



Roj: **SAP Z 1540/2018 - ECLI: ES:APZ:2018:1540**

Id Cendoj: **50297370052018100399**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **18/2018**

Nº de Resolución: **468/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00468/2018

N10250

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 42 1 2017 0013732

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000018 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 Bis de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0005075 /2017

Recurrente: IBERCAJA BANCO S.A.

Procurador: JORGE LUIS GUERRERO FERRANDEZ

Abogado: JOSE MANUEL BOLEA FERNANDEZ-PUJOL

Recurrido: Debora , Severino

Procurador: ADRIANA ELENA GARCIA PEMAN

Abogado: CAMILO PABLO DEZA VILLASAN

SENTENCIA núm 468/2018

Ilmos. Señores:

Presidente :

Sr. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados:

Sr. D. JESUS IGNACIO PÉREZ BURRED

Sr. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a doce de junio de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 5, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 5075 /2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 Bis de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 18 /2018, en los que aparece



como parte apelante, IBERCAJA BANCO S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JORGE LUIS GUERRERO FERRANDEZ y asistido por el Abogado D. JOSE MANUEL BOLEA FERNANDEZ-PUJOL, y como parte apelada, Debora y Severino, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. ADRIANA ELENA GARCIA PEMAN y asistidos por el Abogado D. CAMILO PABLO DEZA VILLASAN, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 1 de septiembre de 2017 cuyo FALLO es del tenor literal:

"FALLO.:" Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Adriana García Permán, en nombre y representación de Debora y de Severino, frente a la entidad financiera IBERCAJA BANCO S.A., y en consecuencia:

1) Declaro la **nulidad** por abusivos de los siguientes apartados (b y d) de la cláusula financiera 5ª del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en fecha 27 de marzo de 1.998, ante el Notario D. Pedro-Javier Roig Bello, con nº de protocolo 369;

"Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos que seguidamente se especifican (...)

b) aranceles notariales y registrales relativos ala constitución, modificación, subsanación y cancelación de la hipoteca, con una primera copia liquidada e inscrita para la Caja, así como las actas notariales de realización del préstamo en los casos que proceda.

d) los gastos de tramitación de las escrituras indicadas anteriormente ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos, junto con los de las previas que fuere necesario efectuar por imperativo legal para la inscripción de la hipoteca".

Subsistiendo la vigencia del resto del contrato, en todo lo no afectado por la presente resolución.

2) **Condeno** a IBERCAJA BANCO S.A. a abonar a los actores la cantidad de SETECIENTOS ONCE EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (711,56 €), así como los intereses legales devengados desde el momento en el que se efectuó su pago, y los intereses del art. 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

No hago especial pronunciamiento en materia de **costas**.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de **IBERCAJA BANCO S.A.**, se interpuso contra la misma recurso de apelación.

Y dándose traslado a la parte contraria se *opuso* al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de mayo de 2018.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes procesales

Solicitó la parte actora la nulidad de la Cláusula Financiera Quinta denominada "Gastos a cargo de la parte prestataria" de la escritura pública de préstamo hipotecario de fechas 27 de marzo de 1998, así como la devolución de las cantidades abonadas por la actora y que debía haber abonado, a su juicio, la prestataria.

La demandada alegó que la cláusula de gastos era válida, que la misma, junto con el importe de los intereses y las comisiones obedecía a una misma oferta global, que la acción estaba prescrita o caducada y que se reclamaba el pago de lo indebido.

La sentencia estimó parcialmente la demanda sin imposición de costas.

La demandada formula, a su vez, recurso de apelación fundada en que:

- La acción está prescrita, al menos los efectos de la misma que han de regirse por el plazo de prescripción de cuatro años.



- La cláusula anulada es válida y no abusiva.
- No procede la condena al pago de los conceptos reclamados.
- Existe pluspetición.

La parte actora reitera los argumentos de la instancia en su escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO.- Nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios

Las recientes sentencias de esta Sala nº 159/2018 y nº 162/2018, ambas de fecha 26 de febrero , (Ponente: Sr. Pastor Oliver) ha resuelto la cuestión debatida al declarar la nulidad con carácter general de la denominada cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios, esto es, aquella que impone la totalidad de los gastos a los prestatarios originados en cualquier circunstancia y por cualquier causa.

Así, la indicada resolución se pronuncia en los siguientes términos:

Gastos. Principios Generales.-

La S.T.S. 705/2015, de 23-diciembre analiza a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios las condiciones generales de contratación relativas a los gastos del negocio jurídico. Concretamente, del préstamo hipotecario.

El art. 89 del R.D. leg. 1/2007 de Defensa de Consumidores y Usuarios califica en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. Y especifica respecto a la compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, resalta la citada S.T.S. 705/2013) una serie de supuestos concretos. Así, 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) y c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

Por lo que no cabe duda de la nulidad de la cláusula que genéricamente atribuye todos los gastos al prestatario.

SEGUNDO.- La resolución del Alto Tribunal en su apartado "g) *Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario)* " desarrolla dos principios que, a juicio de este tribunal, resultan paradigmáticos a los efectos de imputar la obligación de su pago: a) el *del interés principal* respecto a la concreta actuación de que se trate y b) *la distribución* de la carga tributaria según lo dispuesto en la legislación fiscal.

Todo ello sin olvidar que nos encontramos ante el examen abstracto de condiciones generales de contratación. Sin perjuicio de las circunstancias excepcionales que recogió la S.T.S. 171/17, 9-3 (negociaciones individualizadas).

Esta Sala ya se había pronunciado en los mismos términos con ocasión de las sentencias nº 264/2016, de 4 de mayo , la nº 560/2016, de 22 de noviembre , y el auto nº 17/2017, de 5 de enero.

Las recientes sentencias del Pleno del TS nº 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo ambas, han reiterado esta declaración de nulidad en los términos argumentados.

Por tanto, dicha cláusula con arreglo a los precedentes citados ha de estimarse nula.

TERCERO.- Prescripción de la acción de nulidad

Estima la entidad financiera recurrente que la acción ha caducado por el transcurso de cuatro años ex art. 1.301 del CC , subsidiariamente, de estimar que la acción es imprescriptible, no tendrían dicha cualidad las acciones tendentes a reclamar los efectos de la misma.

No es discutido en el presente caso que la demanda ha sido presentada el 6 de junio de 2017, que hubo una reclamación extrajudicial de fecha 7 de febrero de 2017 ni que entre dicha fecha y las de las facturas que justifican los gastos, todas ellas de 1998, hayan transcurrido más de 15 años.

La sentencia de esta Sala nº 173/2018, de fecha 27 de febrero , ha mantenido sustancialmente que:

Caducidad y prescripción .-Tratándose de una declaración de nulidad radical como se infiere de los arts. 83 T.R.L.G.C.U y 8-2 de la L.C .G.C., no puede hablarse de prescripción ni de caducidad, pues no estamos ante una resolución contractual ni ante un supuesto de anulabilidad del art. 1301 Civil.

Por lo que, según la máxima "quod nullum est nullum producit effectum", la acción es imprescriptible (art. 19-4 LCGC).



En este sentido, se trata el presente caso de un supuesto en el que entre los pagos y la reclamación han transcurrido más de 15 años y, por tanto, la acción para reclamar los gastos está prescrita.

Efectivamente, la declaración de nulidad no prescribe, si bien los efectos de tal declaración están sujetos a plazo de prescripción. Eso es así, conforme a la más reputada doctrina jurídica (Diez Picazo). La STS de 27 de febrero de 1964 así parece concluir, al reconocer que:

"si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que lo originariamente inválido cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, **por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos**; dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del artículo 1.930 se declara la prescriptibilidad de los "- derechos y acciones, de cualquier clase que sean"; en los artículos 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1.965; de aquí se sigue que aún no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca -y dicho queda que este Tribunal la estima acertada- no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y admitida en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción el recurrente denuncia.

En el mismo sentido, la SAP de Valencia (Sección Novena) nº 66/2018 de 1 de febrero .

En cuanto a su plazo, estima la Sala que la acción para exigir los gastos prescribe y aquel sería, con arreglo al art. 1964 del CC , el de las acciones personales que no tienen señalado término especial. Este era de quince años, si bien tras la Disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que modificó dicho artículo, se rebaja a cinco años; conforme a la disposición transitoria quinta de la misma norma, que remite al 1939 del CC , el plazo será el de 5 años desde la entrada en vigor de la citada modificación del art 1964 del CC .

Por tanto, conforme a lo razonado y la teoría de la *actio nata* la acción esta para reclamar los gastos está prescrita.

CUARTO Consecuencias de la declaración de nulidad

Sentada la nulidad de la cláusula y la prescripción de la acción para reclamar la devolución de los gastos ocasionados, el recurso habrá de ser estimado en este solo extremo.

QUINTO.- Costas procesales

En el presente caso, las dudas jurídicas que la cuestión suscita, en tanto no se vayan forjando con el tiempo criterios sólidos, imponen que no proceda a hacerse pronunciamiento alguno sobre las costas, ni del recurso, ni de la instancia.

En virtud de lo expuesto,

FALLO

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por **IBERCAJA BANCO S.A.** contra la sentencia de 1 de septiembre de 2017 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Primera Instancia Nº 12 bis de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, revocando la resolución recurrida en el sentido de estimar parcialmente la excepción de prescripción respecto a la acción para reclamar la devolución de los gastos objeto de reclamación y confirmando la resolución recurrida en todos sus demás extremos, sin hacer declaración sobre la imposición de las costas ni en la instancia ni en el recurso interpuesto.

Dese al depósito el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación y extraordinario por interés casacional, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887)) en BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el



recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ