



Roj: **SAP LE 56/2021 - ECLI:ES:APLE:2021:56**

Id Cendoj: **24089370012021100025**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **906/2020**

Nº de Resolución: **43/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ROSA MARIA GARCIA ORDAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LEON

SENTENCIA: 00043/2021

Modelo: N10250

C/ EL CID, NÚM. 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 987 23 31 35 Fax: 987 23 33 52

Correo electrónico: audiencia.s1.leon@justicia.es

Equipo/usuario: YFD

N.I.G. 24089 42 1 2019 0009127

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000906 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de LEON

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO **CONTRATACION**-249.1.5 0002352 /2019

Recurrente: Nicolas , Julia

Procurador: MIGUEL ANGEL DIEZ CANO,

Abogado: ANGEL FERNANDO MENDOZA ROBLES,

Recurrido: BANCO SANTANDER SA,

Procurador: JAVIER SUAREZ-QUIÑONES FERNANDEZ,

Abogado: LETICIA MARIA DELESTAL GALLEGO,

SENTENCIA Nº 43/21

Ilma. /os. Sra. /es:

Dª ANA DEL SER LOPEZ - Presidenta .

D. ANGEL GONZALEZ CARVAJAL . - Magistrado

Dª ROSA MARIA GARCIA ORDAS . - Magistrada en comisión de servicio

En León, a 21 de enero de 2021

VISTO ante el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el recurso de apelación civil **núm. 906/2020**, en el que han sido **partes D. Nicolas Y Dª Julia** representado por el procurador Sr. Diez Cano bajo la dirección técnica del letrado Sr. Mendoza Robles como **APELANTES**, y, **BANCO SANTANDER**



S.A. representada por la procurador Sr. Suarez-Quiñones Fernández bajo la dirección de la letrada Sra. Delesta Gallego como **APELADA**. Interviene como Ponente del Tribunal la **ILTMA. Sra. D^a Rosa María García Ordás**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En los autos nº 2352/2019 del Juzgado de 1^a Instancia número 7 de LEÓN se dictó sentencia de fecha 21/09/2020 cuyo fallo, literalmente copiado, dice: "**ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA** interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Ángel Diez Cano en nombre y representación de Doña Julia y Don Nicolas , asistidos por el letrado Don Ángel Fernando Mendoza Robles contra Banco Santander, con los siguientes pronunciamientos:

Se declara la nulidad por abusividad de la estipulación inserta dentro de la denominada cláusula de gastos de constitución incluidos en la cláusula de préstamo hipotecario de fecha 24 de noviembre de 2004, firmado en León, ante el notario Don Andrés Prieto Pelaz, bajo su número de protocolo 2.783, con los efectos inherentes a dicha declaración de nulidad, conforme a la doctrina jurisprudencial establecida de devolución de las cantidades pertinentes, en concreto conforme sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, la totalidad del gasto de registro de la propiedad por importe de 146,67 € y mitad de gastos de notaría, por importe de 209,47 € por constitución de préstamo hipotecario; más los intereses legales desde la fecha de su abono y hasta la fecha de la sentencia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el pago definitivo. Cada parte abonará las costas causadas a sus costas y las comunes por mitad."

SEGUNDO. - Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por los demandantes. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado al apelado, que lo impugnó en tiempo y forma. Se sustanció el recurso por sus trámites, con remisión de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto. Se designó Ponente al Ilmo. Sra. Rosa María García Ordás y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 19/01/2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Delimitación del objeto del recurso de apelación.

La sentencia declara la nulidad de la cláusula de repercusión de gastos inserta en la escritura de fecha 24 de noviembre de 2004 de constitución de hipoteca nº 2783, pero no la de la escritura también otorgada 24 de noviembre de 2004 de compraventa con subrogación y novación de préstamo hipotecario nº 2782, impugnan los demandantes este pronunciamiento alegando que la escritura contiene una novación del préstamo en el que se subrogan los compradores y los gastos reclamados se contraen a esa operación; impugna igualmente la no imposición de costas.

SEGUNDO. - Repercusión de los **Gastos derivados de la novación** de préstamo hipotecario. Falta de legitimación de la entidad bancaria.

Afirma la parte recurrente que se trata de una escritura de compraventa con subrogación y novación, donde evidente la carga ya está constituida con la promotora vendedora." Inversiones Aparicio S.L. " y reza la cláusula decima "Todos los gastos .que por cualquier concepto se ocasionen por esta escritura, su copia, impuestos y cualquier otro que se origine y no haya sido enumerado en este apartado serán de cuanta exclusiva de la parte compradora"; pero consta expresamente que comparecen como representantes de la entidad bancaria los Sres. Jesus Miguel y Miguel Ángel en la escritura, y que en la estipulación sexta se pacta una modificación de las **condiciones** del préstamo en concreto plazo de amortización, tipo de intereses, los módulos de revisión, y las comisiones por lo que en este sentido la cláusula gastos de la escritura se refiere claramente a la relación del Banco con los prestatarios.

Es evidente que la relación contractual de compraventa surge ente promotor vendedora y adquirente consumidor, subsidiaria a esta cuando como medio de pago el comprador de una vivienda se subroga en el préstamo hipotecario, lo hace por propia iniciativa, aun cuando haya podido mantener un contacto previo con la prestamista. La subrogación es un acto unilateral del prestatario en el que no interviene la prestamista, salvo, según los casos, para prestar su asentimiento. Por ello, los gastos generados por la subrogación no son impuestos por la entidad financiera: el comprador de la vivienda puede recurrir a financiación con otra entidad financiera. Además, no es la prestamista la que genera el coste de titulación e inscripción de la compra y de la subrogación, por lo que no se le puede exigir la restitución de los gastos generados a instancia del comprador.

Sin embargo, cuando no estamos ante una mera subrogación, sino ante una subrogación con novación, la prestamista sí interviene activamente y traslada sus **condiciones generales**, por lo que podría decirse que más



que una subrogación/novación estamos ante una novación, subjetiva, por cambio del prestatario, y objetiva, por cambio de las **condiciones** financieras y/o de la hipoteca. Así pues, lo que se denomina subrogación/novación es, propiamente, una novación, porque no se produce un mero cambio del prestatario por un acto unilateral suyo, sino ante una modificación consensuada del contrato (novación subjetiva y objetiva), el término adquirente o comprador engloba tanto el comprador como el prestatario.

En estos casos, cualquier cláusula que se imponga al prestatario, y que no pueda rechazar sin posibilidad de negociación, es una **condición general** sometida al control de abusividad previsto en los artículos 82 y siguientes de la LGDCU.

Por tanto, en el supuesto enjuiciado, se reclaman tanto a los gastos generados por la subrogación como por la novación y solo estos deben ser restituidos, y resultando que en la demanda en lo que se refiere a los gastos de registro de la propiedad parece restringirlos solo a la novación el importe de 66.15€, pero en lo referente a la factura de notaría se limita a realizar una prorrata imputando la mitad a subrogación (que debe ser excluida) y a novación y la otra mitad a la compraventa y de la mitad resultante aplica el 50%, por lo que efectuando la misma regla no cuestionada entre subrogación y novación resultaría a devolver por este concepto 104,95€ , total s.e.u.o **171,1€** .

TERCERO.- Sobre las costas de instancia no impuestas en la sentencia, procede mantener ese pronunciamiento, sin que consideramos ello infrinja el criterio sentado en la jurisprudencia emanada a raíz de sentencia de TJUE de 16 de julio de 2020, porque en el caso ahora enjuiciado nos encontramos ante una estimación parcial de la demanda donde se rechaza uno de los conceptos reclamados , no ante una simple reducción cuantitativa de conceptos.

Tal criterio no se consideraba inconciliable con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, que concluye: " 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".

Al respecto, debe significarse que el apartado 94 de la sentencia del TJUE citada expresa que " la aplicación del artículo 394 de la LEC. podría tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula", y en el apartado 96 insiste en la idea cuando expresa que "pronunciarse sobre la cuestión de si es compatible con el principio de efectividad el hecho de hacer que recaigan sobre el consumidor las costas de un procedimiento dependiendo de las cantidades que se le restituyen, aunque se haya estimado su pretensión en relación con el carácter abusivo de la cláusula impugnada".

Es decir, la doctrina que resulta del examen de la sentencia no puede reducirse a la existencia de un derecho del consumidor a litigar sin limitación alguna impuesta por los criterios nacionales de distribución del pago de las costas procesales, sino que el punto de partida es el de la plena estimación de la acción de nulidad de la cláusula, lo que resulta discutible si la misma engloba varios conceptos y uno o varios de ellos no es estimado. Pero, además, el principio de efectividad que aquella doctrina impone, para llegar a la inaplicación de los criterios de imposición de costas que recogen nuestro Derecho interno, tiene su fundamento en el objetivo de evitar que el resultado incierto del litigio, en lo que se refiere al alcance económico de la nulidad declarada, desincentive a los consumidores al ejercicio de acciones de nulidad contractual, ante el riesgo de asumir sus propios costes procesales. Así lo expresa la sentencia en el apartado 98, cuando indica que condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial.

Pero en el supuesto analizado no existía tal incertidumbre respecto del concepto rechazado, de gastos correspondientes a la subrogación, pues los mismos habían sido rechazados en numerosas sentencias de esta Audiencia, como S 4/05/2018 (RPL 209/2018), S 6/06/2018 (RPL 88/2018) S 17/09/2018 (RPL 347/2018) , por citar algunas y la demanda rectora de los autos se presentó en fecha 24/09/2019.

CUARTO.- No se debe hacer imposición sobre las costas del recurso de apelación al estimarse en parte al pretensión de la recurrente

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación,



III. FALLAMOS:

ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación interpuesto por **los demandantes** contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2019 dictada en los autos ya reseñados, N° 2352/2019 y, en su consecuencia la revocamos parara acordar .la nulidad de la cláusula de repercusión de gastos de la escritura de compraventa con subrogación y novación de préstamo otorgada el 24/11/2004 n° 2.782 y acordar que la entidad financiera debe restituir además y por este concepto 171,1€ más intereses desde la fecha de su abono, sin hacer condena sobre las costas de instancia.

Sin imposición tampoco de costas del recurso de apelación

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía del interés casacional, y, en su caso y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso de casación se deberá acreditar haber constituido un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano judicial, y otros 50 si también se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO DE SANTANDER, S.A., en la cuenta de este expediente 2121- 0000-12-0906-20.

Notifíquese esta resolución a las partes y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.

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