello en aplicación del contenido del artículo 219'2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es más, en este sentido, la parte demandada, recurrente, no muestra su disconformidad en el recurso con el fallo de la sentencia dictada en autos donde se indica "CONDENO a la demandada a la eliminación de la precitada cláusula y a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la referida cláusula suelo en el préstamo hipotecario, resultando su cuantía de la suma de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula suelo y los que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previsto en el contrato de préstamo hipotecario suscrito, y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de sentencia."

La **SAP de Alicante, Sección 8ª del 04 de junio de 2020** (ROJ: SAP A 939/2020 - ECLI:ES:APA:2020:939), en el caso de una acción declarativa de nulidad de pleno derecho de una **cláusula sobre límites a la variación de los tipos de interés**, y de una **cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca**, con reclamación en ambos casos de las sumas indebidamente abonadas en aplicación de las mismas; comoquiera que, en cuanto a la cláusula sobre límites a la variación de los tipos de interés, el importe a restituir vendrá determinado por la diferencia entre lo abonado por aplicación de dicha cláusula, y lo debido abonar sin aplicación de la misma, durante toda la vida del préstamo en que se hubiese y/o esté aplicando dicha cláusula hasta que se dejó y/o deje de hacerlo, consideró la cuantía como **INDETERMINADA**.

La **SAP de Alicante, Sección 8ª del 24 de enero de 2020** (ROJ: SAP A 255/2020 - ECLI:ES:APA:2020:255) en el caso de una acción declarativa de nulidad de pleno derecho de una **cláusula sobre vencimiento anticipado**, y de una **cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca**; con reclamación en el caso de la cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca, de las

sumas indebidamente abonadas en aplicación de la misma; en el que el demandante fijaba en su demanda la cuantía como indeterminada, el Decreto de Admisión a trámite de la demanda, la fijó como indeterminada; la demandada impugnó la cuantía por entender que era determinada; y finalmente el Juez la fijó como **DETERMINADA** en el importe de los gastos demandados; **señaló que**: “La determinación de la cuantía de la demanda debe ajustarse al artículo 251, regla 8ª de la LEC, que manifiesta lo siguiente: " En los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido". La aplicación de este artículo a la pretensión de nulidad de una cláusula contractual resulta no solo del tenor del propio precepto sino también de la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia que considera en efecto que el total de lo debido corresponde al precio del contrato. Baste recordar el ATS de 18 de enero de 2011: *"En los pleitos entablados solicitando la nulidad del contrato por encontrarse viciado de error el consentimiento del cliente, el procedimiento a seguir sería por razón de la cuantía, la cual será fijada a tenor de lo establecido en el art. 251, regla 8ª LEC "*, afirmación a la que añade lo siguiente: *"Ha de tenerse en cuenta en estos casos que la cuantía será la del precio del contrato, no la de las respectivas indemnizaciones solicitadas o la del quebranto económico argüido por el recurrente". En esta misma línea se pronuncian los Autos del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010, 10 de enero de 2010 y 8 de octubre de 2013, entre otros. Es por ello que la cuantía en estos supuestos, que tanto incluye el caso de la nulidad del título o negocio mismo -del contrato- como de alguna de sus partes -cláusulas- debe fijarse en el importe de las consecuencias económicas derivadas de la nulidad que se pretende, eludiéndose de este modo además que una solicitud de indeterminación pueda servir de estrategia para obtener una posición económica más beneficiosa en el supuesto caso de condena en costas de la entidad."*

La SAP de Alicante, Sección 8ª del 04 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP A 3823/2019 - ECLI:ES:APA:2019:3823) en el caso de una acción declarativa de nulidad de pleno derecho de una **cláusula sobre vencimiento anticipado**, y de una **cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca**; con reclamación en el caso de la cláusula sobre gastos de constitución de hipoteca, de las sumas indebidamente abonadas en aplicación de la misma; en el que el demandante fijaba en su demanda la cuantía como indeterminada, el Decreto de Admisión a trámite de la demanda, la fijó como indeterminada; la demandada impugnó la cuantía por entender que era determinada; y finalmente el Juez la fijó como **DETERMINADA** en el importe de los gastos demandados.

De dicho criterio jurisprudencial seguido por la Sección 8ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante, colige s.e.u.o. que:

- Si la cláusula cuya declaración de nulidad de pleno derecho por abusiva se pretende, lleva aparejada un importe económico a restituir, como consecuencia de pagos indebidamente realizados por el prestatario en aplicación de la misma, como puede ser la **cláusula sobre gastos de constitución/modificación de hipoteca**, en el que el importe de dichos gastos, como quiera que ya fueron en su día abonados, es perfectamente conocido y determinable, **la cuantía del procedimiento debe venir determinada por el importe de los gastos reclamados**.

Y todo ello con independencia de que el procedimiento a seguir sea, el declarativo ordinario por razón de la materia.

- Si la cláusula cuya declaración de nulidad de pleno derecho por abusiva se pretende, lleva aparejada un importe económico a restituir, como consecuencia de pagos indebidamente realizados y/o que se estén realizando por el prestatario en aplicación de la misma, hasta que se dejó o deje de aplicar la misma, como puede ser la **cláusula sobre limitación a la variabilidad de los tipos de interés**, en el que el importe a restituir depende de cálculos complejos, en la medida que dicho importe vendrá determinado por la diferencia entre lo abonado en aplicación de dicha cláusula sobre limitación a la variabilidad de los tipos de interés, y lo debido abonar sin la aplicación de la misma, durante todo el periodo en el que se estuvo aplicando dicha cláusula, y hasta que se deje de aplicar la misma, como quiera que dicha cuantía no siempre puede ser conocida y determinable por el prestatario, **la cuantía del procedimiento debe fijarse como INDETERMINADA.**

Y todo ello con independencia de que el procedimiento a seguir sea, el declarativo ordinario por razón de la materia.

- Si la cláusula cuya declaración de nulidad de pleno derecho por abusiva se pretende, NO lleva aparejada ningún importe económico a restituir, como sería el caso de la declaración de nulidad de pleno derecho únicamente de una **cláusula sobre vencimiento anticipado**, como quiera que no hallaríamos ante una acción declarativa de nulidad de pleno derecho, sin cuantía alguna, a ejercitar a través del juicio declarativo ordinario por razón de la materia, **la cuantía del procedimiento debe fijarse como INDETERMINADA.**

- Si son varias cláusulas cuya declaración de nulidad de pleno derecho por abusiva se pretende, y una llevan aparejadas un importe económico a restituir perfectamente conocido y determinado, como pudiera ser la declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos y la restitución de las sumas indebidamente abonadas en aplicación de la misma; y otras no llevan aparejado ningún importe económico a restituir, como pudiera ser la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, **la cuantía del procedimiento deberá fijarse como DETERMINADA por el importe de los gastos reclamados.**

En cualquier caso dicha cuantía producirá efectos en cuanto a la tasación de costas procesales que resulte procedente, en una hipotética condena en costas a alguna de las partes, y en su caso, en el incidente de impugnación de la tasación de costas procesales que pueda promoverse.

TERCERO.- Costas Procesales.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse **Estimado íntegramente** la demanda, procede condenar a la Parte demandada: **CAIXABANK, SA** al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento.

- En cuanto a las Costas procesales, la **STJUE de fecha 16 de julio de 2020**, dictada en los Asuntos acumulados: C-224/19 y 259/19, establece que: "5) El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que **se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo**, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los

consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales".

En este sentido la **Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo N° 472/2020, de fecha 17 de septiembre de 2020**. Recurso (CAS) 5170/2018, establece que: "La cuestión objeto del recurso se centra en decidir si, **en los litigios sobre cláusulas abusivas, cuando la sentencia estima la demanda y declara el carácter abusivo de la cláusula, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo por la concurrencia de serias dudas de derecho** (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), **hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE**, pues trae como consecuencia que el consumidor, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado a la misma, deba cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes por mitad. 4.- **La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 419/2017, de 4 de julio**, aplicó el principio de efectividad del Derecho de la UE, y en concreto, de la Directiva 93/13/CEE, **para excluir la aplicación de la excepción, basada en la existencia de serias dudas de derecho, al principio del vencimiento objetivo en materia de costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resultaba estimada**. 5.- Declaramos en esa sentencia que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula 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, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que **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**. 6.- En el presente caso, la resolución recurrida ha dispuesto que el consumidor, pese a ver estimada su demanda, cargue con parte de las costas devengadas en la primera instancia, al aplicar la excepción al principio del vencimiento objetivo en la imposición de costas por la existencia de serias dudas de derecho. 7.- Al resolver así, la resolución no respetó las exigencias derivadas de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad del Derecho de la UE, en los términos en que han sido interpretadas por nuestra sentencia 419/2017, de 4 de julio, cuyos principales argumentos han sido expuestos en párrafos anteriores, y, más recientemente, por la STJUE sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, por lo que infringió las normas invocadas en el recurso. Por tal razón, debemos revocar el pronunciamiento sobre costas de primera instancia contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial y sustituirlo por el de la condena al banco demandado al pago de tales costas procesales.

Por su parte, la **Audiencia Provincial de Alicante** establece que: "Con relación a las costas de la primera instancia, el criterio que ha adoptado este Tribunal en supuestos como el que ahora nos ocupa (solicitud de declaración de nulidad de varias cláusulas), en que se accede a la totalidad de

las pretensiones declarativas de nulidad y, con relación a la nulidad de la cláusula de gastos, se divide entre las partes los que cada una debe sufragar conforme a la jurisprudencia dimanante de las sentencias del Tribunal Supremo de sobra conocidas, **es que se ha producido una estimación sustancial de la demanda**, con lo que las costas habrán de imponerse a la parte demandada, pues, decimos, lo relevante es que se ha declarado la nulidad de la totalidad de las cláusulas señaladas en la demanda, pretensión a la que se opuso, con extensos razonamientos, la entidad bancaria demandada y que ha constituido realmente el núcleo del objeto litigioso. Como recuerda la reciente **STS de 31 de enero de 2018** (que cita la sentencia 715/2015, de 14 de diciembre), que el fallo se desvíe de lo pedido en aspectos accesorios sería contrario a la equidad; de ahí que el principio del vencimiento, en materia de costas, se haya de complementar con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda (que podría llamarse "cuasi-vencimiento"), de aplicación cuando haya una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido. En este sentido, téngase en cuenta que, durante la sustanciación del litigio, han recaído relevantes resoluciones, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han tenido determinante influencia en la resolución del pleito, tanto en lo que se refiere al carácter abusivo de ciertas cláusulas cuanto a los efectos derivados de la nulidad. Lo que implica la gran incertidumbre que existía al respecto a la fecha de presentación de la demanda en cuanto a las cantidades concretas que deberían ser abonadas a consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. En el caso que nos ocupa, y como decimos, la pretensión ha sido estimada íntegramente en su aspecto cualitativo y, relevantemente, en su vertiente cuantitativa, razón por la que mantendremos que la demanda ha sido sustancialmente estimada." (Véase: SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1149/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1149. SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1151/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1151. SAP de Alicante. Sección 8ª del 30 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1148/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1148).

Es criterio asumido por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante que, en los casos en los que se solicite la declaración nulidad de dos o más cláusulas y la condena a la restitución dineraria consecuencia de las mismas, si el fallo de la Sentencia estima la petición de nulidad de todas las cláusulas impugnadas y la de restitución es estimada en parte, la estimación ha sido sustancial y procede condenar en costas a la parte demandada. (SAP de Alicante. Sección 8ª del 29 de junio de 2020 - ROJ: SAP A 1125/2020 - ECLI:ES:APA:2020:1125)

En el presente caso, consta además acreditado por la actora, la/s reclamación/es extrajudicial/es efectuada/s a la demandada, que NO fue/ron atendida/s por esta, **ni en todo ni en parte**; obligando con ello a la actora a tener que recabar el auxilio judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, con todos los costes y gastos que ello le ha supuesto, de los que debe ser resarcida.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que ESTIMANDO como ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./a. VIDAL COVES, MARIA TERESA, en nombre y representación procesal de la Parte demandante: [REDACTED] contra la Parte demandada:

CAIXABANK, SA, debo:

1.- DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE PLENO DERECHO por ABUSIVA/S de la/s siguiente/s Cláusula/s y/o Estipulación/es contenida/s en la/s escritura de ampliación de hipoteca y novación modificativa de préstamo hipotecario de fecha [REDACTED] autorizada por el Notario del Iltr. Colegio de Valencia, con residencia en Crevillente, Alicante, don [REDACTED] número [REDACTED] de su protocolo., que se relaciona/n a continuación, con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales inherentes a dicha declaración de nulidad de pleno derecho:

- La **Cláusula sobre gastos de hipoteca a cargo del prestatario**, en lo que se refiere a la atribución a la parte prestataria del pago de todos los **gastos de tasación, notaría, registro de la propiedad y gestoría**, que se tiene por NO puesta NI incorporada a dicho contrato; con todos los efectos legales y jurisprudenciales actuales, inherentes a esta declaración de nulidad de pleno derecho; debiendo **CONDENAR y CONDENANDO a la Parte demandada a que le haga pago a la Parte demandante, de la suma de: MIL CUATRO EUROS, DIECISIETE CÉNTIMOS.-1.004,17.- €**, abonada indebidamente por la aplicación de esta Cláusula declarada nula de pleno derecho, más los intereses legales devengados por los importes que la integran a que se hace referencia en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, desde la fecha de sus respectivos abonos hasta la fecha de la presente resolución, y con más los intereses legales por mora procesal del artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la presente resolución, hasta la fecha en que se haga efectivo pago de dicha suma.

2.- CONDENAR Y CONDENO a la Parte demandada: **CAIXABANK, SA**, al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de su original en el Libro de Sentencias Civiles de este Juzgado.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que NO ES FIRME y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACION, ante este Juzgado, en el plazo de VEINTE DIAS contados desde el día siguiente a su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna; para su posterior conocimiento por la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE.

A tal fin se indica a las partes que la interposición del recurso de apelación precisará de la constitución de un depósito de 50 euros mediante su consignación de dicha suma en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre del Juzgado o del Tribunal, que deberá ser acreditado al tiempo de su interposición, no admitiéndose a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Si el recurrente hubiera incurrido en defecto, omisión o error en la constitución del depósito, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa.

De no efectuarlo, se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada.

Si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.

Así, por esta mi sentencia, Juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.