



Roj: **SAP M 20162/2023 - ECLI:ES:APM:2023:20162**

Id Cendoj: **28079370282023103638**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/12/2023**

Nº de Recurso: **2669/2022**

Nº de Resolución: **2994/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA PAZ PEREZ RUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0244791

Recurso de Apelación 2669/2022

O. Judicial Origen: Jdo de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 9097/2018

APELANTE: ING BANK NV SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADOR D./Dña. DAVID MARTIN IBEAS

APELADO: D./Dña. Custodia y D./Dña. Erasmo

PROCURADOR D./Dña. JAVIER FRAILE MENA

SENTENCIA Nº 2994/2023

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS./AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. RAMÓN BADIOLA DÍEZ

D. ALFONSO CARRION MATAMOROS

Dña. MARIA PAZ PEREZ RUA

En Madrid, a veinte de diciembre de dos mil veintitrés.

La Sección 28 de Refuerzo de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 9097/2018 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- de Madrid a instancia de ING BANK NV SUCURSAL EN ESPAÑA apelante - demandado, representado por el Procurador D. DAVID MARTIN IBEAS contra Dña. Custodia y D. Erasmo apelados - demandantes, representados por el Procurador D. JAVIER FRAILE MENA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 16/11/2020.



Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARIA PAZ PEREZ RUA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- de Madrid se dictó Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2020, cuyo fallo es el tenor siguiente:

" **ESTIMO** la demanda interpuesta por Custodia y Erasmo , representados por el Procurador de los Tribunales Javier Fraile, contra **ING BANK, N.V.**, representado por el Procurador David Martín y, en consecuencia, y en relación con la escritura de préstamo hipotecario de 13 de octubre de 2016:

1º. Declaro la **nulidad** de pleno derecho de la cláusula relativa a la imposición de los **gastos y tributos** a cargo del prestatario hipotecante, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma.

2º. Se tiene por **desistida** a la parte actora de la acción de restitución de la cuantía abonada en concepto de **IAJD**.

3º. **Condeno** a la demandada a reintegrar a la demandante la cantidad de **1.393,14 euros** con el correspondiente interés legal desde el momento de su pago e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del art. 576 LEC .

4º. **Condeno** a la parte demandada al pago de las **costas procesales**."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación procesal de la entidad financiera demandada recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia en el que, en líneas generales, muestra su disconformidad con la atribución de gastos de notaría.

SEGUNDO.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE "GASTOS"

Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, se pronuncia la STJUE 16/07/2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) en el siguiente sentido: "*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.*"

Señalando el Alto Tribunal en sentencia de Pleno de la Sala de Civil 35/2021 de 27 de enero de 2021, recurso 1926/2018 que: "*Habrà de analizarse caso por caso cada gasto no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente, de tal forma que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados. No se trata de ningún reparto equitativo de los gastos, sino de analizar la normativa aplicable al caso, para constatar a quien le corresponde el pago de cada uno de esos gastos*".

Sin que el hecho de que el **pago se haya efectuado a un tercero**, influya sobre dicho análisis y la restitución del gasto al consumidor, tal y como señala la STS de Pleno 23 de enero de 2019 (49/19): "*1.- El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. 2.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al*



consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, 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 abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas."

La consecuencia práctica de lo expuesto en relación con la distribución de gastos del presente recurso es la siguiente:

Gastos de notaría: El Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de la Sala de Civil 35/2021 de 27 de enero de 2021, recurso 1926/2018, señala: "En la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como "la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) 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 mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por 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.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, que se acomoda plenamente a la doctrina expuesta en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad".

La sentencia condena al pago del 50% de los gastos de notaría y no al 100% como manifiesta la parte recurrente y en consecuencia decae el motivo de apelación.

TERCERO.- COSTAS APELACIÓN

La desestimación del recurso determina la imposición a la entidad bancaria de las costas de esta alzada por mor del Art. 398 de la LEC. a la entidad financiera.

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

FALLAMOS

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS INTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ING BANK NV., contra la Sentencia dictada en fecha 16 de noviembre de 2020, por el Juzgado de Primera Instancia número 101 Bis, en el Juicio Ordinario nº 9097/2018 y, en consecuencia, procede:

1.º CONFIRMAR íntegramente la expresada resolución.

2.º IMPONER a la recurrente vencida las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Notifíquese esta resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 248.4 de la L.O.P.J, advirtiendo contra las partes cabe interponer recurso de casación, y, en su caso, de infracción procesal, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 del expresado Texto Legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta



de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5399-0000-00-2669-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro y remítase otro al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta Sentencia lo mandamos y firmamos.

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ