

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

SENTENCIA: 00283/2019

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

-

Tfno.: [REDACTED] Fax: [REDACTED]

[REDACTED]

N.I.G. 27028 42 1 2017 0006653

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000619 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001555 /2017

Recurrente: BBVA S.A.

Procurador: ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLANO

Abogado: PATRICIA NAVARRO MONTES

Recurrido: [REDACTED], [REDACTED]

Procurador: JOSE ANGEL PARDO PAZ, JOSE ANGEL PARDO PAZ

Abogado: JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ

S E N T E N C I A N°283/2019

Magistrados: Iltmos. Sres.

D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO

D^a. MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

D. DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

En LUGO, a dos de mayo de dos mil diecinueve.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001555 /2017**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO**, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000619 /2018**, en los que aparece como parte apelante, **BBVA S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLANO, asistido por el Abogado Sra. PATRICIA NAVARRO MONTES, y como parte apelada, D^a. [REDACTED], y D. [REDACTED], representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE ANGEL PARDO PAZ, JOSE ANGEL PARDO PAZ, asistido por el Abogado Sr. JAIME CONCHEIRO FERNANDEZ, sobre nulidad de 2

cláusula contractual, siendo ponente el Presidente el Iltmo. Sr. D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO, se dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2018, en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que, estimando sustancialmente la demanda formulada por doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y don [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], representados por el Procurador Sr. Pardo Paz y asistidos por el Letrado Sr. Concheiro Fernández, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, representada por la Procuradora Sra. Campos Pérez Manglano, debo declarar y declaro: La nulidad por abusiva de la cláusula Quinta, gastos a cargo del prestatario, inserta en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 3 de abril de 2002, la nulidad de la cláusula Sexta de gastos a cargo del prestatario contenida en la escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 22 de octubre de 2004, y nulidad de la cláusula undécima de gastos a cargo del prestatario de la escritura de novación de préstamo hipotecario de fecha 30 de marzo de 2010, suscritos con la parte demandada, condenado a la demandada a restituir a la actora las siguientes cantidades y por los siguientes conceptos: 553,28 euros de notario y 611,95 euros de registro, más los intereses legales desde su abono, incrementados en dos puntos desde la presente resolución. Con imposición de costas a la demandada"; que ha sido recurrido por la parte BBVA S.A., habiéndose alegado por la contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 20 de marzo de 2019, a las 10,30 horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada con la modificación que se dirá.

PRIMERO.- Consiste la contienda en la declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios introducida por la entidad bancaria en un préstamo hipotecario. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda con lo efectos restitutorios que entiende procedentes.

Contra esta decisión judicial plantea recurso de apelación la parte demandada y civilmente condenada.

SEGUNDO.- PRESCRIPCION DE LA ACCION

Alega la recurrente que la acción de restitución de lo eventualmente pagado de forma indebida, estaría prescrita, al ser de aplicación para la misma el plazo ordinario de las acciones personales del art.1964 del CC, (15 años en la fecha del contrato, y 5 años desde la reforma de 2015).

La cuestión es ciertamente controvertida y las posturas de las Audiencias Provinciales son discrepantes pues mientras unas entienden que hay que distinguir entre la acción declarativa de la nulidad de una cláusula abusiva, no sujeta a plazo, y la acción de restitución derivada de tal nulidad que por razones de seguridad jurídica si debe soportar esa limitación temporal, otras Audiencias, por el contrario, entienden improcedente tal limitación por ser un efecto directo de la nulidad al no poder ser considerada la acción de recuperación económica autónoma respecto de la principal.

Como ejemplo del primer grupo de sentencias la AP de Barcelona señala.

24. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (artículo 19.1º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (artículo 19.4º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o de nulidad (artículo 8).

Ello no obstante entendemos que la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa.

25. Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido, cuestión que suscita serias dudas de derecho. Ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no

es posible distinguir dos acciones donde sólo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando éstos son una consecuencia directa y necesaria de aquélla. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos *ex tunc* (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad.

26. Sin embargo toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo) y la más moderna, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo. Se dice que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisaría de un pronunciamiento judicial, salvo para deshacer una cierta apariencia negocial o vencer la resistencia de quien sostiene la validez. Por eso la acción declarativa es imprescriptible (el artículo 121-2 del CCat declara imprescriptibles todas las acciones meramente declarativas). Por el contrario, a todas las pretensiones de condena les alcanza la regla de la prescripción de las acciones " cualquiera que sea su naturaleza " por el mero lapso de tiempo fijado por la ley (artículos 1930 y 1961 del Código Civil).

La razón última de esa distinción también se encuentra en el fundamento de la prescripción de las acciones, que no concurre en la acción de nulidad y sí en la acción restitutoria o de remoción. Que el negocio jurídico es inexistente o que el acto es nulo de pleno derecho se debe poder hacer valer en cualquier momento, pues el negocio jurídico inexistente no emerge o el acto nulo no se convalida por el mero transcurso del tiempo. De ahí que la nulidad se pueda oponer vía excepción o se pueda pretender mediante la correspondiente acción en todo momento y sin sujeción a plazo de prescripción. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción.

27. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 se pronunció en ese sentido, descartando que las

acciones restitutorias de actos o contratos nulos sean imprescriptibles. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

"Que si la cuestión de la prescripción es de ordinario, como reconoció la Sentencia de esta Sala de 10 abril 1947 (RJ 1947\601) "delicada y confusa", con las dificultades inherentes a ellos, éstas suben de punto, cuando se trata de aplicarla en relación con actos jurídicos tachados de vicio de nulidad, pues entonces hay que examinar la naturaleza de tales actos, el carácter absoluto o relativo del defecto imputado, su repercusión respecto a las acciones ejercitadas para pedir su cumplimiento o anulación, en relación con la figura de la prescripción y las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, respecto al lapso de tiempo transcurrido, interrupción del mismo, etcétera;
(...)

" Que en la Sentencia últimamente citada de 7 enero 1958, proclamó esta Sala que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial, reconocen la existencia de la prescripción, como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que sólo era de mero hecho, ya que, sin este 6 medio, la propiedad y los derechos todos, se hallarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia, con cuyas afirmaciones, se confirmaba la doctrina, ya hecha constar en anteriores Sentencias, entre otras en las de 8 mayo 1903 , 2 marzo 1912 , 26 marzo 1915 y 13 abril 1956 (RJ 1956\1560), de que dado el concepto y fundamento de la prescripción, está la Institución encaminada, especialmente, a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas, no se ajusten siempre a estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil, la cuestión aparece clara: en el párr. 2º del art. 1930, se declara la

prescriptibilidad de los "derechos y acciones, de cualquier clase que sean": en los arts. 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa, torpe, sin establecer que, las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su art. 1965; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca -y dicho queda que este Tribunal la estima acertada- no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y aceptada en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción, el recurrente denuncia."

30. Pues bien, aun cuando, como hemos dicho, la cuestión suscita serias dudas de derecho, estimamos que, efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula que desplaza al consumidor todos los gastos de la escritura puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo. No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido.

31. No estimamos que estemos ante una única acción de nulidad imprescriptible y que no podamos distinguir, como hace de forma casi unánime la doctrina, entre la acción declarativa de nulidad y la acción de remoción de los efectos. Frecuentemente ambas acciones se han ejercitado de forma separada. De hecho, este Tribunal sólo ha tenido ocasión de pronunciarse, hasta el momento, sobre acciones meramente declarativas de nulidad de la cláusula de gastos. El Tribunal Supremo, de igual modo, conoció de una acción colectiva de nulidad, declarando abusiva la cláusula que imputa indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación (Sentencia de 23 de diciembre de 2015). Sobre la base del carácter abusivo de la atribución sin matices de todos los gastos al prestatario, la reciente Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ECLI ES:TS:2018:848) señala que deben ser los tribunales quienes decidan y concreten " en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores , cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación (fundamento cuarto, apartado cuarto) ." Esa acción presenta perfiles propios y apreciamos su carácter autónomo respecto de la acción principal de nulidad. De este modo, a diferencia de lo que acontece con la restitución de los efectos de la cláusula suelo, en este caso, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, la acción no es restitutoria o de devolución de las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la **cláusula**, sino que se trata de una acción de reembolso de cantidades percibidas por terceros (el notario, el Registro, el gestor o la Administración Tributaria). Hay quien sostiene que la acción tiene naturaleza resarcitoria o que se sustenta en el artículo 1.158 del Código Civil (acción de repetición por pago por cuenta de otro) o en artículo 1.895 del mismo Código (cobro de lo indebido). La remoción de efectos, por otro lado, no es automática, dado que para la distribución de los gastos habrá que estar a lo que dispongan las Leyes sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (parte que ha solicitado los servicios o en cuyo interés se han prestado, acuerdos entre los contratantes...).

32 . Tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria, siempre que la prescripción se oponga por el profesional en tiempo y forma. La Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), que valora precisamente la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo proclamada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, declara la compatibilidad con el Derecho de la Unión del establecimiento de plazos razonables de prescripción. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

" 68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C 40/08, EU:C:2009:615 , apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

69. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C 40/08, EU:C:2009:615 , apartado 41).

70. No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal -como es un plazo razonable de prescripción- de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *Barth*, C 542/08, EU:C:2010:193 , apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Barra y otros*, 309/85, EU:C:1988:42 , apartado 13)".

33. Por tanto, la prescripción de la acción restitutoria no resulta contraria al artículo 6.1º, de la Directiva 93/13, siempre que el plazo de prescripción resulte "razonable", como ocurre en nuestro Derecho con los plazos largos de prescripción de las acciones personales (artículos 1964 del Código Civil o 121.20 del Código Civil de Catalunya).

34. En definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción.

Por el contrario y como ejemplo del segundo grupo la AP de Zaragoza

Como primer motivo del recurso se impugna la sentencia por considerar que debió haberse desestimado la pretensión al no existir interés y haber desaparecido el objeto del proceso, dado que el préstamo fue cancelado con anterioridad a la interposición de la demanda.

La acción que se ejercita es de nulidad absoluta por contravenir la cláusula impugnada una norma imperativa o prohibitiva, como es la legislación de protección de consumidores y usuarios. La acción es imprescriptible y en ninguna norma legal se exige que el contrato este vigente para poder solicitar su nulidad. Incluso respecto de la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento, cuando éste deriva del error o dolo, el ejercicio de la acción se computa desde la fecha de la consumación según el artículo 1.301 del Código civil . Por lo tanto, no existe ningún impedimento legal para ejercitar la acción de nulidad de un contrato o de sus cláusulas con posterioridad a la consumación del mismo.

Cierto es que consumado un contrato pudiera carecer de sentido solicitar la nulidad de determinadas cláusulas cuya eficacia ha sido nula. Así, carecería de interés solicitar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato que nunca fue incumplido y que todos sus efectos están consumados. O el pacto de intereses de demora, pues, por mucho que puedan considerarse abusivos, si no fue nunca incumplido, en ningún momento fueron aplicados. Pero no puede decirse lo mismo de la cláusula relativa al pago de los gastos, pues, aunque ya no pueda tener interés legítimo en que se declare su nulidad con efectos futuros, pues el contrato está consumado, si existe interés en cuanto a sus efectos pasados al haber sido aplicada.

El recurrente se basa en diversas sentencias de Audiencias Provinciales, sin embargo la argumentación jurídica que se sostiene en las mismas no puede ser compartido, no sólo por lo razonado, sino porque se han dictado otras sentencias de Audiencias Provinciales que mantienen un criterio contrario y que esta Sala comparte plenamente.

Así la sentencia de la AP de Albacete de 1 de junio del 2.018 , indica que:

" Una cosa es que la relación jurídica se haya extinguido y otra muy distinta es que sus efectos no deban revertirse, si derivan de cláusulas nulas. El carácter retroactivo de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, establecido definitivamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, evidencia que los demandantes tienen interés legítimo en la declaración de nulidad que interesaron. Y también pone de manifiesto que el proceso no carece de objeto.

El interés jurídicamente defendible de los demandantes, y la pervivencia del objeto del proceso, derivan, obviamente, de su pretensión de que se les devuelvan los intereses pagados indebidamente, pretensión que pasa necesariamente por la previa declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo.

Si normalmente, en los litigios sobre cláusulas suelo que hasta ahora se han visto por este Tribunal, el efecto de la nulidad se proyecta en un doble sentido, hacia el futuro, haciendo desaparecer el límite de la variación del tipo de interés durante el tiempo de vigencia que le queda al contrato de préstamo hipotecario, y hacia el pasado, imponiendo a la entidad bancaria la obligación de devolver las cantidades indebidamente cobradas, la única peculiaridad del caso de autos es que los efectos de la nulidad pretendida sólo se proyectarán hacia el pasado.

Los principios de seguridad jurídica y de orden público económico a los que se refiere a sentencia recurrida no se han plasmado en una norma que prohíba la declaración de nulidad de una cláusula inserta en un contrato ya agotado. Tales principios se han plasmado en nuestro ordenamiento jurídico en las normas reguladoras de la caducidad y la prescripción, normas que no resultan aplicables al caso, entre otras razones porque no concurre la primera y no se ha invocado la segunda.

Es más, cuando el artículo 1.301 del Código Civil establece el momento de inicio del cómputo de la acción de nulidad por error, o dolo, o falsedad de la causa, lo hace coincidir con el de la consumación del contrato, es decir, con la fecha de cumplimiento o agotamiento de sus efectos. Lo anterior se dice no porque se considere que la nulidad de la cláusula suelo interesada tenga amparo en dicho precepto, sino porque es una norma que evidencia que es posible declarar la nulidad de un contrato ya cumplido".

La sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 13 de noviembre del 2.107 señala:

"9.- La parte demandada alegó en su escrito de oposición al recurso de apelación algo que ya había argüido en su

contestación a la demanda: que no era posible la declaración de abusividad/nulidad de la cláusula controvertida porque el préstamo objeto de esta "litis" se encuentra cancelado desde octubre de 2015. Nosotros discrepamos sin embargo de esta tesis. Es factible llevar a efecto un control de validez de una condición general de la contratación incluida en un contrato de préstamo que a la fecha de interposición de la demanda estaba cancelado.

Recordemos que en la demanda puede leerse claramente que se ejercita una acción al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, formulada en atención al carácter abusivo que se atribuye a la estipulación controvertida, a tenor de lo dispuesto en el 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. Del ejercicio de esa acción deriva el demandante además como consecuencia, el ejercicio de una reclamación dineraria, consistente en las sumas pagadas por el prestatario a consecuencia de la aplicación de la referida cláusula.

La acción ejercitada es la de "nulidad absoluta", como resulta incuestionablemente de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que dispone "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. / 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"

Es el art. 10. Bis, 2 de la Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (EDL 1984/8937), establecía que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas". Este precepto ha sido reproducido de forma semejante en el actual y vigente art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (EDL 2007/205571), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que prevé que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los

mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

En consecuencia, siendo claro que la acción ejercitada es la de nulidad absoluta o de pleno derecho, lo siguiente que debemos decir es que esa acción, como es sabido, no está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil sino que por el contrario es imprescriptible. En este sentido, el Tribunal Supremo, por ejemplo, en constante jurisprudencia de ociosa cita viene a establecer que "los contratos afectos de nulidad absoluta, radicalmente nulos, inexistentes en derecho, no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo. La acción de nulidad es imprescriptible" (ver por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006 que a su vez cita otras de 9 de abril de 1997, 14 de marzo de 2000 - con cita a su vez de Sentencias del Tribunal Supremo de 6-4-84 , 10-10-88 , 23-10-92 , 8-3-94 y 9-5-95 - y de 18 de octubre de 2005). Por consiguiente, siendo la acción imprescriptible, el que nos hallemos ante un contrato cancelado no impide la interposición de la acción, pues en general, la extinción de un contrato no impide que se puedan formular después reclamaciones siempre y cuando nos hallemos ante el ejercicio de acciones interpuestas en plazo (lo que sucede obviamente en caso de ejercicio de una acción imprescriptible) y cuyo objeto o razón de ser subsista, como es el caso, en la medida en que la acción de nulidad ejercitada en nuestro caso, constituye precisamente el soporte inexcusable para la acción de reclamación dineraria que asimismo se ejercita (no sería factible la devolución de las sumas que el actor impetra sobre la base de la abusividad de la cláusula, si dicha cláusula no pudiera ser declarada abusiva por haberse extinguido el contrato)".

Y en la Sentencia 22 diciembre del 2.017 de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1^a), se argumenta:

"CUARTO.- Para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013, aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte.

Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo, que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene.

Piénsese en un contrato de arrendamiento que se haya extinguido por expiración del plazo. Nada impediría al arrendador reclamar las rentas vencidas y adeudadas, por más que el contrato en sí se haya extinguido.

Como hemos dicho, en este caso se trata de una acción de nulidad que pretende la eliminación de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como claramente se dice en la demanda, cuando se refiere a la acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, como lo es la cláusula suelo.

Reiteramos que estamos ante una acción de nulidad y no ante una acción resolución contractual, en cuyo caso, sí tendría razón la parte apelante, pues no es posible en Derecho resolver un contrato que ya se ha cumplido.

Además, la posibilidad jurídica de promover la nulidad de una cláusula o la nulidad parcial de un contrato, una vez sus prestaciones se han cumplido está prevista en el Art. 1.301 CC, cuando regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad, en los casos de error, dolo o falsedad en la causa, al establecer que el plazo de cuatro años comenzará a contarse desde la consumación del contrato.

Por tanto, dicho precepto autoriza que de un contrato ya consumado, como puede ser el que nos ocupa, de préstamo hipotecario entre la parte actora y la entidad bancaria, puedan anularse todas o algunas de sus cláusulas, aun cuando a la fecha de presentación de la demanda, se hubiera cancelado por amortización anticipada, como es el caso.

Otro ejemplo de la posibilidad de promover la acción de nulidad es el que viene resolviendo esta Audiencia Provincial con reiteración, al declarar la validez de un contrato de novación suscrito entre consumidor y entidad bancaria, en el que acuerdan dejar sin efecto la cláusula suelo, y sin embargo, ello no obsta a que se promueva la acción de nulidad de la cláusula suelo con devolución de las cantidades abonadas en exceso desde la constitución de la hipoteca hasta que la dejan sin efecto en el contrato privado de novación. Vemos que se estima la acción de nulidad de la cláusula

suelo, con los efectos económicos señalados, aún cuando a la fecha de interposición de la demanda, dicha cláusula suelo ya no existe porque las partes han convenido dejarla sin efecto”.

En el mismo sentido se pronunció esta Sala en sentencia de 24 de septiembre y 13 de noviembre del 2.018.

Por otro lado, respecto de la prescripción, siguiendo también la misma doctrina sentada en dichas sentencias, la reclamación de las cantidades indebidamente pagadas se fundamenta en la nulidad de la cláusula de gastos al infringir una norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que prohíbe la incorporación a los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas, por lo que la acción, tanto para pedir su nulidad, como los efectos inherentes a la misma, es imprescriptible, no siendo de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC que se refiere a la acción de anulabilidad. Ni tampoco ningún plazo de prescripción de los previstos en la legislación de protección de consumidores y usuarios que se refieren a supuestos distintos de las consecuencias de la declaración de una cláusula nula.

La consecuencia de la nulidad es la devolución de las contraprestaciones realizadas como consecuencia de dicha nulidad y, aunque, los prestatarios satisficieron una serie de gastos a favor de terceros, se efectuaron por aplicación de una cláusula nula, que de no haber sido impuesta, parte de los referidos pagos los debería haber efectuado la entidad prestamista, por lo que debe equipararse la devolución de contraprestaciones a la reintegración que el prestamista debe hacer a favor de prestatario por un pago indebido e impuesto en una cláusula nula.

Pero, aunque se aceptase que la acción es independiente a la nulidad, en ningún caso estaría prescrita, pues el inicio del cómputo deberá efectuarse desde el momento en que se declara nula la cláusula, pues mientras no se declare, no existe acción para reclamar lo indebidamente pagado. Como establece el artículo 121-23.1. del CCC el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. Por lo tanto, sin conocer que la cláusula era nula, lo cual se produce con la declaración judicial, no se iniciaría el plazo prescriptivo.

Incluso, aunque se aceptase, que no se acepta, también la autonomía de ambas acciones y la de reclamación de lo pagado indebidamente estuviera sometida a un plazo de prescripción, el inicio del cómputo no puede situarse en el momento de la

celebración del contrato, pues el consumidor no sabía que estaba pagando unas cantidades de forma indebida, tal conocimiento empezó a producirse cuando los Tribunales han empezado a dictar resoluciones sobre el derecho a resarcirse de un pago indebido y que podría situarse en el momento en el que el 23 de diciembre del 2.105 el Tribunal Supremo así lo ratificó.

Interesa recordar además lo señalado por El TS (la STS de 22-5-08, citada por la de 25-3-09)

"... nuestro Código Civil, superando la teoría de la "actio nata", afirmativa para ser posible la prescripción, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, afecta, a través de la normativa del artículo 1969 de dicho Código, la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo al que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en Sentencias de 26 de noviembre de 1943, 29 de enero de 1952 y 25 de enero de 1962, reiterando criterio ya sostenido en otras precedentes, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuar (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977). Análoga la Sentencia de 29 de enero de 1982."

En conclusión, el cómputo del "dies a quo" se halla en la STS de 23 de diciembre de 2015 , por cuanto que, en contra de la realidad social, presupone que ese día los usuarios tomaron conocimiento de su carácter abusivo.

La Sala tras haber meditado la cuestión, y tras analizar la jurisprudencia vigente, entiende que se hace necesario compatibilizar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la cláusula abusiva, con el principio de seguridad jurídica, pues no puede mantenerse que la posibilidad de solicitar la restitución de lo indebidamente abonado como consecuencia de una cláusula nula pueda mantenerse "sine die".

Compartiendo que ambas acciones están vinculadas, se hace necesario establecer algún tipo de limitación temporal para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto derivada de la imprescriptible acción de nulidad.

Para ello ha de partirse de la idea de que una acción sometida a plazo solo puede iniciar el cómputo prescriptivo desde que puede ejercitarse. Es por ello que no compartimos la tesis de aquellas sentencias que fijan tal hito temporal cuando se abonaron los gastos, pues en aquel momento (cuando hablamos de hipotecas antiguas) no conocía el consumidor la abusividad de la cláusula, su nulidad, ni las acciones que de ello derivan. Tal solución interpretativa deja al consumidor en una situación de indefensión constriéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad esteril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico.

Desde la posición contraria, situar el inicio del cómputo en el momento de la declaración de abusividad comporta "de facto" una acción de enriquecimiento injusto imprescriptible lo que no es la solución adoptada por nuestro derecho interno.

Una opción es fijar, entonces, el día de inicio del plazo en la fecha de la sentencia de 23 de diciembre de 2015, que fue el momento de la declaración inicial de nulidad en el seno de una acción colectiva. Sin embargo, tal sentencia no marco con la debida concreción los efectos de la nulidad que fue algo que no se produjo por nuestro Tribunal Supremo sino hasta la sentencia de 23 de enero de 2019 en la que ya el Tribunal Supremo sienta en plenitud doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de gastos y los efectos derivados de la misma.

Por todo ello, esta Sala partiendo de que la acción de nulidad es imprescriptible sienta el criterio de que:

a) La acción de restitución derivada de los efectos de la nulidad está sometido al plazo de prescripción genérico de 5 años.

b) El inicio del cómputo en estos supuestos de gastos hipotecarios se sitúa en el 23 de enero de 2019.

TERCERO.-La parte apelante considera que la cláusula de gastos del contrato de préstamo no es abusiva.

La Sala no comparte tal apreciación pues se trata de una cláusula predispuesta por la entidad prestamista y concurre un desequilibrio contrario a la buena fe y ello porque viene a atribuir a la parte prestataria la obligación de asumir todos los gastos del contrato de préstamo.

La cláusula litigiosa, por su falta de reciprocidad en la asunción de los gastos, constituye una estipulación que ocasiona a la parte prestataria consumidora un evidente perjuicio que no cabe pensar que hubiese razonablemente aceptado en el marco de una negociación individualizada.

En este sentido se han pronunciado las recientes sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019.

Efectivamente, la sentencia de Pleno nº 49, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, indica, en relación con la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, "... que dicha atribución indiscriminada y total es abusiva, en cuanto que altera el justo equilibrio entre las prestaciones".

Sigue diciendo dicha STS nº 49, de 23 de enero de 2019 lo siguiente:

"En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación. A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C- 226/12 (Constructora Principado), cuando dice:

"21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

"22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

"23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un

obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

"24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

"25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)".

3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual".

Y en el mismo sentido la STS nº 44, de Pleno, de 23 de enero de 2019, que recuerda que "En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque "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 consecuencia, y en virtud de todo lo expuesto, se está en el caso de confirmar la declaración de nulidad acordada en la sentencia de instancia de la cláusula de gastos litigiosa contenida en la escritura de préstamo obrante en autos, desestimando la licitud de la cláusula que defendía en el recurso de apelación la entidad bancaria.

CUARTO.- Las STS de Pleno de 23 de enero de 2019 analizan los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos en relación con cada uno de ellos.

Así, la STS nº 49 de 23 de enero de 2019 señala lo siguiente:

QUINTO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos - préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. 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".

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

Es decir, como la normativa notarial 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.

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.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de 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.

SEXTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- 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 1º, 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 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

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 aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

SÉPTIMO.- Gastos de gestoría

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de 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. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio 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 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.

2.- 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”.

Y en cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados indica dicha STS nº 49, de 23 de enero de 2019, lo siguiente:

“1.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento.

2.- Desde este punto de vista, esta parte del motivo de casación debe ser desestimada, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos: "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".

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras sentencias de 15 de marzo de 2018. Y no quedan cuestionadas por 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 (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna".

QUINTO.- No apreciamos ningún motivo para concluir que los gastos de novación hipotecaria estén excluidos de la cláusula séptima que se declara nula. La entidad bancaria es parte en la operación de novación y la respuesta que debe darse a esta cuestión es idéntica a la repercusión de gastos de constitución de hipoteca y novación del préstamo hipotecario. En este sentido se pronuncian las recientes *Sentencias de Pleno del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019* que concretan lo siguiente: *"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."*

SEXTO.- Primero.- En relación con los intereses conviene traer nuevamente a colación lo que al respecto señala la STS de 23 de Enero de 2019

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, asuZsolt 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.

SEPTIMO.- En el suplico de la demanda se solicita que:

a) Se declare la nulidad de la cláusula financiera quinta descrita en la exposición de los hechos de la presente demanda en lo relativo a la imputación al prestatario de la totalidad de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca (notaría, registro e impuestos) así como los gastos procesales y preprocesales derivados de una eventual ejecución para el caso de impago por parte del prestatario.

b) Se condene a la demandada a restituir, respecto del préstamo hipotecario, algunas las siguientes peticiones subsidiarias:

(i) las cantidades que se hubiesen satisfecho por la actora en aplicación de la cláusula declarada nula y, por los conceptos de Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, gastos de Registro de la Propiedad y de Notaría, con los intereses legales que correspondan.

(ii) Subsidiariamente respecto del apartado (i) anterior, las cantidades que se han satisfecho por la actora en aplicación de la cláusula declarada nula por la totalidad de los gastos de Notaría y Registro de la Propiedad, con los intereses legales que correspondan.

(iii) Subsidiariamente respecto de los apartados (i), (ii) anteriores, las cantidades que se han satisfecho por la actora en aplicación de la cláusula declarada nula por los gastos de Registro de la Propiedad y con los intereses legales que correspondan.

(iv) Subsidiariamente respecto de todos los apartados (i),

(ii) y (iii) anteriores, las cantidades que se hubieran podido satisfacer por ésta en aplicación de la cláusula declarada nula por los conceptos cuyo pago habrían correspondido legalmente al prestamista.

Segunda. Con subsidiario respecto de la petición primera:

a) Se declare la nulidad de la cláusula financiera descrita en la exposición de los hechos de la presente demanda en lo relativo a la imputación al prestatario de la totalidad de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca (sólo notaría y registro) así como los gastos procesales y preprocesales derivados de una eventual ejecución para el caso de impago por parte del prestatario.

b) Se condene a la demandada a restituir, respecto del préstamo hipotecario, algunas las siguientes peticiones subsidiarias:

(i) las cantidades que se hubiesen satisfecho por la actora en aplicación de la cláusula declarada nula y, por los

conceptos de gastos de Registro de la Propiedad y de Notaría, con los intereses legales que correspondan.

(ii) Subsidiariamente respecto del apartado (i) anterior, las cantidades que se han satisfecho por la actora en aplicación de la cláusula declarada nula y, por los conceptos de Registro de la Propiedad y con los intereses legales que correspondan. Página 33 de 34 *CCS Abogados*

(iii) Subsidiariamente respecto de todos los apartados anteriores, las cantidades que se hubieran podido satisfacer por ésta en aplicación de la cláusula declarada nula por los conceptos cuyo pago habrían correspondido legalmente al prestamista.

Tercera.- Subsidiariamente respecto de la petición primera y segunda anteriores, se declare la nulidad de la cláusula financiera quinta descrita en la exposición de los hechos de la presente demanda en lo relativo a la imputación al prestatario de la totalidad de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca (notaría, registro e impuestos) así como los gastos procesales y preprocesales derivados de una eventual ejecución para el caso de impago por parte del prestatario.

Todo ello, con imposición de las costas causadas a la parte demandada."

La sentencia ahora recurrida estimó la petición de nulidad de la cláusula de gastos y parcialmente la petición subsidiaria segunda de la petición de la demanda al condenar a la demandada a la restitución de las cantidades pagadas por los conceptos del registro de la propiedad y la mitad de los de notaría, por lo que estimamos que, conforme al artículo 394 LEC y la doctrina contenida en la STS núm. 963/2007, de 14 de septiembre, se ha estimado parcialmente la petición subsidiaria segunda del pedimento principal de la demanda (en la que se pide el reintegro de la totalidad de los gastos de notaría y registro de la propiedad) y no procede, por tanto, la imposición de costas a la parte demandada.

OCTAVO.- Al estimarse en parte el recurso no procede condena en costas.

Vistos los artículos citados y de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Se estima en parte el recurso de apelación.

Se revoca en igual medida parcial la sentencia para limitar los efectos del reintegro a la mitad de los gastos notariales, de gestoría y tasación al 50%, y para eliminar la condena en costas.

Se mantiene lo demás.

No se hace condena en costas.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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