



Roj: **SAP B 995/2020 - ECLI: ES:APB:2020:995**

Id Cendoj: **08019370152020100363**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/02/2020**

Nº de Recurso: **948/2019**

Nº de Resolución: **432/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA BARCONES AGUSTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178117584

Recurso de apelación 948/2019 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 2668/2018

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procuradora: Ana Maravillas Campos Perez-Manglano

Abogado: Antonio Blanes Girones

Parte recurrida: Carlota , Cecilio

Procurador: Javier Fraile Mena

Abogada: Nahikari Larrea Izaguirre

Cuestiones.- Nulidad de cláusula de gastos a cargo de prestatario. Prescripción acción devolución cantidades. Intereses de demora y efectos.

SENTENCIA núm. 432/2020

Ilmos. Sres. Magistrados

LUIS RODRIGUEZ VEGA

BERTA PELLICER ORTIZ

NURIA BARCONES AGUSTÍN

Barcelona, 27 de febrero de 2020

Parte apelante: BBVA, S.A.

Parte apelada: Carlota y Cecilio

Resolución recurrida: Sentencia



-Fecha: 11 de febrero de 2019

-Parte demandante: Carlota y Cecilio

-Parte demandada: BBVA, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad por abusiva de la cláusula referida a gastos de la escritura de fecha 12 de abril de 2007, condena a la demandada a reintegrar al actor la suma de 618,76 euros. Declara la nulidad de la cláusula de intereses de demora y condena al demandado a abonar la suma de 367,20 euros, declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y no condena en costas a ninguna de las partes.

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. La parte demandante presentó escrito de oposición.

TERCERO. Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado día 26 de febrero de 2020.

Es ponente la Magistrada Nuria Barcones Agustín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. La parte actora interpuso demanda de nulidad de la cláusula de gastos contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado en fecha 12 de abril de 2007, alegando que la cláusula de gastos era abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, solicitando como efecto de la nulidad la restitución de las cantidades abonadas y sus intereses.

2. La demandada se opuso a la demanda alegando, entre otros motivos de oposición, que el plazo sería el de diez años contemplado en el artículo 120- 20 de la Ley 29/ 2002, de 30 de diciembre, del Código Civil de Catalunya.

3. La sentencia, estimó la demanda, declarando la nulidad de la cláusula de gastos. En cuanto a los efectos de la nulidad, condena a la demandada a la devolución de los gastos abonados en el importe de 428, 34 euros.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandada basando su recurso en la prescripción de la acción restitutoria.

SEGUNDO. De la prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución.

5. La demandada insiste en considerar prescrita la acción por el transcurso diez años desde que se firmó la escritura y se abonaron los gastos en las condiciones pactadas, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1301 C.Civ. y 120.20 del Código Civil de Catalunya. La sentencia apelada rechaza la excepción, al estimar que estando ante un supuesto de nulidad absoluta la acción es imprescriptible. Analizaremos para resolver la cuestión planteada, en qué medida la acción de nulidad de una cláusula por abusiva está sujeta a plazo de prescripción o caducidad y si es posible diferenciar un distinto régimen jurídico; uno, para la acción de nulidad, y otro, para la restitución de los efectos o la remoción de las consecuencias jurídicas derivadas de la cláusula abusiva.

6. El punto de partida debe ser el artículo 1930.2º del Código Civil, por el que los derechos y las acciones " *de cualquier clase que sean*" se extinguen por la prescripción. La prescripción extintiva, aunque afecta a la acción, se traslada al derecho subjetivo tutelado por esta, que también puede verse extinguido por la inacción judicial del titular. El fundamento de la prescripción es doble: desde un punto de vista objetivo, se vincula con la necesidad de dar seguridad jurídica y certidumbre a las relaciones jurídicas (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981 y 30 de noviembre de 2000) y, desde una perspectiva subjetiva, se alude a la presunción de abandono del derecho o a la dejación en su ejercicio por parte del titular (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 y 6 de mayo de 2009).

7. Por tanto, la prescripción es la regla y alcanza a todas las acciones, salvo aquellas que el propio Código Civil u otras Leyes declaran imprescriptibles, como ocurre con las acciones de filiación (artículos 132 y 133 del Código Civil), la de división de la cosa común (artículo 400 del código civil), la acción de partición de herencia, la acción de deslinde y amojonamiento (artículo 1965 del Código Civil), la acción de nulidad absoluta de la marca registrada (artículo 51.2º de la Ley de Marcas) o las pretensiones no prescriptibles del artículo



121-2 del CCat. Que la prescripción sea la regla general no es contradictorio con la obligación de interpretar restrictivamente dicha institución, según jurisprudencia reiterada, por no estar basada en principios de estricta justicia (Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 o 24 de mayo de 2010 , entre otras muchas).

8. La jurisprudencia también ha proclamado de forma reiterada que la nulidad absoluta o radical de los contratos por inexistencia de causa o por no concurrir alguno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil no es susceptible de sanación y, en consecuencia, que la acción es imprescriptible (Sentencias de 18 de octubre de 2005 o 22 de febrero de 2007). Esa doctrina se ha sentado fundamentalmente para distinguir la acción de nulidad de los contratos por falta de alguno de los presupuestos del artículo 1261 de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, que está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Cc. Y, aun cuando doctrinalmente se haya discutido, la misma imprescriptibilidad de la acción alcanza también a otros supuestos de nulidad absoluta, como ocurre con los actos contrarios a la Ley (artículo 6.3º del Código Civil).

9. 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 19.4 º). 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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 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 firmeza 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."

13. La jurisprudencia, sin embargo, no es uniforme en este sentido, pues la más reciente Sentencia de 25 de marzo de 2013 (ECLI ES:TS :2013:2456), en un supuesto de nulidad absoluta por simulación -no de nulidad por infracción de norma imperativa- dijo lo siguiente:

"En este motivo Chiota, SA y Puerto Deportivo de Alicante, SA denuncian la infracción del artículo 1964 del Código Civil .

Argumentan que, si bien la acción declarativa de una simulación no prescribe- como había establecido el Tribunal de apelación-, sí lo hace la restitutoria, implícitamente ejercitada con aquella y dirigida a restablecer, respecto de los bienes objeto del contrato nulo, el estado posesorio anterior a su celebración.

A partir de tal afirmación añaden que el plazo fijado en el artículo 1964 para la prescripción de la acción específicamente dirigida a producir ese efecto restitutorio -en cuanto personal y no sometida a un régimen especial- había vencido cuando se interpuso la demanda, contando el tiempo desde que el contrato se celebró.

II. No tienen en cuenta las recurrentes que el Tribunal de apelación declaró que la enajenación de las acciones fue simulada y, por tal, que sólo existió en apariencia, tanto en su génesis, como en su ejecución.

En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada -"ex nihilo nihil" -.

Precisamente el negocio simulado se define como aquel en el que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto -"colorem habet substatiam vero alteram" -o puede no ocultar nada-" colorem habet, substatiam vero nullam"-.

Este último es el supuesto de simulación que el Tribunal de apelación declaró convenido entre Otachi, SA y Chiota, SA, de modo que, por ser la simulación absoluta, no hubo más que apariencia de negocio y nada oculto."



14. Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, a favor de la prescripción de la acción restitutoria o de reclamación de cantidad de los gastos abonados en aplicación de una cláusula nula por abusiva se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018, que distingue entre la acción declarativa de nulidad (imprescriptible) y la acción de condena a la restitución, sujeta al plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil (en su redacción anterior a la Reforma efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre), a contar desde el momento en que realizaron los pagos indebidos. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017. En contra, la Sentencia de la AP de Alicante, Sección 8ª, de 26 de marzo de 2018.

15. 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.

16. 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...).

17. 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 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).

18. 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).

19. 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.

20. En el presente caso resulta de aplicación el Código Civil de Catalunya, en concreto, el artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre , por el que " *las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa*", la cuestión no es en absoluto pacífica, dado que la norma invocada es de carácter estatal (el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Estimamos, sin embargo, que, efectivamente, es aplicable dicho plazo de prescripción y no su homólogo en el Código Civil para las acciones personales (artículo 1964), en atención al carácter de derecho común en Cataluña de las disposiciones del CCat y su aplicación supletoria (artículo 111-4º del CCat). En efecto, el TSJ de Cataluña ha señalado de forma reiterada que la normativa prevista en los artículos 121-1 a 121- 24 del CCCat es aplicable con carácter general en Cataluña incluso en aquellas relaciones jurídicas no específicamente reguladas en el CCCat (STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, ECLI ES:TSJCAT:2017:10699). Así dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

" Así, en las STSJCat de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor "El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable", precepto complementado por el artículo 111-5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras.

El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.

De ahí que las normas relativas a la prescripción contenidas en los artículos antes citados sean de aplicación general y preferente en Cataluña aunque la totalidad de la relación jurídica a la que resulte aplicable no venga regulada en el Código civil catalán sino en el CC.

En consecuencia, hemos aplicado la normativa catalana sobre prescripción a los contratos de obras con o sin suministro de materiales (STSJCat 26 de mayo de 2011, 13 julio de 2015 o 16 de junio de 2016) y a un contrato de préstamo (STSJCat de 12 de septiembre de 2011)."

21. La excepción se encuentra en los plazos de prescripción previstos en las leyes especiales de carácter estatal que sean de aplicación en Cataluña. Así lo señala la Sentencia citada en los siguientes términos:

"Sin embargo, el mismo Preámbulo de la Primera ley del CCCat, en cuanto se refiere al carácter preferente de las disposiciones del derecho civil de Cataluña, salva los supuestos en que sean directamente aplicables normas de carácter general y hemos hecho referencia en la STSJCat de 26 de mayo de 2011 a que los plazos generales de los artículos 121-20 a 121-22 no prevalecen sobre aquellos que vienen dispuestos en leyes especiales aplicables en Cataluña. [A raíz de lo que se ha expuesto, no es justificable que ante una voluntad legislativa de regulación autónoma y completa de la institución de la prescripción (salvando los supuestos de leyes especiales) se opte para obviar la aplicación de la norma y acudir a otra regulación vigente en el territorio nacional por el solo hecho que la institución a la que se tiene que aplicar no esté directamente regulada en el CCCat.]"



22. La Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, en relación con los accidentes de circulación, declara preferente en Cataluña el plazo de un año previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos, aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 29 de octubre, como norma especial de contenido obligatorio también en Cataluña, frente al plazo de tres años del artículo 121-21 d) del CCCat, tanto en la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora, como en la dirigida contra el causante del daño o contra el propietario. Esa preferencia se justifica en el carácter especial de la Ley y en la competencia exclusiva del Estado sobre la materia, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1- 6º de la Constitución.

23. En este caso, el TRLGDCU de 2007 convive con el Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, dictada en cumplimiento de las competencias que le atribuye el Estatuto de Cataluña en materia de consumo (artículo 123). El Código de Consumo contempla normas en materia de créditos y préstamos hipotecarios (artículo 261-1º a 263-2º o 123-10º) o sobre exclusión de cláusulas abusivas en los contratos. Y lo que es más relevante, a estos efectos, el TRLGDCU no establece un plazo especial de prescripción para las acciones individuales. Por todo ello estimamos que es de aplicación la normativa prevista en los artículos 121-1º y siguientes en materia de prescripción de las acciones, de conformidad con la doctrina expuesta, frente a la aplicación supletoria del Código Civil español.

24. En cuanto al cómputo del plazo, el artículo 121-23, apartado primero, dispone lo siguiente:

"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."

25. En este caso, la demandante pudo ejercitar la acción desde el momento en que hizo efectivos los gastos cuya restitución reclama. No estamos ante la nulidad de un contrato como tal sino ante la nulidad de una cláusula por abusiva, cláusula que desplegó y agotó todos sus efectos en el año 1998. Descartamos que pueda posponerse el dies a quo al momento en que se declara judicialmente su nulidad. Reproducimos al efecto los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018, que hacemos nuestros por su claridad y acierto:

"Desde ya se rechaza que el día inicial fuera el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015, del Pleno, que declaró que la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario es nula por abusiva por varias razones: una, y principal, porque las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo completen con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada o la que se dictó sobre la "cláusula suelo", STS de 9 de mayo de 2013; segundo, porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción aunque fuera la de nulidad (no se olvida que no se ejercitaba la acción de restitución en ese caso).

También se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no sólo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, "de aquí a la eternidad", resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo.

Descartadas las anteriores opciones, si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos."

26. Por todo ello, constando que las facturas se abonaron en fecha abril de 2007 y siendo la primera reclamación extrajudicial de fecha 23 de junio de 2017, la acción de reclamación de cantidad ha prescrito, por lo que, estimando en este punto el recurso, debemos dejar sin efecto la condena a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula de gastos.

TERCERO. Efectos de la nulidad de la cláusula de intereses de demora. Restitución parcial del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.



27. Se suscita en el recurso si, como efecto de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, la entidad de crédito debe abonar a la actora la parte del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) que se corresponde con los intereses moratorios, en la medida que la cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, que integra la base imponible del Impuesto, se ha fijado tomando en consideración una cláusula declarada nula por abusiva. El actor pretende que el banco le indemnice por el incremento de la cuota del IAJD que grava el préstamo hipotecario, ya que su determinación viene condicionada por el tipo de los intereses moratorios, que han sido declarados nulos por abusivos.

28. El prestatario, en la fecha en la que se otorgó el contrato, era el sujeto pasivo del impuesto, de conformidad con lo previsto en el art. 68 del RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, hasta que fue modificado el art. 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre.

29. El impuesto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 99 RD 828/1995, ha de ser objeto de autoliquidación por el sujeto pasivo, por lo que nuevamente es el prestatario el responsable de dicha autoliquidación. Pues bien, corresponde exclusivamente a la Agencia Tributaria comprobar esa autoliquidación, siendo su decisión impugnante ante la jurisdicción contencioso administrativo. En ningún caso corresponde a los tribunales civiles hacer, ni tan siquiera a efectos prejudiciales, una liquidación tributaria, de conformidad con lo establecido en el art. 101 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

30. Con carácter general, de acuerdo con el art. 17.5 LGT *"los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas"*. Por lo tanto, las relaciones entre los particulares, el prestatario y el banco, se mantiene al margen de la obligación tributaria.

31. Si como consecuencia de la declaración de nulidad de una de las cláusulas del contrato, el sujeto pasivo considera que se le ha de devolver una parte de la cuota satisfecha, ha de acudir al procedimiento previsto con carácter general en el art. 32 LGT, en el que se establece que *"la Administración tributaria devolverá a los obligados tributarios, a los sujetos infractores o a los sucesores de unos y otros, los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias o del pago de sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta ley"*. El citado art. 221.4 LGT establece que *"cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de esta ley"*.

32. En especial, el art. 95 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establece que *"cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuota del Tesoro, siempre que no le hubiere producido efectos lucrativos y que reclame la devolución en el plazo de cinco años, a contar desde que la resolución quede firme"*. Por tanto, la nulidad de la cláusula permitiría al prestatario, en su caso, solicitar el recálculo de la cuota y exigir la devolución que corresponda de la Agencia Tributaria.

33. Por este motivo la reclamación debe ser desestimada. Además, aunque se admitiera que la competencia de la Administración Tributaria y de la jurisdicción contenciosa, que entendemos exclusiva, no enerva algún tipo de responsabilidad por parte de la entidad de crédito, tampoco admitimos que la nulidad de la cláusula de intereses de demora conlleve la restitución parcial del Impuesto por los argumentos que expusimos en nuestra Sentencia de 25 de noviembre de 2019 (ECLI ES:APB:2019:13996) y que reiteramos ahora. En efecto, el artículo 30.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que *"la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses"*. La norma, por tanto, aunque parte de la cantidad que por responsabilidad hipotecaria se ha pactado en la escritura en concepto de principal e intereses (y otros conceptos, como penas o indemnizaciones), a efectos tributarios no distingue entre intereses de demora e intereses ordinarios.

34. En todo caso, junto al ámbito estrictamente tributario, es conveniente distinguir, entre el plano de la responsabilidad personal, esto es, aquello a que se obliga el prestatario por principal e intereses, y el plano de la cobertura hipotecaria, que tiene un alcance que excede de lo meramente personal, dado que se configura



como un tope máximo que afecta a terceros ajenos a la relación de préstamo, como pueden ser el deudor hipotecante, el tercer poseedor o los titulares de cargas posteriores. Ese techo de responsabilidad hipotecaria viene impuesto por el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que establece lo siguiente:

"En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración."

35. Junto a ese tipo máximo de cobertura hipotecaria, consecuencia de la eficacia erga omnes del Registro de la Propiedad, el artículo 114 establece en sus apartados 1º y 2º unos límites legales de carácter temporal. Dicho precepto dice:

"Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente."

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años."

36. Por tanto, entendemos que la nulidad de la cláusula de intereses de demora por exceder en más de dos puntos los intereses ordinarios pactados, sólo produce, en principio, efectos en el ámbito de la responsabilidad personal del prestatario, esto es, la cláusula quedará expulsada del contrato y el deudor en mora únicamente vendrá obligado a abonar el interés remuneratorio. No es posible, en definitiva, extender sin más los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios a la cláusula que establece los límites de la responsabilidad frente a terceros de la finca hipotecada.

37. Por otro lado, aunque aceptáramos que ha de tenerse también por impugnada la cláusula que delimita la cobertura hipotecaria, entendemos que tampoco procede la condena en los términos interesados en el recurso (el pago del supuesto exceso del IAJD). En efecto, como señala la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 1987, citada por la Resolución de 21 de marzo de 2017, los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente. Es indeterminada su existencia misma y su cuantía. Por tal motivo el tope máximo de responsabilidad hipotecaria establecido en la escritura por intereses moratorios (o el previsto para las costas de una eventual ejecución) es meramente estimado, como lo es la base imponible del IAJD que, insistimos, no distingue entre intereses ordinarios y moratorios. El hecho de que se declare nula la cláusula de intereses de demora no implica que el deudor en situación de mora, antes y después de vencido el préstamo, no venga obligado a abonar intereses (los remuneratorios o, en su caso, los del artículo 576 de la LEC, una vez despachada ejecución), cantidad que queda cubierta con la garantía hipotecaria. Por tanto, no es posible eliminar, sin más, de la base imponible del impuesto la cantidad prevista en la escritura por intereses de demora, cuando existe cobertura hipotecaria por ese concepto y cuando el monto total de los intereses de demora en un escenario de incumplimiento viene determinada, no sólo por el tipo pactado, sino también por factores tales como el momento en que el deudor incurre en mora, el tipo de interés remuneratorio (de ser variable), el tiempo que se prolonga esa situación o si se ha dado por vencido el préstamo y se ha iniciado la ejecución.

38. La Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 2017, antes citada, se plantea la cuestión de si el tipo máximo a efectos de responsabilidad hipotecaria puede exceder en más de dos puntos del tipo máximo del interés remuneratorio pactado a efectos hipotecario, aceptando tal posibilidad con los siguiente argumentos:

"Es en este exclusivo ámbito del devengo obligacional de intereses moratorios en el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 ha fijado como criterio objetivo de abusividad, para el caso de ser aplicable la normativa de protección de los consumidores, el que los intereses moratorios no pueden ser superiores en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados. E, igualmente, sólo en este ámbito obligacional es aplicable la doctrina de este Centro Directivo, recogida en las Resoluciones de 30 de marzo y 22 de julio de 2015 y 7 de abril, 20 de junio y 20 de octubre de 2016, relativa a que la cuantía del interés moratorio, dado su carácter indemnizatorio, debe ser siempre igual o superior a la cuantía de los intereses ordinarios."

Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (artículos 114.2º y 3º de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la garantía hipotecaria sólo garantice parte de la obligación principal (artículos 1255 y 1826 del Código Civil).



Por ello, no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto parte del presupuesto de que, aun siendo los intereses variables, el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios debe coincidir necesariamente con el importe resultante de sumar dos puntos porcentuales al tipo máximo del 2,335% que -únicamente a efectos hipotecarios- se ha fijado para los intereses ordinarios.

Pero, en realidad, como resulta de todo lo anteriormente expuesto, los intereses ordinarios y moratorios pactados sólo vinculan su determinación a efectos hipotecarios en cuanto que, por aplicación de la accesoriidad de la hipoteca, ésta en ningún caso podrán garantizar intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional, pero por lo demás los contratantes son libres de garantizar los intereses de manera plena o parcial o no garantizarlos y ello, independientemente en cuanto a ambos tipos de interés. La naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, que por su propia naturaleza son superiores a los ordinarios, opera en el ámbito obligacional y en nada condiciona, salvo lo señalado anteriormente, la cuantía de la respectiva garantía; sin que el hecho de que se haya previsto el referido margen de dos puntos porcentuales para, mediante su adición al tipo de los intereses ordinarios, calcular el importe de los intereses de demora devengados, implique que ese mismo margen deba emplearse cuando de los tipos máximos a efectos meramente hipotecarios se trata (vid. Resoluciones de 28 de mayo de 2014 y 25 de enero de 2017). Por tanto, en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios a efectos hipotecarios podrá ser inferior, igual o superior en más de dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado."

39. Por lo expuesto debemos estimar el recurso, dejando sin efecto la condena a la restitución parcial del IAJD.

CUARTO. Costas.

40. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se imponen las costas de esta alzada, al haberse estimado el recurso.

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BBVA, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 11 de febrero de 2019, que revocamos en parte, en el sentido de dejar sin efecto la condena a la demandada a la restitución de las cantidades abonadas en concepto de gastos, por estimar prescrita la acción de reclamación de cantidad. Y se revoca la condena al pago de la suma de 367,20 euros por responsabilidad hipotecaria. Sin imposición de las costas del recurso y con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.