



Roj: **SAP O 2233/2018 - ECLI: ES:APO:2018:2233**

Id Cendoj: **33044370052018100276**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **13/07/2018**

Nº de Recurso: **350/2018**

Nº de Resolución: **281/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00281/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 00000350/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a trece de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 160/17, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Laviana, Rollo de Apelación nº **350/18**, entre partes, como apelante y demanda **LIBERBANK, S.A.**, representada por la Procuradora Doña María Consuelo Morales Suárez y bajo la dirección de la Letrado Doña Alejandra Sevares Caras, y como apelados y demandantes **DOÑA Custodia y DON Carlos**, representados por la Procuradora Doña María Gloria Álvarez Almanza y bajo la dirección del Letrado Don Pablo Martínez-Guisasola García-Braga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Laviana dictó sentencia en los autos referidos con fecha cuatro de abril de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Álvarez Almanza, actuando en nombre y representación de D. Carlos y DÑA. Custodia, contra LIBERBANK, S.A.:

1.- Se declara la nulidad parcial por abusiva de la cláusula quinta "gastos a cargo del prestatario" contenida en las Escrituras de 28 de enero de 2.000, otorgada por el Notario D. Manuel Tuero Tuero bajo el número 95 de su Protocolo, y de 14 de febrero de 2.001 otorgada por el Notario D. Manuel Tuero Tuero bajo el número 245 de su Protocolo, en lo concerniente a los gastos de Notaría, honorarios de Registrador para su inscripción y gastos de gestoría.

2.- Se condena a la demandada, LIBERBANK, S.A., a reintegrar a los demandantes la cantidad de 1.151,70 euros, suma que devengará intereses en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución.

Todo ello sin expresa imposición de costas."



TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Liberbank, S.A., y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por los actores Don Carlos y Doña Custodia se promovió demanda de juicio ordinario frente a la entidad Liberbank, S.A. solicitando se dicte sentencia en la que se declare la nulidad parcial por abusiva de la cláusula quinta de gastos a cargo del prestatario contenida en las escrituras de 28 de enero de 2.000 y 14 de febrero de 2.001, en lo concerniente a los gastos de Notaría y honorarios del Registrador para su inscripción, así como gastos de Gestoría. Y, en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reintegrar a los demandantes las cantidades indebidamente abonadas por aquéllos como consecuencia de la aplicación de la cláusula de gastos declarada nula, con los intereses devengados desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

A la pretensión actora se opuso la parte demandada, quien alegó que el préstamo de 28 de enero de 2.000 ha sido cancelado, por lo que cualquier acción relativa al mismo no puede prosperar. Asimismo se alega que las dos escrituras de préstamo hipotecario ya referidas fueron precedidas de una operación de compraventa para la que se había elegido la Notaría por el comprador, siendo éste el interesado tanto para la intervención notarial como para la registral y la tramitación realizada por la Gestoría; que la acción para reclamar el reintegro de los pagos realizados se encontraba prescrita; que en el fallo se contiene la condena de la entidad bancaria al abono de todos los gastos cuando en la factura notarial se incluye el timbre de la matriz cuyo abono corresponde, conforme a la sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2.018, al prestatario, y asimismo se señala que esos gastos cuyo reintegro se solicita son deducibles fiscalmente. Estas cuestiones ya han sido abordadas en otras ocasiones por esta Sala.

SEGUNDO.- En lo que respecta a la alegación de la extinción del contrato y la consiguiente inviabilidad, según el apelante, de la acción ejercida, esta Sala en la sentencia de 17 de mayo de 2.018 ha declarado " *Se alega como primer motivo del recurso la desestimación de la excepción de carencia de objeto o extinción de la acción por encontrarse el préstamo cancelado a la fecha en la que se solicita la declaración de nulidad y se cita al respecto diversas resoluciones judiciales que avalan la petición del apelante.*

Esta Sala estima que no se produce la extinción de la acción por encontrarse el préstamo cancelado, debiendo recordar que nos encontramos ante una petición de nulidad radical que no prescribe ni caduca; y así la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, en la sentencia de 12 de enero de 2.018, en la que se planteó el mismo tema que hoy es objeto del primer motivo de la apelación, señaló, en argumentación que esta Sala comparte, "Pues bien, la única cuestión planteada en el recurso se refiere a la posibilidad o no de declarar la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario concertado entre un consumidor y una entidad bancaria, cuando dicho préstamo hipotecario ha sido cancelado, porque el prestatario ha abonado el principal e intereses pactados, bien sea de forma anticipada, como es el caso, bien porque haya expirado el plazo.

Esta cuestión ya ha sido analizada por esta Audiencia Provincial en reiteradas sentencias cuya cita se estima innecesaria, por conocida por las partes.

Decíamos allí y reiteramos ahora, que para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2.015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2.013, aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte.

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



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

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

Además, la posibilidad jurídica de promover la nulidad de una cláusula o la nulidad parcial de un contrato, una vez sus prestaciones se han cumplido está prevista en el art. 1.301 CC (LEG 1889, 27), cuando regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad, en los casos de error, dolo o falsedad en la causa, al establecer que el plazo de cuatro años comenzará a contarse desde la consumación del contrato.

Por tanto, dicho precepto autoriza que de un contrato ya consumado, como puede ser el que nos ocupa, de préstamo hipotecario entre la parte actora y la entidad bancaria, puedan anularse todas o algunas de sus cláusulas, aún cuando a la fecha de presentación de la demanda, se hubiera cancelado por amortización anticipada, como es el caso.". Y más adelante se añade "Pues bien, como ya se ha anticipado en líneas precedentes, de la lectura de la cláusula transcrita se evidencia la imposición con carácter general de todos los gastos al prestatario, lo que aboca a su declaración de nulidad por abusividad; y así el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 15 de marzo de 2.018, relativa precisamente a la cláusula de gastos, declaró: "Conforme a todo lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso de casación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no sólo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

2.- *Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC (RCL 1998, 960) y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.*

Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde ese punto de vista."

Por lo que se refiere al tema relativo a la condena al abono de los gastos de Notaría y Registro, esta Sala en la sentencia de 15 de junio de 2.018 declaró "El primero de los motivos se anuncia como impugnación de la condena de abono de los gastos de Notaría y Registro .

Acto seguido se refiere a los aranceles notariales y a la Norma 6 del Anexo II del RD 1426/1989 que los regula, de acuerdo con la cual el pago de los honorarios corresponde a quien requiere sus servicios o en su caso a los interesados según las normas sustantivas o fiscales, y la parte recurrente sostiene que el interesado es el prestatario, considerando la operación de préstamo hipotecario en su globalidad, en cuanto le permite acceder a la financiación en condiciones de interés y plazo de los que no gozaría sin la constitución de la hipoteca y porque, además, de acuerdo con el art. 1.168 CC, como es que la constitución de la hipoteca es una obligación asumida por el prestatario, los gastos derivados de su constitución serían de su cargo.

*Pues bien, ciertamente la norma arancelaria dispone el pago de los honorarios del Notario por parte de quien solicita su servicio y la recurrente sostiene que fue la prestataria quien los solicitó, pues antes del préstamo se formalizó la escritura de compra del bien de la hipoteca y de acuerdo con el Reglamento Notarial (art. 126 2-6-1944) ese derecho de elección corresponde al cliente **bancario**; es este un argumento recurrente que, de un lado, liga indebidamente y sin razón la concertación del contrato de compraventa con el del préstamo hipotecario, cuando se desenvuelven de forma independiente y separada aunque sean sucesivos en el tiempo y, que de otro, y esto es lo relevante, no diferencia las diversas esferas negociables concurrentes y sus partes; de un lado, del Notario a quien se arriendan sus servicios y, de otro, la que vincula al profesional con el consumidor, regida por una normativa especial destinada a proteger a éste de los **abusos** de aquél ".*



En el presente caso consta, y así se hace figurar en la escritura de 28 de enero de 2.000, que la misma " ha sido redactada con arreglo a la minuta presentada por la Caja de Ahorros de Asturias " e igual contenido se encuentra en la escritura de 14 de febrero de 2.001.

Más adelante se añade en la citada sentencia: " Pasando al análisis de la norma arancelaria que indica como sujeto obligado al interesado según las normas sustantivas o fiscales, sostiene la recurrente que no cabe acudir a las primeras para identificar el interesado pues no concurren, y así es que, dice, la STS 23-12-2.015 para identificar como interesado en la constitución de la hipoteca al prestamista recurre a las normas procesales, obviando que asimismo lo hace a las sustantivas que regulan este tipo de garantía (art. 1875 CC y 2.2 LH).

En cualquier caso, sostiene la recurrente que el interesado en el préstamo es el prestatario y que el préstamo y garantía deben de contemplarse como una unidad y, precisamente, de acuerdo con esa perspectiva, quien aparece como interesado es el prestamista; y así es que en la doctrina se contempla la figura de los contratos coligados entendiendo por tales aquellos unidos por un vínculo que no autoriza a su contemplación separada y que en el caso del préstamo hipotecario se traduciría en que, aún cuando técnicamente la hipoteca aparezca como instrumental y accesoria del negocio de préstamo, sucedería que en la realidad el prestamista no accedería al préstamo si no es con esa garantía, y desde esa perspectiva, entonces, el interesado en la intervención del Notario y Registrador sería el prestamista, pues es él quien impone la constitución de la hipoteca como condición para otorgar el préstamo y son las especiales exigencias de la constitución de ese tipo de garantía las que determinan la necesidad de la intervención de Notario y Registrador, cumpliendo el prestatario con mostrar su conformidad en el acto escriturado de constitución de la garantía a favor del prestamista.

En un inciso del desarrollo del motivo se refiere el recurrente a las copias de la escritura y a quien corresponde su pago, a lo que para nada se refirió en su escrito de contestación, lo que viene proscrito por el art. 456 de la LEC , en cuanto que el objeto de la apelación no puede exceder del que lo fue en la instancia.

En cuanto a los gastos de Registro, como es que por la propia recurrente se sostiene su abono por el prestatario por las mismas razones que los notariales, cumplimos con remitirnos a lo expuesto para rechazar la impugnación de la recurrente; y sobre el argumento de que la normativa fiscal señala al prestatario como sujeto pasivo y le privilegia permitiendo la deducción del gasto, basta con apuntar que se trata de ámbitos normativos distintos .

...En el siguiente motivo combate la parte la imposición del interés legal respecto de las sumas a cuyo pago fue condenada, sosteniendo que es de aplicación lo dispuesto en el art. 1.108 del CC y no el art. 1.303 CC , lo que obviamente no es así, pues no nos hallamos ante el supuesto de mora en el cumplimiento de una obligación, sino de retroacción por la nulidad del pacto que conlleva el restablecimiento a la situación patrimonial anterior y por eso que el art. 1.303 del CC dispone la devolución del precio con sus intereses, concebido ese interés como frutos del dinero (art. 354 y 355 CC)". En el caso de autos la juzgadora quo establece el devengo desde la reclamación extra judicial no siendo tal cuestión objeto apelación por lo que la sala no puede pronunciarse respecto ."

Y más adelante la citada sentencia añade: " Luego, en el apartado cuarto de sus motivos sostiene que no puede procederse al reintegro de las cantidades porque fueron satisfechas a terceros y de nuevo habrá de recordarse que la nulidad y su efecto restitutorio se circunscribe a la relación entre prestataria y prestamista.

Como último motivo se vuelve sobre la prescripción de la acción, obviando que la que se ejercita es de nulidad de pleno derecho (art. 10. bis en la LGDCU Ley 26/1.984, de 19 de julio vigente a la fecha del préstamo hipotecario y 83 del texto vigente aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre) no sujeta a plazo de prescripción, resultando inasumible para este Tribunal la distinción de plazos que se propone entre la acción para declaración de nulidad de la estipulación o condición de la acción para reclamación del reintegro, pues la segunda es consecuencia de la primera, no pudiendo concebirse el derecho al reintegro sin la previa declaración de nulidad cuando la otra parte contratante se opone a esa declaración, como es el caso."

Finalmente debe señalarse respecto a los gastos de Gestoría que los mismos son accesorios de los relativos a la constitución de la escritura notarial de préstamo hipotecario así como de la inscripción referida al Registro, por tanto siendo estos gastos de cargo del prestamista los gastos de gestión para la tramitación de estos documentos le corresponde abonarla a la entidad bancaria, mas no así los relativos al Impuesto, puesto que quien ha de satisfacerlos es el prestatario .". Criterio este último que es perfectamente aplicable al caso de autos, si bien en la factura sin distinguir se estableció también la tramitación de la compraventa, por lo que la Juzgadora "a quo", en criterio que no se recurre, optó por dividir los gastos por mitad.

Finalmente, en lo que se refiere a la alegación del timbre de la matriz, no desconoce la Sala las dos sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2.018 , lo que ocurre es que en el presente caso un examen de las facturas notariales no permite colegir que haya una partida relativa al timbre de la matriz, y de otro lado debe señalarse que se trata de una alegación que no se efectuó en la contestación a la demanda, en cuyo folio tercero se centra el examen de la reclamación de cantidad, advirtiendo que en la factura relativa a los



honorarios de la Gestoría se incluye, como concepto de facturación, la compraventa, que nada tiene que ver con los préstamos hipotecarios. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.- Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Lberbank, S.A. contra el sentencia dictada en fecha cuatro de abril de dos mil dieciocho por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Laviana , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen a la parte apelante las costas de la alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.