



Roj: **SAP GI 288/2020 - ECLI: ES:APGI:2020:288**

Id Cendoj: **17079370012020100224**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2020**

Nº de Recurso: **929/2019**

Nº de Resolución: **274/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALEXANDRE CONTRERAS COY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188200439

Recurso de apelación 929/2019 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1982/2018

Parte recurrente/Solicitante: BANCO DE SABADELL, S.A.

Procurador/a: Anna Romaguera Colom

Abogado/a: Ramiro Navio Alcala

Parte recurrida: Rogelio

Procurador/a: Mariona Brunso Guardiola

Abogado/a: JOSE LUIS GUILLEN ALONSO

SENTENCIA N° 274/2020

En Girona, a 26 de febrero de 2.020.

Presidente.

Ilmo. D. Fernando Lacaba Sánchez.

Magistrados.

Ilmo. D. Fernando Ferrero Hidalgo.

Ilmo. D. Alexandre Contreras Coy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El día 10 de julio de 2.019 se recibieron en la Ilma. Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona los autos de Procedimiento Ordinario (Contratación artículo 249.1.5) número 1.982/2018 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por

el/la Procurador/a de los Tribunales D^a. ANNA ROMAGUERA COLOM, en nombre y representación acreditada de BANCO DE SABADELL, S.A contra la sentencia número 706/2019 de 7 de mayo de 2.019, y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a de los Tribunales D^a. MARIONA BRUNSO GUARDIOLA, en nombre y representación acreditada de D. Rogelio .

SEGUNDO-. El contenido del Fallo de la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

" ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por Rogelio contra la entidad BANCO SABADELL, S.A., y por lo tanto,

DECLARO la nulidad de la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, de intereses de demora y gastos del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y su eliminación del contrato.

CONDENO a la entidad financiera demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario sin la incidencia de la cláusula suelo y a devolver el exceso de cantidades cobradas desde la fecha de suscripción del préstamo, más intereses legales calculados desde la fecha del cobro de cada una de las cuotas hasta el día del pago.

CONDENO a la entidad financiera demandada a satisfacer en concepto de gastos el importe de 588,64 € más los intereses legales de dicha cantidad desde las respectivas fechas de pago de cada una de las partidas.

Sin expresa condena en costas".

TERCERO-. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para este tipo de recursos, habiéndose señalado fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar, en la sede de este órgano judicial, el día 24 de febrero de 2.020.

CUARTO-. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

Se designó como Ponente a **Alexandre Contreras Coy**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- . Apelación ante esta Sala-. La entidad bancaria demandada, en su escrito de recurso de apelación, impugna los pronunciamientos de la meritada sentencia judicial relativos a prescripción, declaración de nulidad de la cláusula suelo y declaración de nulidad de la cláusula de gastos, de conformidad con las alegaciones que ha estimado oportunas y obrantes en las actuaciones, habiendo formulado la parte actora la correspondiente oposición al citado recurso.

SEGUNDO- . Cláusula suelo. Exceptio pacti-. Esta Sala, en sentencia **número 216/2019 de 20 de marzo de 2.019** expresó lo que se sigue "SEGUNDO.- Sobre los acuerdos alcanzados entre las partes.-

Con la demanda se aportaron siete acuerdos transacciones que se produjeron el 03/09/2010, 02/11/2010; 01/06/2011; 01/11/2011; 01/06/2012; 18/09/2013; -docs. 3 y 10 de la demanda-, que entiende nulas la parte actora. Por el contrario, la entidad demandada se funda en las mismas para alegar una falta de acción respecto de los demandantes bajo la alegación de la "exceptio pacti".

En los meritados documentos, se dispone la fijación de unos diversos tipos de interés (el contenido varía según la fecha del acuerdo), estableciendo en el de 18/9/2013, en su acuerdo cuarto que:

"El cliente se compromete a desistir de cualquier reclamación (y si es necesario a ratificar este desistimiento) y a no reclamar contra el banco o cualquier otra entidad del grupo Banco Sabadell por actuaciones hechas antes de la fecha de este acuerdo, relacionadas con la Operación objeto de este" [...]"

En el acuerdo Sexto se dice expresamente:

"Con la firma de este acuerdo, las partes asumen el contenido y todos los efectos legales que se puedan derivar y dan plena ratificación y conformidad en relación con todas las estipulaciones contractualmente establecidas en la escritura de la Operación Hipotecaria y a este acuerdo, especialmente la relativa al límite de variación a la baja del tipo de interés... el Cliente acepta expresamente y satisfactoriamente la aplicación anterior y modificación futura del tipo de interés con todo el conocimiento e información y después de una negociación específica, en los términos recogidos en este acuerdo y renuncia desde este momento y por el futuro a no pedir nada más ni a reclamar por estos conceptos".

La Sentencia recurrida desestima la nulidad esgrimida bajo el argumento de que, la banca no cumplió con la exigencia de la transparencia debida, por lo que en atención a la aplicación del control de transparencia dichos documentos o condicionados deben declararse abusivos y, por tanto, nulos de pleno derecho. Alude a dichos acuerdos como novaciones.



La Sala no comparte el meritado argumento.

Los documentos analizados (nº 4 a 10 de la demanda), en su naturaleza jurídica, no llenan el contenido de la novación modificativa, sino que se trata de una transacción entre particulares (art. 1255 y 1258 Código Civil).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en diversas resoluciones sobre los efectos de la novación y transacción acordados y relacionados con la cláusula suelo. Así es de destacar la Sentencia de 13 de septiembre del 2018 , que mantiene el mismo criterio de la Sentencia-Pleno de 11 de abril del 2018 , que los recurrentes no desconocen:

2. Desestimación del motivo. La nulidad de la cláusula suelo introducida en el contrato originario de 9 de mayo de 2008, lo sería como consecuencia de apreciar que no se cumplían las exigencias de transparencia, de acuerdo con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril . El efecto de esta nulidad, conforme al principio de efectividad consagrado en el art. 6.1 de la Directiva, sería que la cláusula no vincule al consumidor, esto es, que se tuviera por no puesta. Consiguientemente, si se hubiera llegado a aplicar, que no es el caso, deberían restituirse las cantidades indebidamente cobradas en ejecución de esa cláusula.

La cuestión controvertida suscitada por el motivo de casación es en qué medida esta nulidad puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite a la variabilidad inferior. Esto es: si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia.

3. Conviene advertir que la falta de transparencia de la cláusula suelo no determina la nulidad de la obligación de pago de intereses, sólo la de uno de los elementos que la delimitan.

La cláusula suelo constituye un elemento de la relación obligatoria de pago de los intereses de un préstamo hipotecario, que se convino fuera fijo el primer año, y a partir de entonces variable. La cláusula que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés incide en el alcance de la obligación de pago de intereses.

La sustitución de un límite por otro, si bien constituye una modificación de la relación obligatoria de pago de los intereses, no es propiamente una novación extintiva, puesto que subsiste la misma relación obligatoria con esa alteración del límite inferior a la variabilidad del interés. Como explica la doctrina, nos hallamos ante la misma obligación.

4. Partiendo de lo anterior, hemos de analizar en qué medida la nulidad de la cláusula que en el originario contrato de préstamo hipotecario introdujo un límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, aplicable después del primer año de contrato, impide o no que las partes pudieran pactar con posterioridad un límite inferior distinto, más bajo, en este caso del 2,75% primero, y más tarde del 2,50%.

Conviene recordar que una cláusula suelo, aquella que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés pactado en un préstamo hipotecario, no es en sí misma nula. Esto es: no se considera abusiva y, por ende, nula como consecuencia de un control de contenido. Sería nula si se hubiera introducido sin cumplir con las exigencias de transparencia previstas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , en la medida en que la falta de transparencia con carácter abstracto puede incidir en la prestación del consentimiento del consumidor. Como explicamos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , en consonancia con la doctrina del Tribunal de Justicia, si no fuera por la falta de transparencia, al versar el contenido de la cláusula sobre un elemento (el límite inferior a la variabilidad del interés) de una obligación (el pago de los intereses en un préstamo bancario) que constituye el precio del préstamo, no sería susceptible de control de abusividad. Y no lo sería porque se entiende que sobre "la adecuación entre precio y retribución" o "los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida" versa el consentimiento de las partes. Solo la falta de transparencia, que de forma abstracta impediría conocer bien aquello sobre lo que se presta el consentimiento, permite apreciar la abusividad y con ello declarar la nulidad.

El efecto de la nulidad es el que adelantábamos en el apartado 2 de este fundamento jurídico: que la cláusula se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no produzca efectos. En consecuencia, en aplicación del art. 1303 CC , si se hubiera aplicado el límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, el banco debería restituir lo cobrado mediante tal aplicación indebida.

Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.

Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.

El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

5. Conforme al art. 3.1 de la Directiva, sólo pueden ser cláusulas abusivas aquellas que no han sido objeto de negociación individual. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, la aceptación de la cláusula por el consumidor no le priva del carácter de cláusula impuesta, pues para que no sea considerada como tal, no basta que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y ese elemento ha de ser probado. Así nos pronunciamos en la sentencia 649/2017, de 29 de noviembre :

"En lo relativo al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones:

"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

"b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

"c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

"d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

En nuestro caso, quedó acreditado en la instancia que fue el consumidor quien acudió al banco para que le redujera el límite inferior a la variabilidad del interés y que, fruto de la negociación, se fijó primero en el 2,75% y al año siguiente en el 2,50%.

Bajo estas premisas, el límite estaría en que el consentimiento prestado a esta sustitución de una cláusula suelo por otra no estuviera viciado, lo que es ajeno no sólo al motivo de casación, sino también al presente caso.

6. Podría parecer que la anterior doctrina entra en contradicción con lo que se razonó en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , que invocó el art. 1208 CC como argumento de refuerzo, sin que fuera la razón principal de su decisión.

En el caso resuelto por la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, ante las quejas del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había rebajado el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción, durante un año, y después había vuelto a aplicar el interés pactado.

En ese caso entendimos que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, "pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria". En realidad, no había habido ningún acuerdo de modificación de la cláusula suelo, esto es, las partes no habían convenido otro límite inferior a la variabilidad del interés, sino que el banco había reaccionado a las quejas del cliente aplicando, durante un tiempo, un suelo inferior al pactado y equivalente al convenido con otros vecinos de la misma promoción. Como razón adicional, añadimos que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC , que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

Esta última afirmación, como ya advertimos en la posterior sentencia 205/2018, de 11 de abril , necesitaba de alguna matización. Primero, en ese caso no había habido ningún acuerdo de modificación de la cláusula suelo. Y, además, conforme a lo razonado en un apartado anterior, la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida.

En consecuencia, sin perjuicio de que se mantenga la razón principal de la decisión adoptada en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre , advertimos que la referencia al art. 1208 CC en estos casos resultaba improcedente."

A la vista de la meritada Sentencia y de la de 11 de abril del 2018 , debe distinguirse entre la transacción sobre la cláusula suelo, en cuya transacción puede renunciarse al ejercicio de cualquier acción de reclamación derivada de la cláusula suelo objeto de la misma. Si se transige sobre la cláusula de forma libre y voluntaria y se renuncia al



ejercicio de acciones, la eficacia de ello resulta indudable. Mientras que en los casos de novación de la cláusula, se regirá por los mismos principios y exigencias de contratación de condiciones generales de la contratación. Evidentemente, si se suprime la cláusula, al ser en beneficio del consumidor, pocas dudas habría y sus efectos se aplicarían a partir de su acuerdo, pero ni sanaría la nulidad de la cláusula del contrato que se modifica, ni afecta al derecho del consumidor de reclamar por los efectos de tal nulidad. Y si lo que se acuerda es una rebaja de la cláusula suelo, podrá declararse su nulidad si no cumple con la transparencia que el Tribunal Supremo viene exigiendo respecto de la misma, y si la cumple sería clara su validez y su eficacia sería ex nunc. Pero si se transige sobre la cláusula y se renuncia a cualquier reclamación, su eficacia es clara, salvo que se incurra en algún vicio en el consentimiento.

A lo argumentado en la sentencia recurrida y en favor de lo que alega el Banco recurrente debe añadirse, como ya dijo el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo del 2.013 , que las cláusulas suelo no son nulas por abusivas, pues, por un lado, afectan al objeto principal del contrato o al precio o retribución (artículo 4 de la Directiva 93/13) y no existe ninguna norma legal que las prohíba (artículos 85 a 90 del TRLPCU). La nulidad de la cláusula suelo deriva de su incorporación al contrato por falta de transparencia, es decir, resumidamente, por ser incorporadas sin la debida información al consumidor de su trascendencia jurídica y económica que tienen para el contrato. Por lo tanto, si ello es así y el consumidor es informado de dicha trascendencia, la cláusula suelo no podrá ser declarada nula.

Y en consecuencia ante el conflicto judicial o extrajudicial sobre la validez o nulidad de la cláusula suelo, que en la mayoría de los casos depende de que se demuestre o no que existió la suficiente información de la trascendencia económica y jurídica de la cláusula suelo, no se alcanza a comprender porque no pueden las partes llegar a una transacción en los términos que pacten sobre las cláusula suelo discutida, ni se comprende porque tiene que ser nulo el pacto al que lleguen las partes, pues si con la debida información la cláusula suelo no es nula, tampoco tiene porque ser nulo el pacto en el que se transija sobre los efectos de la cláusula suelo que en un momento anterior se incorporó al contrato de forma poco transparente.

Examinados los siete documentos suscritos voluntariamente por la demandante, nos encontramos claramente ante siete acuerdos transaccionales. Y se pacta expresamente que el cliente se compromete a desistir de cualquier reclamación y a no reclamar contra el banco por las actuaciones hechas antes de la fecha del acuerdo en relación con el objeto del mismo. Y más adelante se indica que el cliente está de acuerdo con las modificaciones en cuanto al tipo de interés a aplicar, "después de una negociación específica" practicadas por el banco hasta la fecha del documento, renunciando a nada más pedir en el futuro ni a reclamar por estos conceptos.

Por lo tanto, resulta irrelevante si la cláusula suelo pactada en su momento fue o no transparente, pues se renunció a reclamar por su aplicación, encontrándonos claramente ante un acuerdo transaccional, como hemos dicho y no ante una novación o modificación del contrato.

En definitiva, en el presente caso, la prestataria optó libremente y conscientemente por acogerse a un tipo de interés fijo, hasta en siete ocasiones, evitando con ello las fluctuaciones existentes en la cuota a satisfacer cuando se referencia a un tipo de interés variable.

*La estimación de la "exceptio pacti", exime del examen del resto de motivos y de la impugnación planteada", línea jurisprudencial que esta Sala ha reiterado, entre otras, en sus sentencias **número 177/2019, de 12 de marzo de 2.019** , **352/2019, de 10 de mayo de 2.019** , **402/2019, de 24 de mayo de 2.019** , **453/2019, de 13 de junio de 2.019** y **533/2019, de 31 de julio de 2.019** .*

El recurso debe estimarse, en este punto, revocando totalmente el pronunciamiento judicial de primera instancia relativo a la declaración de nulidad de la cláusula de suelo litigiosa con la correspondiente restitución de cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la referida cláusula, no compartiendo esta Sala la argumentación sostenida por el Magistrado a quo en este particular punto.

El documento número 23 de los aportados con el escrito de demanda recoge el acuerdo 6 de abril de 2.016, en virtud del cual ambas partes litigantes, de común acuerdo, en aras al principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, acordaron, principal y esencialmente, que la cláusula suelo litigiosa dejaba de regir en la relación jurídico-contractual de préstamo hipotecario estableciéndose un tipo fijo de interés del 2,700%, subsistiendo el resto de cláusulas contractuales, acordando, además, que la parte actora se comprometía a desistir de cualquier reclamación que tuviera por objeto la cláusula suelo litigiosa y no reclamar nada contra la entidad bancaria demandada por actuaciones anteriores a la fecha de este vencimiento, así como renuncia al ejercicio de acciones, presentes y futuras.

En otras palabras, existe una realidad que no puede ser obviada ni silenciada por esta Sala, que no es otra que la cláusula suelo litigiosa no rige en la relación jurídico-contractual desde del día 6 de abril de 2.016, ni regirá



por cuanto se pactó *inter partes* que así sería hasta la finalización de la duración del préstamo hipotecario, quedando probado y acreditado que la cláusula litigiosa ha dejado de regir por cuanto ambas partes litigantes, lo convinieron y pactaron expresamente, en aras al principio de libertad contractual como igualmente pactaron tanto el desistimiento y renuncia de acciones, tanto pasadas, presentes y futuras.

Cabe concluir que se trata de un acuerdo sencillo y nada farragoso ni complejo en cuanto al contenido de su clausurado que tiene por objeto dos cuestiones esenciales:

La primera, la supresión de la cláusula suelo pactándose expresamente un tipo de interés remuneratorio fijo que, en el caso litigioso, no supone una mejora del tipo de interés variable previamente pactado y que queda suprimido con la suscripción del acuerdo.

En este caso resulta difícil sostener que partiendo del conocimiento que tiene la parte actora del precio del préstamo, que siempre queda fijado, principalmente, en la cláusula que regula el interés remuneratorio, acceda a firmar un acuerdo que supone una desmejora con el anterior clausurado (extremo que consta expresamente) sino es en el sentido de protegerse de una eventual subida del índice de referencia del préstamo con su correspondiente diferencial o por cuanto la parte actora considera más conveniente, a sus propios intereses, que el préstamo hipotecario quede sujeto a un tipo de interés remuneratorio fijo.

Ninguna prueba hay que permita sostener que la supresión de la cláusula suelo pactándose un tipo de interés remuneratorio fijo fuera impuesto a la parte actora ni tampoco que no fuera informado ante un objeto tan claro como es el que recoge el acuerdo, ni mucho menos, que no comprendiera las consecuencias de quedar sujeto a un tipo de interés remuneratorio fijo.

La segunda, resulta difícil de entender y de comprender, que siendo tan claro el objeto del acuerdo (supresión de la cláusula suelo rigiendo un tipo de interés remuneratorio fijo) no lo sea también la renuncia de acciones a percibir cantidad alguna cuando la citada cláusula se aplicó indebidamente.

Es tan clara y taxativa la redacción de la cláusula de renuncia de acciones que no se puede más que concluir el pleno conocimiento que tenía la parte actora al suscribir el acuerdo privado, de las consecuencias jurídicas de dicha renuncia.

En definitiva, el acuerdo es vigente y despliega todas sus consecuencias jurídicas, no pudiéndose decir que el citado acuerdo, no sea claro y taxativo en sus términos y que no sea de fácil comprensión y entendimiento por parte de la parte actora litigante, lo que conlleva la estimación de este primer motivo impugnatorio formulado por la entidad bancaria demandada.

TERCERO.- Prescripción de la acción en reclamación de cantidades.- Son varios los pronunciamientos de esta Sala a este respecto.

Así, en **sentencia número 482/2018 de 22 de octubre de 2.018** dijimos " **SEXTO.- Imprescriptibilidad de la acción resarcitoria.-**

El Banco recurrente, sostiene que, debe tenerse en cuenta por el Juzgador que en el caso que nos ocupa la actora está acumulando dos acciones muy diferentes: por un lado, la acción DECLARATIVA de nulidad de unas condiciones generales de la contratación, la cual resulta imprescriptible y, por otro, unas acciones RESARCITORIAS tendentes a que mi representada le restituya los conceptos que la misma abonó con ocasión de las mismas, las cuales SÍ que están sometidas al término previsto en nuestro Código Civil y otras Leyes especiales.

Siendo una cuestión meridianamente clara el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una condición general de la contratación, por ejercitarse una acción de nulidad radical y no anulabilidad, mayores dudas ha suscitado si puede alzarse la prescripción, no ya frente a la acción meramente declarativa de nulidad, sino ante otras acciones autónomas posteriores como aquellas que pudieran pretender la concreta devolución de determinadas cantidades (por ej., gastos hipotecarios, comisiones) cuando la acción inicial ejercitada se ha limitado a la estricta pretensión mero declarativa.

Si se interpreta que, al pretender la devolución de los gastos, nos hallamos ante una segunda acción, autónoma, pero consecuente de la nulidad de la condición general impugnada, acogiendo la doctrina establecida por la STS de 14 de marzo de 1974 : "Si la acción de nulidad era imprescriptible, tal condición habrán de tener las acciones de ella derivadas".

Y en idéntico sentido, razona la SAP de Barcelona, de 4 de marzo de 2002 :

"La solución en este punto no puede ser otra que la del Juez "a quo", pues la acción ejercitada es de nulidad absoluta (...) y el art. 1.300 CC, que invoca la apelante, se refiere a la acción de anulabilidad de los contratos en que concurren los referidos requisitos, por vicios del consentimiento, etc. El plazo de cuatro años que establece



el art. 1.301 CC solo resulta de aplicación a esta última, y no a la de nulidad absoluta, que es imprescriptible, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, pues lo mismo que tales contratos no son susceptibles de confirmación (art. 1.310 CC), tampoco podrían convalidarse por la suerte de renuncia tácita que supondría dejar pasar el tiempo sin pedir la nulidad. Además, otra de las razones que abona la imprescriptibilidad de la acción es que es meramente declarativa.

Sentada la inaplicación del plazo de cuatro años que establece el art. 1.301 CC , tampoco puede acogerse la tesis de que se aplique el de quince para la restitución de las prestaciones, pues, si es imprescriptible la acción de nulidad, dicha imprescriptibilidad afecta también a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad a, que se refiere el art. 1.303 CC ".

Esta Sala participa del mismo criterio expuesto".

Y **sentencia número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019** expresamos " **TERCERO.-** Sobre la prescripción de la acción.

La reclamación de las cantidades indebidamente pagadas se fundamenta en la nulidad de la cláusula de gastos al infringir una norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que prohíbe la incorporación a los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas, por lo que la acción, tanto para pedir su nulidad, como los efectos inherentes a la misma, es imprescriptible, no siendo de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC que se refiere a la acción de anulabilidad.

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

Pero, aunque se aceptase que la acción es independiente a la nulidad, en ningún caso estaría prescrita, pues el inicio del cómputo deberá efectuarse desde el momento en que se declara nula la cláusula, pues mientras no se declare, no existe acción para reclamar lo indebidamente pagado. Como establece el artículo 121-23.1. del CCC el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. Por lo tanto, sin conocer que la cláusula era nula, lo cual se produce con la declaración judicial, no se iniciaría el plazo prescriptivo", habiendo reiterado la misma postura en sentencias **número 159/2019 de 6 de marzo de 2.019** , **número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019** , **número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 186/2019 de 13 de marzo de 2.019** , **número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019** , **número 237/2019 de 27 de marzo de 2.019** , **número 240/2019 de 27 de marzo de 2.019** , **número 281/2019 de 11 de abril de 2.019** y **número 326/2019 de 2 de mayo de 2.019** .

De conformidad a lo expuesto, no cabe más que confirmar el pronunciamiento judicial de primera instancia, dando por válida la argumentación jurídica desarrollada por el Magistrado a quo, en este sentido, aplicable al caso enjuiciado y que se ajusta plenamente a la línea jurisprudencial de esta Sala.

CUARTO.- Cláusula de gastos.- La **sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre de 2.015 de la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España (Ponente: Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo D. Pedro José Vela Torres)** señala "1.-En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).



2.-Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.-En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.-En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro .

5.-En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC , para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley , para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el



principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC , que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".

Esta Sala en **sentencia número 55/2016 de 10 de marzo de 2.016** dijo " Efectivament, no basta que els termes siguin clars i precisos per declarar una clàusula abusiva. Aquell és el primer requisit, el denominat control d'inclusió, però posteriorment si se supera aquest control cal entrar en el control de transparència que consisteix en determinar si el consumidor ha pogut tenir la certesa de "la càrrega econòmica" d'allò que ha signat. Ha pogut tenir la informació suficient per poder conèixer de manera raonable l'abast d'allò que va a signar i que no resulti que per manca d'aquella informació precisa i al seu abast de comprensió, ha pogut incorre en un error vici en el seu consentiment. "Si ho hagués sabut, no ho hauria signat".

Per altra banda, no hi ha cap mena de dubte en el debat d'aquest litigi que ens trobem davant d'unes condicions generals de contractació en el termes que les defineix l' article 1 de la Llei 7/1998 sobre condicions generals de contractació (LCGC). I la mateixa llei en el seu article 8 diu que seran nul·les de ple dret aquelles condicions que contradiguin la mateixa llei o qualsevol altra de caràcter prohibitiva o imperativa. També en el seu apartat 2 que les condicions generals seran abusives si contradiuen l'article 10 bis de la mateixa llei o de la disposició addicional primera de la Llei 26/1984 de consumidors i usuaris. La mateixa llei LCGC incorpora aquella disposició addicional en la Llei de consumidors i usuaris. Posteriorment es va publicar en 30.11.07 (en vigor, al dia següent) el Text refós de la llei general de consumidors i usuaris i d'altres lleis complementaries per RD Legislatiu 1/2007 de 16 de novembre, sota la vigència del qual es va atorgar el contracte de préstec hipotecari del present cas.

Doncs be, l'article 82.1 10 bis qualifica d'abusives aquelles clàusules i pràctiques no negociades individualment que, en contra de les exigències de la bona fe, causin en perjudici al consumidor un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte. Aquesta definició està perfectament alineada amb la Directiva 93/13/CEE sobre protecció de drets al consumidor i amb la constant jurisprudència del TJUE. Afegeix el mateix article en el seu apartat 2 que la càrrega de una clàusula que ha estat negociada individualment correspon a l'empresari, és a dir, en el serveis bancaris, a l'entitat prestamista, en la mateixa línia que l'article 3.2 de l'esmentada Directiva. Això no ha succeït en el present cas.

I aquest article 82 en l'apartat 4 preveu que en tot cas seran clàusules abusives les previstes en els articles 85 a 90 de la mateixa llei que: a) vinculin el contracte a la voluntat de l'empresari; b) limitin els drets del consumidor i usuari; c) determinin la manca de reciprocitat en el contracte; d) imposin al consumidor garanties desproporcionades; e) resultin desproporcionades en el perfeccionament o execució del contracte o f) contravinguin les regles sobre competència o dret aplicable.

En aplicació d'aquesta legislació, la ja esmentada STS de 23.12.15 aborda la nul·litat d'una clàusula molt similar a la que hem transcrit i que ha estat impugnada sobre les despeses derivades del contracte de préstec.

Aplicada aquesta doctrina al cas present i a la vista de la clàusula impugnada en la seva totalitat hem de dir que efectivament resulta clarament desequilibrada la posició del consumidor respecta al prestamista professional, el qual fa recaure absolutament totes les despeses en el compte del consumidor. I resulta encara més contrari a la bona fe que ho hagi fet després de reconèixer en la pròpia escriptura que la pròpia prestamista ha intervingut en determinades decisions que afecten a la despesa que fa recaure en el seu client, en preservació dels seus



propis interessos com a entitat prestamista, però sense assumir cap càrrega econòmica de les decisions preses de comú acord. És a dir, ho van decidir entre les dues parts (cosa que, atesa l'asimetria precontractual entre les parts, fa difícil de considerar) però el cost corre a càrrec del client exclusivament".

Tambien esta Sala señaló en su **sentencia 422/2018 de 1 de octubre de 2.018** lo que se sigue " Cinquè. Consideracions generals sobre les condicions generals de la contractació i el seu control d'abusivitat.

El Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i unes altres lleis complementàries, a part d'establir unes normes generals sobre la contractació amb els consumidors, en els articles 85 a 90 efectua un elenc de clàusules abusives, bé per vincular el contracte a la voluntat de l'empresari, bé per limitar els drets bàsics del consumidor i usuari, bé per manca de reciprocitat, bé respecte al sistema de garanties dels béns o productes, bé per afectar al perfeccionament i execució del contracte, bé a la competència i dret aplicable.

Sisè. Consideracions generals sobre el préstec o crèdit amb garantia hipotecària.

El préstec es constitueix en escriptura pública perquè al mateix temps, i com a garantia de la concessió, es constitueix al seu torn el dret real d'hipoteca que exigeix, d'acord amb el Codi civil i la Llei hipotecària, la formalització de l'escriptura notarial i la inscripció corresponent en el Registre de la Propietat. Algun sector doctrinal i algunes resolucions judicials entenen que l'interès substancial del prestatari és que es formalitzi el préstec de la manera més simple possible i sense més garanties que la seva personal (els seus béns presents i futurs), i li és indiferent que en el cas d'exigir-se-li una garantia, com la hipoteca, s'inscrigui o no en el Registre de la Propietat, mentre que l'interès del banc és el d'atorgar escriptura pública, fent fefaent a efectes probatoris i executius l'existència del contracte, i perquè a més de cap altre manera podrà guanyar a favor seu el dret real d'hipoteca que es constitueix per a ell.

Ara bé, el consumidor que sol licita un préstec d'una quantitat considerable de diners no pot pretendre que l'entitat financera li ho presti sense garanties efectives de devolució, i la constitució d'una hipoteca sobre aquest és la més estesa i vinculada al finançament per adquirir un immoble, encara que també pot es garantir el préstec amb la hipoteca d'un immoble per a una finalitat diferent. La constitució d'hipoteca necessita per a la seva validesa d'escriptura pública i inscripció en Registre de la Propietat (article 1.875 del Codi civil i article 145 de la Llei hipotecària), per la qual cosa el prestatari només pot ser conscient que la sol·licitud i obtenció d'un préstec d'una quantia elevada necessita una garantia, que en ser una hipoteca sobre un immoble generarà una sèrie de despeses per l'atorgament d'una escriptura pública i inscriure-la en el Registre de la Propietat.

D'altra banda, la prestació d'una o diverses garanties pel prestatari pot afectar a l'interès remuneratori que ha de satisfer per l'ajornament en la seva devolució o en els terminis per retornar i, així, en la pràctica financera un préstec amb la garantia de la hipoteca es concedeix amb l'obligació d'una devolució en terminis molt més llargs (20, 30 o fins i tot 40 anys) i amb un interès remuneratori més baix que els préstecs sense la garantia real de la hipoteca, que es concedeixen amb l'obligació de retornar en terminis molt més curts i amb el pagament d'un interès remuneratori més alt. I el banc o l'entitat financera és clar que també té un interès econòmic en la concessió del préstec, ja que part del seu negoci es fonamenta en això. I tant la taxació correcta del bé, com la intervenció del Notari i la inscripció en el Registre de la Propietat resulten essencials per garantir el bon fi del negoci.

En realitat, deixant de banda les obligacions fiscals que genera el procés de concessió d'un préstec amb garantia hipotecària, ambdues parts, prestador i prestatari, tenen interès en què el préstec es garanteixi amb una hipoteca, per a la qual cosa és necessària l'escriptura pública i inscriure-la en el Registre de la Propietat (art. 145 de la Llei Hipotecària). Tot el procés de concessió d'un préstec amb garantia hipotecària ha de ser qualificat de forma unitària i no dissociar-se cadascuna de les seves parts. El prestatari sol·licita d'una entitat financera un préstec per una quantitat considerable i per tal que li concedeixin ha de prestar una garantia suficient, per la qual cosa s'exigeix la taxació d'aquesta per tal de demostrar que ho és. Resulta necessària la intervenció d'un Notari, un registrador i habitualment actua un gestor aliè a ambdues parts, que actua en interès d'aquestes, i inscriu l'escriptura i paga els impostos que es generen per tot aquest procés.

Podria ser discutible si un o un altre té un major o menor interès en els actes que han de dur a terme fins a consumir el contracte, però naturalment, ambdues parts hi tenen interès.

Setè. La sentència del Tribunal Suprem de 23 de desembre del 2015 .

Atès que la part recurrent esmenta i fonamenta el seu recurs en dit pronunciament judicial, hem de dir que el Tribunal Suprem s'ha pronunciat en sentència de ple, de 23 de desembre del 2015 , pel que fa a les clàusules contractuals en què s'imposa als prestataris una sèrie de despeses derivades de l'atorgament del préstec hipotecari i la inscripció en el Registre de la Propietat. Aquest pronunciament diu literalment: (...)



Aquesta Sentència va ser dictada en un procés en què una organització de consumidors (OCU) exercia la nul·litat d'una sèrie de clàusules incorporades als contractes de préstec hipotecari que havien atorgat el BBVA i el BANCO POPULAR ESPAÑOL. Per tant, d'una banda, la força de cosa jutjada només té efectes davant aquestes entitats bancàries i, d'altra banda, els efectes jurídics d'aquestes sentències s'han d'interpretar en els termes justos, atès que són dictades en processos d'accions col·lectives, i pot ser diferent la decisió que es dicti en els processos individuals exercits pels consumidors.

En aquest cas, la part demandada és CAIXABANK,SA i la clàusula incorporada al contracte de préstec hipotecari objecte de l'acció de nul·litat és similar a la declarada nul·la en aquesta Sentència del Tribunal Suprem, en imposar al prestatari totes les despeses de taxació de l'immoble, aranzels notarials, fins i tot la primera còpia, registrals i els impostos relatius a la constitució, modificació i cancel·lació de la hipoteca; les despeses de tramitació de l'escriptura davant el Registre de la Propietat i l'Oficina Liquidadora d'Impostos; els derivats de la conservació de l'immoble, assegurança d'incendis i danys; i totes les despeses derivades de l'exigència del compliment del que s'hagi pactat.

La clàusula es declara nul·la per abusiva, és a dir, per contravenir una sèrie de normes imperatives que es relacionen en la Sentència relativa a carregar al consumidor despeses o impostos que no li corresponen, però no declara la nul·litat per no ser transparent. La clàusula no afecta l'objecte principal del contracte, ni el preu o retribució, per tant, no s'ha d'efectuar el seu control a l'empara de si la clàusula és o no clara o si ha estat o no acceptada pel prestatari o l'hipotecant, sinó si contradiu una norma imperativa que prohibeix determinades clàusules incorporades a contractes amb consumidors.

Només, com hem vist, es podria excloure l'abusivitat de la clàusula si es prova complidament l'existència d'una negociació expressa i les contrapartides que aquest consumidor concret va obtenir per la inserció de clàusules que afavoreixen la posició del professional o empresari. Ni s'al·lega aquesta qüestió ni es prova.

Per tant, la clàusula és nul·la per contravenir l'article 89.3 del TRLCU en imposar al consumidor el pagament de totes les despeses i l'article 82.1 de la mateixa Llei en contravenir els principis de la bona fe i ocasionar al consumidor un desequilibri important en el seu drets i obligacions. En conseqüència, la Sentència no ha incorregut en cap incongruència.

Però, com s'indica en les sentències del Tribunal Suprem de 15 de març del 2018, sobre la base de l'abusivitat de l'atribució indiscriminada i sense matisos del pagament de totes les despeses i els impostos al consumidor (en aquest cas, el prestatari), haurien de ser els tribunals qui decideixin en processos posteriors, davant les reclamacions individuals dels consumidors, qui concretés com es distribueixen en cada cas les despeses i impostos de l'operació.

Per això, el motiu del demandant relatiu als efectes de la declaració de nul·litat i de la impossibilitat d'integració de les clàusules abusives no pot ser acollit en els termes pretesos, és a dir, la devolució de totes les quantitats pagades com a conseqüència de l'aplicació de la clàusula nul·la, sinó només d'aquelles quantitats indegudament pagades pel consumidor atès que correspon pagar-les al prestador. No es pot aplicar la Sentència del TJUE de 21 de desembre del 2016, que es va referir a la clàusula sòl, atès que no té res a veure amb la clàusula que s'impugna en aquest procediment. Per això, s'haurà d'examinar cada despesa concreta si corresponia pagar-la al prestador, al prestatari o fins i tot a ambdós, decisió que no té res a veure amb la moderació d'una clàusula abusiva declarada nul·la. I això perquè no es tracta de quantitats indegudament percebudes pel banc, ja que aquest no les ha percebut, atès que ho ha fet un tercer -el Notari, el Registrador, el taxador, el gestor- i, per tant, el que s'haurà de decidir és a qui li corresponia el pagament".

Habiendo reiterado esta Sala lo anterior en sus sentencias **número 418/2018 de 1 de octubre de 2.018** , **número 424/2018 de 1 de octubre de 2.018** , **número 428/2018 de 2 de octubre de 2.018** , **número 447/2018 de 10 de octubre de 2.018** , **número 453/2018 de 11 de octubre de 2.018** , **número 459/2018 de 15 de octubre de 2.018** , **número 465/2018 de 18 de octubre de 2.018** , **número 466/2018 de 18 de octubre de 2.018** , **número 468/2018 de 18 de octubre de 2.018** , **número 474/2018 de 19 de octubre de 2.018** , **número 482/2018 de 22 de octubre de 2.018** , **número 483/2018 de 22 de octubre de 2.018** , **número 517/2018 de 7 de noviembre de 2.018** , **número 519/2018 de 8 de noviembre de 2.018** , **número 521/2018 de 8 de noviembre de 2.018** , **número 551/2018 de 23 de noviembre de 2.018** , **número 568/2018 de 29 de noviembre de 2.018** , **número 569/2018 de 29 de noviembre de 2.018** , **número 571/2018 de 30 de noviembre de 2.018** , **número 575/2018 de 3 de diciembre de 2.018** , **número 579/2018 de 3 de diciembre de 2.018** , **número 580/2018 de 3 de diciembre de 2.018** , **número 581/2018 de 4 de diciembre de 2.018** , **número 594/2018 de 10 de diciembre de 2.018** , **número 598/2018 de 11 de diciembre de 2.018** , **número 600/2018 de 11 de diciembre de 2.018** , **número 601/2018 de 11 de diciembre de 2.018** , **número 605/2018 de 11 de diciembre de 2.018** , **número 610/2018 de 12 de diciembre de 2.018** , **número 616/2018 de 13 de diciembre de 2.018** , **número 622/2018 de 14 de diciembre de 2.018** , **número 623/2018 de 14 de diciembre**



de 2.018 , número 625/2018 de 14 de diciembre de 2.018 , número 631/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 632/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 633/2018 de 17 de diciembre de 2.018 , número 638/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 639/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 641/2018 de 18 de diciembre de 2.018 , número 645/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 646/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 651/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 653/2018 de 19 de diciembre de 2.018 , número 654/2018 de 20 de diciembre de 2.018 , número 656/2018 de 20 de diciembre de 2.018 , número 657/2018 de 20 de diciembre de 2.018 , número 655/2018 de 27 de diciembre de 2.018 , número 662/2018 de 27 de diciembre de 2.018 , número 665/2018 de 28 de diciembre de 2.018 , número 2/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 3/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 5/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 6/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 7/2019 de 9 de enero de 2.019 , número 25/2019 de 16 de enero de 2.019 , número 27/2019 de 21 de enero de 2.019 , número 32/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 33/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 34/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 35/2019 de 24 de enero de 2.019 , número 37/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 38/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 40/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 36/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 39/2019 de 25 de enero de 2.019 , número 53/2019 de 4 de febrero de 2.019 , número 56/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 58/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 58/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 60/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 63/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 64/2019 de 5 de febrero de 2.019 , número 67/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 70/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 73/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 74/2019 de 6 de febrero de 2.019 , número 80/2019 de 7 de febrero de 2.019 , número 84/2019 de 7 de febrero de 2.019 , número 89/2019 de 12 de febrero de 2.019 , número 94/2019 de 14 de febrero de 2.019 , número 97/2019 de 15 de febrero de 2.019 , número 101/2019 de 18 de febrero de 2.019 , número 109/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 113/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 116/2019 de 19 de febrero de 2.019 , número 121/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 123/2019 de 20 de febrero de 2.019 , número 137/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 140/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 141/2019 de 26 de febrero de 2.019 , número 164/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 166/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 172/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 173/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 174/2019 de 11 de marzo de 2.019 , número 180/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 185/2019 de 13 de marzo de 2.019 , número 193/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 194/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 196/2019 de 14 de marzo de 2.019 , número 243/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 244/2019 de 27 de marzo de 2.019 , número 250/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 251/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 253/2019 de 28 de marzo de 2.019 , número 281/2019 de 11 de abril de 2.019 , número 307/2019 de 26 de abril de 2.019 , número 310/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 311/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 312/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 313/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 315/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 317/2019 de 29 de abril de 2.019 , número 318/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 319/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 320/2019 de 30 de abril de 2.019 , número 337/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 338/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 339/2019 de 7 de mayo de 2.019 , número 340/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 341/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 342/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 343/2019 de 8 de mayo de 2.019 , número 356/2019, de 10 de mayo de 2.019 , número 357/2019, de 10 de mayo de 2.019 , número 367/2019, de 10 de mayo de 2.019 , número 372/2019, de 15 de mayo de 2.019 , número 389/2019, de 22 de mayo de 2.019 , número 390/2019, de 22 de mayo de 2.019 , número 401/2019, de 24 de mayo de 2.019 , número 403/2019 de 27 de mayo de 2.019 , número 408/2019, de 29 de mayo de 2019 , número 409/2019, de 29 de mayo de 2.019 , número 421/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 422/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 423/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 425/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 426/2016, de 4 de junio de 2.019 , número 428/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 432/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 430/2019, de 5 de junio de 2.019 , número 444/2019, de 11 de junio de 2.019 , número 446/2019, de 11 de junio de 2.019 , número 457/2019, de 17 de junio de 2.019 , número 458/2019, de 17 de junio de 2.019 , número 525/2019 de 30 de julio de 2.019 y número 529/2019, de 31 de julio de 2.019 , sentencias judiciales que recogen el criterio reiterado y unánime de esta Sala, en cuanto a la procedencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, estableciendo los criterios a seguir en cuanto a restitución de cantidades en concepto de gastos notariales, registrales, de gestoría, de tasación y de impuestos, con las precisiones más recientes, en este sentido, fijadas en sentencias de 23 de enero de 2.019 de nuestro Alto Tribunal.

El recurso no merece prosperar, rechazándose las alegaciones expuestas por la entidad bancaria demandada, quién reproduce las mismas alegaciones efectuadas, en este sentido, en primera instancia en su escrito de contestación a la demanda, atendida la línea jurisprudencial de esta Sala y compartiendo la argumentación jurídica efectuada por el Magistrado *a quo* relativa a la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la sentencia recurrida.



Partiendo que no se discutió la cualidad y la calidad de consumidor que ostenta la parte actora resulta evidente que la cláusula de gastos litigiosa no fue negociada sino impuesta por la entidad bancaria demandada, cuya ausencia de prueba, por cuanto es a quién le corresponde, de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en primera como en segunda instancia, en este punto, es palpable y manifiesta.

Respecto a las alegaciones relativas a la oferta vinculante en concordancia con lo que, en ocasiones, se manifiestan en escrituras públicas similares y en procesos civiles declarativos idénticos y/o similares, donde se dice, esencialmente, que el Notario autorizante de la presente escritura le han librado la oferta vinculante sin que existan discrepancias entre las condiciones financieras de dicha oferta vinculante y las cláusulas financieras de esta escritura o la aportación de la oferta vinculante, para acreditar negociación entre ambas partes litigantes, comprensión por la parte actora y, en último lugar, cumplimiento de la obligación de transparencia por la entidad bancaria demandada, baste decir que la oferta vinculante se limita, única y exclusivamente, a una breve exposición de lo que van a constituir las cláusulas financieras de la escritura de préstamo hipotecario y de la definición de las mismas, ni más ni menos, siendo exigua la explicación que contiene respecto de la cláusula de gastos; lo que se valora, generalmente, de forma negativa, por cuanto no acredita, mínimamente, ni negociación, ni comprensión ni entendimiento alguno.

Ninguna prueba concluyente se aporta de entendimiento y comprensión por parte de la parte actora ni de una efectiva negociación de su clausurado, constituyendo la oferta vinculante, simplemente, un formulario previo a la suscripción efectiva del préstamo hipotecario litigioso, que no acredita negociación efectiva llevada a cabo con la parte actora, con la participación activa e influencia de la misma en la negociación del clausurado: dicha negociación, de igual a igual, no se considera acreditada en ningún extremo.

Lo mismo cabe indicar respecto a las advertencias realizadas por el Notario, que se rechazan, máxime cuando tampoco consta el devenir de las explicaciones en el momento de suscripción del préstamo hipotecario.

Las alegaciones que el préstamo hipotecario fue solicitado por la parte actora no pueden más que rechazarse, máxime cuando, es una obviedad que, para la adquisición de un bien inmueble, la generalidad de los prestatarios acuden a las entidades bancarias por cuanto no disponen de la totalidad del dinero para la adquisición siendo necesaria e imperiosa la contratación.

Pues bien, no consta ni se desprende que hubiera negociación alguna, sino que sobre la premisa de que la parte actora necesita el préstamo hipotecario, éstas serán las condiciones, determinadas, única y exclusivamente, por la entidad bancaria demandada.

En cuanto al pago de los gastos por parte de la parte actora resulta, claro y meridiano, que así fue, como se infiere tanto de una lectura de la cláusula litigiosa como de la documental obrante en las actuaciones.

Todo ello lleva, como corolario, que no puede más que aseverarse la pluralidad de conceptos a cargo de la parte actora, consumidora y prestataria, expresados en términos genéricos, imprecisos e inconcretos, sin efectuar distinción ni concreción alguna, desconociéndose por completo que partidas se integran en cada uno de ellos, tal y como está redactada la cláusula de gastos litigiosa, la cual, puede y debe considerarse, como condiciones generales de la contratación, llamadas a incorporarse a multitud de préstamos hipotecarios idénticos o similares al de objeto de litis, y que se hayan redactados por la entidad bancaria demandada, lo que implica la nula capacidad de negociación y de intervención de la parte actora, consumidora y prestataria, en su negociación, sino que, simple y llanamente, constituyen condiciones que la entidad bancaria impone para la obtención del préstamo hipotecario, a suerte de oferta irrevocable, lo que comporta la existencia de un desequilibrio relevante y de cierta entidad, expresado en términos de reciprocidad, en los derechos y obligaciones que ostentan las partes en la relación jurídico-contractual, tratándose de una cláusula no negociada individual y separadamente, lo que implica a afirmar el desequilibrio que comporta para la parte actora consumidora y el beneficio que obtiene la entidad bancaria demandada.

QUINTO- Costas de la apelación- Atendiendo a la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 de la citada norma procesal civil, no hay pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada.

Vistos los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás normas aplicables

FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D^a. ANNA ROMAGUERA COLOM, en nombre y representación acreditada de BANCO DE SABADELL, S.A contra la sentencia número 706/2019 de 7 de mayo de 2.019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de



Girona, en los Autos de Procedimiento Ordinario número 1.982/2018 **DEBIENDO REVOCAR PARCIALMENTE** la misma en el siguiente sentido:

Se revoca totalmente, dejándola sin efecto, la declaración de nulidad de la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo hipotecario de 13 de marzo de 2.008 contenida en el pronunciamiento primero del Fallo de la sentencia de primera instancia, declarando la validez y eficacia del acuerdo transaccional de 6 de abril de 2.016.

Se revoca totalmente, dejándolo sin efecto, el pronunciamiento segundo del Fallo de la sentencia de primera instancia.

SE CONFIRMA en los demás pronunciamientos.

No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta y Transitoria Tercera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Excmo. Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Únase la presente al Libro de Sentencias Civiles de este órgano judicial, dejando en las actuaciones, certificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos acordamos y firmamos.

Ilmo. Magistrado-Presidente D. Fernando Lacaba Sánchez e Ilmos. Magistrados D. Fernando Ferrero Hidalgo y D. Alexandre Contreras Coy.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).