



Roj: **SAP TF 2276/2021 - ECLI:ES:APTF:2021:2276**

Id Cendoj: **38038370042021100843**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **17/09/2021**

Nº de Recurso: **315/2020**

Nº de Resolución: **856/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA LUISA SANTOS SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 94 19-20

Fax.: 922 34 94 18

Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000315/2020

NIG: 3802342120170008265

Resolución: Sentencia 000856/2021

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001932/2017-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 1 BIS de San Cristóbal de La Laguna

Apelado: Ismael ; Abogado: JOSE MARIA ORTIZ SERRANO; Procurador: JAVIER FRAILE MENA

Apelado: Elvira ; Abogado: JOSE MARIA ORTIZ SERRANO; Procurador: JAVIER FRAILE MENA

Apelante: BANKIA; Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ; Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

?

SENTENCIA

Ilmas. Sras.:

Presidenta:

Doña María del Carmen Padilla Márquez.

Magistradas:

Doña María Luisa Santos Sánchez (Ponente).

Doña María Paloma Fernández Reguera.

En Santa Cruz de Tenerife, a diecisiete de septiembre de dos mil veintiuno.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por las Ilmas. Sras. antes reseñadas, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno Bis de San Cristóbal de La Laguna en los autos nº 1.932/2017, seguidos por los trámites del juicio ordinario,



sobre nulidad contractual y promovidos, como demandantes, por DOÑA Elvira y DON Ismael, representados por el Procurador Don Javier Fraile Mena y dirigidos por la Letrada Doña Nahikari Larrea Izaguirre, contra la entidad BANKIA, S.A., representada por el Procurador Don Joaquín María Jañez Ramos y dirigida por la Letrada Doña María José Cosmea Rodríguez, ha pronunciado, en nombre de S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña María Luisa Santos Sánchez, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Sra. Juez, Doña Elisa Isabel Soto Arteaga, dictó sentencia el día 15 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«¿DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los tribunales Sr. Fraile Mena, en nombre y representación de Dña. Elvira y D. Ismael, contra BANKIA S.A. y, en relación a escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria de fecha de fecha 7 de Diciembre de 2005 y en consecuencia DEBO CONDENAR Y CONDENO A LA PARTE DEMANDADA A ESTAR Y PASAR POR LAS SIGUIENTES DECLARACIONES: "1.DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE LOS GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO HIPOTECANTE, contenida en la Escritura de Préstamo hipotecario, en tanto que Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa en lo relativo al 50% de los gastos Notariales, 100% de gastos registrales, y 100% gastos de gestoría. En consecuencia, debe tenerse por no puesta manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma, en lo relativo a esos conceptos;? 2.- DEBO CONDENAR Y CONDENO A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de la Cláusula nula, que ascienden las acreditadas, a la suma de 581,94 euros, QUINIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EURO, Todo ello con el correspondiente interés legal desde el momento de su pago e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del art. 576 LEC.? 3.-DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula correspondiente a los intereses de demora, Cláusula 6º, del contrato de fecha 7 de Diciembre de 2005 y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a tenerla por no puesta y a devolver al actor las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la misma y con los intereses correspondientes, que la parte actora ha cuantificado en 312 euros. DOSCIENTOS DIECISÉIS EUROS, estableciéndose en su lugar, el interés remuneratorio incrementado en dos puntos. 4.- Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales. Subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado las cláusulas y apartados de aquéllas que han sido declarados nulos.».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día diecisiete de septiembre del año en curso, 2021, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia resuelve, estimando, la acción de nulidad ejercida por la parte prestataria-consumidora respecto de las condiciones generales de la contratación, por su carácter abusivo y por ser contrarias a la normativa, cláusulas contractuales contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 7 de diciembre de 2005, en primer lugar, las referidas a la imposición de los gastos a cargo de la parte prestataria (en concreto, en lo relativo al 50% de los gastos notariales, 100% de gastos registrales, y 100% gastos de gestoría), teniéndolas por no puestas y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de las mismas, en lo relativo a los conceptos reputados nulos, y condena a la demandada a abonar a la parte actora las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de las cláusulas nulas del modo que se recoge en su fallo; declara igualmente la nulidad de la cláusula correspondiente a los intereses de demora, condenando a la entidad demandada a tenerla por no puesta y a devolver a la actora las cantidades cobradas indebidamente en virtud de la misma, en el modo indicado en dicha resolución ahora recurrida; no efectúa especial pronunciamiento en materia de costas procesales de esa primera instancia.



Recorre la entidad bancaria, quien impugna, con base en los argumentos y doctrina jurisprudencial que invoca y reseña, los siguientes pronunciamientos: 1) La desestimación de la excepción de carencia de acción por cancelación del préstamo el 3 de junio de 2018 (sic). La cláusula objeto de litis no existe. La acción de nulidad está caducada. 2) La condena a restituir 312 euros como efecto de la declaración de nulidad de la cláusula de interés de demora. El importe al que condena no es relativo a intereses de demora abonados por el cliente sino al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en concreto el importe que por responsabilidad hipotecaria por intereses de demora ha abonado el prestatario dentro del referido impuesto. Error en la valoración de la prueba y en la fijación de efectos relativos a la declaración de nulidad de la cláusula de interés de demora. 3) La condena al pago de intereses legales desde las respectivas fechas de pago de los gastos del préstamo. 4) La fijación de la cuantía del procedimiento como indeterminada,

La parte actora apelada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Examinadas nuevamente las actuaciones en su integridad, procede la revocación parcial de la resolución recurrida y, manteniendo la nulidad de la cláusulas denunciadas por la actora, determinar los efectos de la nulidad de acuerdo a la doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación de las citadas condiciones generales de la contratación predispuestas y no negociadas de forma individualizada, de acuerdo a las normas protectoras de los consumidores y a los criterios que, en su aplicación, ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TERCERO.- Comenzando, por razones de orden lógico, por la cuestión atinente a la determinación de la cuantía del procedimiento, el hoy apelante pretende que la cuantía del presente procedimiento debe quedar correctamente determinada en la cantidad que constituye el interés económico del pleito, esto es, aquella que se determina en la acción de restitución de cantidad por la propia actora, a saber, 2.743,06 euros. Entiende infringidos los artículos 251.1 y 252.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La fijación de la cuantía incide procesalmente, al margen de su posterior efecto en las costas, en la determinación del procedimiento a seguir, de acuerdo al artículo 255 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -1. El demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación. 2. En el juicio ordinario se impugnará la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía en la contestación a la demanda y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio."

Siendo así, se trata de una cuestión que no pueda ser resuelta a través del recurso de apelación, pues el procedimiento seguido es acorde a las acciones ejercitadas. Y en tal sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de octubre de 2019, n.º 878/2019, recurso 1195/2019: "En la audiencia previa cabe la discusión en cuanto a la cuantía del procedimiento, pero sólo para los supuestos en los que se cuestiona la adecuación del procedimiento y en este caso no se cuestiona que el procedimiento deba ser el ordinario, de acuerdo con el artículo 422 LEC, en relación con el artículo 416 LEC.

Una de las principales cuestiones de la audiencia previa es resolver cuestiones procesales que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, y enumera de forma especial algunas entre las que se encuentra la inadecuación del procedimiento (416.1. 4º LEC), pero no la discrepancia en cuanto a la cuantía del mismo.

En consecuencia, no es objeto de resolución la discrepancia de las partes en cuanto de la cuantía del procedimiento si ello no supone la inadecuación del procedimiento. Por lo que dicha cuestión no puede ser objeto de recurso y procede la desestimación de tal pretensión."; y la sentencia de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Logroño de 21 de octubre de 2019, n.º 428/2019, recurso 678/2018: "Tal cuestión debe ser desestimada puesto que la fijación de la cuantía del procedimiento es propia de la primera instancia y no susceptible de examen vía apelación, careciendo de relevancia en el momento procesal de recurso de apelación de la sentencia dictada en la medida en que la fijación de cuantía en el caso en cuestión ni es determinante del tipo de procedimiento, pues en razón de los discutido debe ser en cualquier caso el Procedimiento Ordinario, ni tampoco de competencia, así como tampoco influye dicha cuantía en la procedencia del recurso de casación, de tal manera que tan solo podrá tener trascendencia en cuanto a la tasación de las costas momento en el que será objeto de consideración."

Por consiguiente, debe rechazarse el motivo aquí examinado.

CUARTO.- Sobre los efectos de la invocada cancelación del préstamo y sobre la alegada caducidad (sic) de la acción, no son acogibles las alegaciones del recurrente dada la nulidad radical que se deriva una condición general de la contratación que no supere el doble control de transparencia y sea abusiva, así como la necesidad de restituir al consumidor en la situación que debería encontrarse en el caso de que la condición no hubiese sido aplicada, para la adecuada efectividad de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.



Al respecto, debe recordarse el criterio de esta misma Sección 4ª, recogido, entre otras, en la sentencia de 29 de junio de 2020, nº 604/2020, recurso 1227/2018, y mantenido en la presente resolución, que establece: <<SEGUNDO. La posibilidad de declarar la nulidad de una cláusula de un préstamo hipotecario cancelado es una cuestión que ha dado lugar a pronunciamientos dispares en la doctrina de las Audiencias. Sin embargo, en fecha relativamente reciente, ha sido zanjada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, Pleno, de 12 de diciembre de 2019 (ROJ: STS 3911/2019 - ECLI:ES:TS:2019:391), n.º 662/2019 , rec. n.º 2017/2017: QUINTO.- Decisión del tribunal: la consumación o la extinción del contrato no impiden el ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva.

1.- No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa.

2.- Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una cláusula, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato ya extinguido. Pero en el caso objeto del recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la cláusula suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento que condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una cláusula que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva.

3.- En los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato. Así lo hemos declarado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero.

4.- Esto muestra que la extinción del contrato no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad del propio contrato o de alguna de sus cláusulas.

5.- Como recuerda la sentencia de este tribunal 546/2019, de 16 de octubre, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores; de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , apartado 42; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14; y auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10 , apartado 50) afirma que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (que establece la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas) debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto.

6.- Por tanto, en el presente caso no existen obstáculos al ejercicio de tal acción derivados del transcurso del plazo de ejercicio de la acción o las exigencias de la buena fe.

TERCERO. Ha de tenerse en cuenta que en el presente caso se ejercitó una acción de nulidad fundada en el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por lo que no resulta de aplicación el plazo de prescripción del art. 1301 CC, reservado para los supuestos de anulabilidad, es decir los casos de error o vicio del consentimiento tal como viene reiterando nuestra jurisprudencia. Así lo expresa la sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 04-10-2006, nº 983/2006, rec. 5098/1999 con cita de las siguientes:

* sentencia de 8 de marzo de 1994: "lo interesado en la demanda fue la nulidad radical o inexistencia de la escritura en cuestión y que lo declarado en la sentencia recurrida, confirmando la de primera Instancia, fue precisamente esa nulidad radical . Pues bien, sobre tal base y al margen de las disquisiciones doctrinales existentes en orden a si existe o no distinción entre la inexistencia y la nulidad radical, es lo cierto que la doctrina de esta Sala, no muy abundante pero si unívoca, tiene declarado que tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta, el art. 1301 no es aplicable ya que estos contratos carecen de toda validez (Ss. de 31 de octubre de 1992, 23 de marzo, 10 de abril de 1933, 13 de mayo y 22 de noviembre de 1983".



* sentencia de 29 de abril de 1997: "Es un plazo aplicable a los llamados contratos anulables. 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".

* sentencia 14 de marzo de 2000: " son innumerables las sentencias de esta Sala que declaran inaplicable el plazo de cuatro años, que establece el art. 1301 CC, a supuestos de nulidad radical o absoluta como es el de ilicitud de la causa, caracterizado según el art. 1275 CC por la carencia de "efecto alguno", o a los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, que el art. 6.4 del mismo Cuerpo legal sanciona con la nulidad de pleno derecho (SSTS 6-4-84, 10- 10-88, 23-10-92, 8-3-94 y 9-5-95 entre otras muchas)"

* sentencia de 18 de octubre de 2005: "Aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)".->>.

QUINTO.- Sí debe acogerse el motivo atinente a la condena a restituir 312 euros como efecto de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora.

Ha de mantenerse el criterio seguido por esta misma Sección 4ª en sentencia de 23 de febrero de 2021, n.º 62/2021, recurso 764/2019: «La sentencia que se limita a la declaración de nulidad de la citada cláusula sin establecer al respecto ningún efecto distinto de tenerla por no puesta, debe ser confirmada, debiendo apreciarse que, ante tal pronunciamiento, es ahora el recurrente quien carece de interés legítimo en un pronunciamiento que no tiene ningún efecto, pues cabe apreciar que en ningún caso la nulidad del tipo de interés de demora puede afectar a la responsabilidad hipotecaria reiterando lo ya manifestado por este Tribunal al respecto en la sentencia dictada en el rollo de Apelación n.º 184-2019: "Partiendo de tal análisis y supliendo la omisión de la instancia, ha de tenerse en cuenta, como primera consideración, que la referida cláusula, en cuanto delimita la responsabilidad hipotecaria, tiene indudable alcance real y es oponible frente a terceros, lo que veda la posibilidad de declarar su nulidad. Nos remitimos, en tal sentido a las sentencias de la AP Baleares, sec. 5ª, de 28-06-2019, n.º 480/2019, rec. 160/2019 y de 04-04-2019, n.º 246/2019, rec. 101/2019 así como a las resoluciones de la DGRN que en ellas se citan, en especial la de 21 de marzo de 2017: Tampoco debe confundirse la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación u obligaciones garantizadas con la relación que en el plano obligacional deben guardar los distintos tipos de interés garantizados --remuneratorio y moratorio-- en determinados supuestos, como cuando así se ha pactado o se trate de préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la normativa sobre consumidores, trasladando esa relación al ámbito del derecho real de hipoteca. 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, solo 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 114.2.º y 3.º 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 solo garantice parte de la obligación principal (artículos 1255 y 1826 del Código Civil)...Pero, en realidad, como resulta de todo lo anteriormente expuesto, los intereses ordinarios y moratorios pactados solo vinculan su determinación a efectos hipotecarios en cuanto que, por aplicación de la accesoriedad de la hipoteca, esta en ningún caso podrá 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". Por tales razones concluimos, como las sentencias citadas, que no procede declarar la nulidad de la cláusula novena, presupuesto lógico de la condena que contempla el apartado 4 del fallo. Tampoco puede obviarse, por último, que, con arreglo a los arts. 68 y 99 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo de este impuesto en las escrituras de constitución de préstamo es el prestatario, quien está obligado a presentar una autoliquidación, y que, conforme al art. 101 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, corresponde exclusivamente a la Agencia Tributaria comprobar esa autoliquidación, siendo su decisión impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativo, de conformidad con el art. 249 LGT, sin que a los tribunales civiles corresponda revisar las liquidaciones tributarias, ni tan siquiera a efectos prejudiciales. En tal sentido, el art. 17.5 LGT dispone que "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". Como señala la SAP, Civil sección 15 del 24 de enero de 2020 (ROJ: SAP B 267/2020 - ECLI:ES:APB:2020:267): 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", añadiendo que "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.»

SEXTO.- El motivo atinente a los intereses legales no puede prosperar.

Como establece la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, nº 725/2018, recurso: 2241/2018, "para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido-".

Y esta misma Sección 4ª, en sentencia de 17 de febrero de 2020, n.º 160/2020, recurso 619/2018, pone de manifiesto: «CUARTO. Intereses legales. Debe confirmarse la condena a su abono establecida en la instancia por resultar tal pronunciamiento ajustado a los criterios fijados por el TJUE, en especial, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, que sienta el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y que la declaración judicial del carácter abusivo de tales cláusulas debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

En tal sentido, Tribunal Supremo (Civil Pleno), S 25-05-2017, nº 334/2017, rec. 2306/2014, señala que "en estos casos de nulidad, conforme al artículo 1303 del Código Civil, el alcance restitutorio de los intereses incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles", remitiéndose a otros pronunciamientos previos coincidentes. Así Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 20-12-2016, nº 734/2016, rec. 1624/2014, con cita Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 30-11-2016, nº 716/2016, rec. 2559/2014, señala:

2.- Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de este, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala número. 81/2003, de 11 de febrero; 325/2005, de 12 de mayo; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008, entre otras muchas). Esta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad



del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (sentencias número. 772/2001, de 20 de julio; 812/2005, de 27 de octubre; 1385/2007, de 8 de enero; y 843/2011, de 23 de noviembre), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales.

Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (sentencias número. 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre; y 557/2012, de 1 de octubre) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. Como dijimos en la sentencia número. 102/2015, de 10 de marzo:

«Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez».

Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas - arts. 1295.1 y 1303 CC- se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC (sentencias de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate (sentencias número. 439/2009, de 25 de junio; y 766/2013, de 18 de diciembre).

3.- Para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico (sentencia número. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspectivas, el art. 1303 CC -completado por el art. 1308- mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado.

En el mismo sentido se ha pronunciado la reciente Tribunal Supremo (Civil Pleno), S 19-12-2018, nº 725/2018, rec. 2241/2018:

Decisión de la Sala:

1.- El art . 6.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, 488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, 40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, 76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas".

2.- En el caso enjuiciado, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si



nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

3.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas 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, 483/2016 (Zsolt Sziber):

"34 [...] el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que 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 (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:2016:980, apartado 66).

"35. Aunque el Tribunal de Justicia ya ha enmarcado de este modo, en distintas circunstancias y teniendo en cuenta los requisitos de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13), la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, no es menos cierto que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C381/14 y C385/14, EU:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, 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. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

4.-Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el



beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).

5.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado, y al asumir la instancia, por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista y confirmarse la sentencia de primera instancia, aunque el razonamiento jurídico no haya sido exactamente coincidente.».

En igual sentido, la sentencia de esta Sección 4ª de 14 de febrero de 2020, n.º 143/2020, recurso 631/2018.

SÉPTIMO. - De conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habiendo sido estimado en parte el recurso de apelación, no procede realizar condena en las costas ocasionadas por dicho recurso a ninguno de los litigantes.

FALLO

1º.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador Don Joaquín Jañez Ramos en nombre y representación de Bankia, S.A.

2º.- Revocamos parcialmente la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 bis de San Cristóbal de La Laguna en autos de Juicio Ordinario nº 1.932/2017, en el sentido de, manteniendo la nulidad de la cláusula que fija el tipo de interés de demora, que se tendrá por no puesta, absolver a la demandada de la pretensión de condena al pago de la cantidad de 312 euros, como efecto de la nulidad de la citada cláusula.

3º.- Confirmamos el resto de pronunciamientos no afectados por esta revocación parcial.

4º.- No ha lugar a hacer expresa condena en costas en esta alzada

Dese a los depósitos el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.