



Roj: **SAP PO 460/2020 - ECLI: ES:APPO:2020:460**

Id Cendoj: **36038370012020100134**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2020**

Nº de Recurso: **188/2019**

Nº de Resolución: **140/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00140/2020

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MA

N.I.G. 36057 42 1 2018 0002036

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000188 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000472 /2018

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., Guillermo

Procurador: ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLANO, JAVIER FRAILE MENA

Abogado: PATRICIA NAVARRO MONTES, NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER VALDES GARRIDO

Dª MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZALEZ

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

**SENTENCIA NUM. 140/20**

En PONTEVEDRA, a diez de marzo de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000472/2018, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 de VIGO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000188/2019, en los que aparece como parte **apelante, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ANA MARAVILLAS CAMPOS PEREZ-MANGLANO, asistido por el Abogado D. PATRICIA NAVARRO MONTES, y como parte apelada, Guillermo , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JAVIER FRAILE MENA, asistido por el Abogado D. NAHIKARI LARREA IZAGUIRRE, siendo el **Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Vigo, con fecha 9 de enero de 2.019, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"1 Estimar en parte la demanda interpuesta por don Guillermo frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., declarando la nulidad de la cláusula de gastos inserta en la escritura pública de fecha 5 de noviembre de 1993 en la que se documentó un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y de la cláusula de gastos inserta en la escritura pública de fecha 20 de abril de 2006, en la extensión que resulta de los fundamentos de la presente resolución.

2 Condenar a la parte demandada abonar al demandante 180,05 euros, con los intereses legales desde el 31 de mayo de 2006, y 69.60 euros, con los intereses legales desde el 22 de junio de 2006.

3 Se aplicarán los intereses previstos en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil.

4 Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la mitad de las comunes."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurso versa sobre la validez y los efectos de la cláusula de gastos inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor. En el caso el debate se contrae a los efectos de la nulidad sobre la obligación de pago de los gastos devengados por el notario, registro y gestoría, respecto del otorgamiento de la escritura de préstamo.

2. La demanda pretendía la nulidad de la estipulación sobre gastos del préstamo hipotecario concertado el día 5.11.1993, que más tarde sería novado por escritura pública de 20.4.2006. La demanda acumulaba la pretensión de restitución íntegra de los gastos abonados por los conceptos de registro de la propiedad, notario, tasación, y gestoría, con desglose respecto del contrato originario y de su novación, y reclamaba la cuantía global de 1.282,80 euros.

3. El banco demandado, también en un extensísimo escrito de contestación, se oponía a la declaración de nulidad de la cláusula sobre atribución de gastos, que consideraba plenamente válida, y sostenía un conjunto de excepciones de contenido procesal y de fondo, (defecto legal en la demanda, impugnación de cuantía, falta de litisconsorcio pasivo, prescripción).

4. La sentencia de primera instancia rechazó la alegación de prescripción de la acción, y declaró nula la cláusula de gastos de la escritura pública de préstamo y del contrato de novación, y condenó a la demandada a abonar la suma de 180,05 euros de principal, y 69,60 euros por intereses devengados. La sentencia opta también por la no imposición de costas. En su apartado noveno, la sentencia justifica los efectos de la nulidad, que concreta en la restitución de los gastos de registro y la mitad de los de gestoría, y rechazó el resto de conceptos. En relación con la prescripción, el apartado décimo de la sentencia razona la decisión de aplicar el plazo general prescriptivo de las acciones personales, que computa desde el momento en que se realizaron los pagos. Por esta razón, la sentencia declara prescritas las reclamaciones de cantidad correspondientes a los gastos realizados en virtud de la escritura de préstamo original, en particular, al gasto de restitución del arancel registral.

5. Contra la sentencia han interpuesto recurso ambas partes litigantes.

Recurso de apelación formulado por el BBVA.

6. El recurso de apelación rechaza, en primer lugar, la condena a la restitución de los gastos de registro y de gestoría.

Recurso de apelación formulado por la representación demandante.

7. La parte recurrente impugna el pronunciamiento que declaró prescrita la acción de restitución de los gastos correspondientes al primer préstamo. Seguidamente se impugna el pronunciamiento que rechazó la restitución de los gastos notariales y de los gastos de tasación. Por último, el recurso postula la revisión de la absolución en materia de costas, postulando la condena de la parte demandada.

Valoración de la Sala.

8. Las cuestiones objeto de ambos recursos han sido resueltas en numerosos pronunciamientos de esta sala de apelación; así, la cuestión relativa a la declaración de nulidad de la cláusula que impone indiscriminadamente todos los gastos derivados del contrato de préstamo hipotecario al consumidor, la procedencia de la acción de restitución y sus límites, en relación con los diversos gastos reclamados, y el efecto del transcurso del tiempo respecto del ejercicio de la acción, han sido objeto de múltiples pronunciamientos dictados por esta sala de apelación, habiéndose fijado criterio definitivo en la sentencia 152/17, de 28.3, continuado en la de 13.12.17 y en numerosas resoluciones posteriores; entre las más recientes podemos recordar la recaída en el rollo 47/17, 137/18, o en el 161/18, por sólo citar algunos. Consideramos que la remisión a estos pronunciamientos, que siguen doctrina sentada con carácter definitivo por el pleno de la sala primera del TS, resuelven el recurso de apelación formulado por el banco: la cláusula de gastos, en la forma en que ha sido expresada, resulta nula, y debe discriminarse en la determinación de los efectos de la nulidad, la restitución de cada concepto abonado por el prestatario y reclamado en la demanda. El hecho de que el préstamo hubiera sido novado no autoriza al banco a incluir en la novación estipulaciones abusivas, contrarias al justo equilibrio de prestaciones. No aceptamos el argumento de que la novación beneficie en exclusiva al prestatario. La cita de sentencias que trae a su vez la resolución de instancia, resulta igualmente pertinente para desestimar el recurso del banco, sin perjuicio de lo que razonaremos más adelante respecto de cada uno de los gastos cuestionados.

9. El problema de la prescripción de la acción de restitución de las cantidades, que ha sido estimada parcialmente en la sentencia en relación con el préstamo originario, también ha sido objeto de pronunciamientos reiterados. La cuestión es conocidamente polémica en doctrina y jurisprudencia, al punto de que pende ante el TJ de la UE una cuestión prejudicial planteada recientemente por la AP de Alicante, sección octava, en la que se pregunta, en esencia, si es compatible con el Derecho de la UE el establecimiento de plazos de prescripción para estas acciones de restitución, así como sobre el concepto de "razonabilidad" de los plazos prescriptivos. Sin embargo, desde este órgano de apelación venimos resolviendo la cuestión, en recientes pronunciamientos, en el sentido de no plantearnos dudas sobre la compatibilidad de la prescripción de la acción de restitución con las normas comunitarias, y optamos por afirmar el carácter prescriptible de la acción. Cosa distinta sucede con respecto de la acción de nulidad de la cláusula abusiva, para la que consideramos, en línea con la unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, que se trata de una acción imprescriptible.

10. Tampoco discutimos que, ante la ausencia de un plazo legal de prescripción, deba aplicarse el general de las acciones personales, hoy de cinco años. El problema surge a la hora de determinar el dies a quo para el cómputo de dicho plazo, cuestión conocidamente polémica en la jurisprudencia provincial. La sentencia de la Audiencia de Alicante, entre otras que cita el recurrente, constituye un claro exponente de la tesis que considera que el dies a quo del plazo prescriptivo debe fijarse en la fecha en que el consumidor prestatario realizó los pagos cuya restitución reclama. Los argumentos de dicha sentencia, que a su vez reproduce otros pareceres jurisprudenciales, resultan sugerentes, como lo son los de la sección 15 de la AP de Barcelona, en su sentencia 547/2018, de 25.7, y en otras posteriores. En la doctrina existen opiniones muy divergentes, que van desde fijar el plazo prescriptivo desde la STS de 23.12.2015, a señalarlo en el momento de la firma del contrato, o a identificarlo con la fecha en que se satisface el último plazo de amortización del préstamo, con íntegro cumplimiento de las prestaciones de las partes. Sin embargo, conociendo que se trata de una cuestión polémica (la cita de sentencias en uno u otro sentido resulta ya tediosa), razones de seguridad jurídica y de coherencia argumental nos inclinan por mantener el criterio que venimos siguiendo en esta sección de la AP de Pontevedra (en sentencias, 278/2019, de 14.5, 358/2019, de 18.6; 27.3.2019; 379/2019, de 27.6; 445/2019, de 24.7, entre otras), cuyo razonamiento reproducimos a continuación:

"Afirmada la sujeción de la acción de restitución de las consecuencias de la declaración de nulidad al régimen de prescriptibilidad de las acciones, de acuerdo con el principio general del art. 1930 CC, el problema se reconduce a precisar el plazo aplicable y el día inicial del cómputo.



Al no haber una disposición específica y tratarse de una pretensión dirigida a revertir las ventajas económicas que la cláusula declarada nula por abusiva supuso para la entidad prestamista, se considera aplicable la previsión general que señala el art. 1964.2 CC para las acciones personales, esto es, quince años "desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación" (cinco años, tras la entrada en vigor de la reforma operada por la disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre).

La acción de restitución de las consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato o una cláusula contractual exige, como presupuesto esencial, que se haya admitido por las partes o declarado por sentencia judicial la nulidad en cuestión, ya que, hasta ese momento, el contrato o la condición general de la contratación despliega todos sus efectos obligacionales. No es posible el ejercicio autónomo de una acción de reposición si, previa o simultáneamente, no se ejercita la acción de nulidad del contrato o la cláusula. En concreto, por asimilación a la acción de enriquecimiento injusto o pago de lo indebido, es preciso que la pretensión de asistente en la injusticia o falta de causa del enriquecimiento o del pago, lo cual, habiéndose fundado la transmisión en un obligación negocial, requiere la eliminación por vía de nulidad de pleno derecho de dicha obligación.

Por tanto, la acción de restitución puede ejercitarse, y el plazo de prescripción comienza a correr, desde que se declara la nulidad de pleno derecho del contrato o cláusula contractual, declaración que constituye el título constitutivo sobre el que se apoya la acción de restitución, como expresamente afirma 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".

41.- La tesis sostenida por la entidad demandada (la prescripción comienza a computarse desde la celebración del contrato y asunción y pago por el prestatario de los conceptos recogidos en la cláusula de gastos), implicaría que, transcurridos cinco años desde la celebración del contrato, el consumidor ya no podría reclamar la devolución de las cantidades satisfechas en virtud de una cláusula declarada nula por abusiva, lo cual, tratándose contratos de larga duración, comporta un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice la reclamación dentro del citado plazo, ya sea debido al tiempo que haya tardado en revelarse el carácter abusivo de la cláusula, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos, por lo que la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11 , EU:C:2013:164 , apartado 60).

42.- Al amparo de estas consideraciones, procede declarar que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula contractual, si no se hubiera ejercitado conjuntamente con la acción de nulidad, es el de la firmeza de la sentencia que así la declare.

43.- Por consiguiente, habiéndose ejercitado acumuladamente ambas acciones en el procedimiento que nos ocupa, no cabe hablar de prescripción de la acción de restitución, debiendo el profesional restituir al prestatario todas las cantidades a las que anteriormente se ha hecho referencia, con independencia del momento en que hubieran sido satisfechas".

11. En consecuencia, el recurso debe verse estimado, en el sentido de declarar viva la acción de restitución de gastos, -la referencia se hace sólo a los derivados del préstamo originario-, ejercitada en la demanda.

Gastos de notario y gestoría

12. La sentencia de primera instancia ha rechazado la pretensión de restitución de los gastos notariales, con el argumento de que no constaba qué parte había solicitado la intervención del fedatario. Sin embargo, las sentencias del TS 46/2019, 47/19, 48/19 y 49/19 han fijado definitivamente doctrina sobre la cuestión. Así, el fundamento jurídico tercero de la STS 46/19, interpretando la normativa sectorial aplicable, considera que como las disposiciones arancelarias no especifican a efectos de redacción de la matriz si el interesado es el prestamista o el prestatario, y toda vez que el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, es razonable distribuir por mitad su importe; las copias deberán abonarlas quien las solicite. En el caso no existe prueba sobre quién ha solicitado la expedición de las copias, por lo que todo el gasto comprendido en la factura notarial, correspondiente a los dos préstamos, por importe de 625,23 euros integra el concepto general que debe ser distribuido por mitad. Idéntico criterio viene manteniendo esta sala respecto de los gastos de gestoría, en línea con lo que ha razonado la resolución recurrida. Se estima parcialmente el recurso

Gastos de registro



13. En relación con los gastos de registro, la más reciente STS 300/19 afirma que a diferencia 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. En la medida en que el derecho se inscribe en favor del banco prestamista, es a éste al que corresponde el pago de los gastos que genere la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. Por tanto, el recurso del banco debe verse desestimado.

Gastos de tasación

14. En relación con los gastos de tasación, consideramos que no existen razones para modificar el criterio que viene siguiendo esta sección de la Audiencia Provincial, de considerar que su pago corresponde al prestatario. Aceptamos que esta conclusión no ha sido uniforme en todos los pronunciamientos de la Sala, pero en la actualidad constituye el criterio con el que venimos resolviendo el problema. En línea con lo que consideramos una corriente jurisprudencial mayoritaria (vid., entre otras muchas, la SSAP de Pontevedra de 14 de mayo de 2014 y 6 de febrero de 2015, SAP de Barcelona de 18 noviembre de 2015, SAP de Córdoba, de 4 de diciembre de 2015, SAP de Huelva, de 24 febrero de 2016, SAP de Málaga, de 5 julio de 2016, SAP de Ávila de 3 de marzo de 2017, SAP Islas Baleares de 22 de marzo de 2018 y SAP Asturias de 28 de marzo de 2018), en nuestras sentencias de 14.3.2014 y 5.12.17 ha consideramos que la imputación al prestatario de los gastos de tasación no constituye (entiéndase, por sí misma, de forma individualizada, no con la generalidad en que se presenta el problema en el presente caso) una estipulación abusiva, pues se trata de gastos precontractuales que asume el prestatario en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca. Así, en nuestra sentencia 175/2014, de 14 de mayo, afirmamos: "... la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca. Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y, aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones".

15. Recientemente, en nuestra sentencia de 27.3.19 (rollo 22/19) hemos añadido el argumento de que el art. 14.1 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados en su sesión de 21/02/2019, tras ordenar que el prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, documentación que proporcione información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario, añade que los gastos se distribuirán del siguiente modo: "(...) i) Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista." Aunque dicho precepto no es de aplicación por razones obvias, sí que refleja el propósito del legislador, máxime si tenemos en cuenta la distribución de gastos que se realiza en la referida ley. En consecuencia, los gastos de tasación deben ser soportados por el prestatario, como acertadamente resuelve el juez de instancia.

Costas

16. La regla general en materia de imposición de costas es la del vencimiento objetivo, y la excepción a dicho régimen surge en los supuestos en que se aprecien dudas de hecho o de derecho, expresión legal de la vigente LEC que mantiene, con diversa terminología, el régimen tradicional previsto en la LEC de 1881, cuando se aludía entonces a la presencia en el litigio de "circunstancias excepcionales". Tanto la "oscuridad de la causa", como la existencia de cuestiones complejas existentes en un determinado asunto que impiden determinar con nitidez quién, pese a la desestimación de las pretensiones planteadas, ha sido el causante del proceso, justifican la excepción al vencimiento objetivo; también la presencia de dudas jurídicas en el caso, entendiendo la ley que el caso es jurídicamente dudoso cuando existe jurisprudencia contradictoria al respecto.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS



Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de BBVA, y estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de DON Guillermo, contra la sentencia dictada en los autos 472/2018 del Juzgado nº 14 de Vigo, resolución que revocamos en el único sentido de imponer al banco la condena a restituir la mitad de los gastos notariales abonados por el prestatario, en el importe de 312,62 euros, así como los gastos de registro derivados del préstamo originario, por importe de 132,10 euros. No se efectúa pronunciamiento en costas. Decretamos la pérdida del depósito constituido por el recurso desestimado íntegramente.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

FONDO DOCUMENTAL CEND