Roj: **STS 4236/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4236**

Id Cendoj: **28079119912018100039**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **991**
Fecha: **19/12/2018**
Nº de Recurso: **2241/2018**
Nº de Resolución: **725/2018**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 896/2018,**
STS 4236/2018

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 725/2018

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2241/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL de OVIEDO SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2241/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 725/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. **Pedro José Vela Torres**

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto por D. Lucas , representado por el procurador D. Javier Fraile Mena, bajo la dirección letrada de D. José María Ortiz Serrano, contra la sentencia núm. 117/2018, de 21 de marzo, dictada por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 4/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1015/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo, sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador D. Esteban Jabardo Margareto y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Javier Fraile Mena, en nombre y representación de D. Lucas , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que, estimando las pretensiones formuladas:

"- DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA LITIGIOSA RELATIVA AL VENCIMIENTO ANTICIPADO contenida en la Escritura de PRESTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, en tanto que la Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa; eliminando la citada cláusula de la Escritura, teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma; DECLARANDO y confirmando que la demandada era y es la obligada a abonar los gastos relacionados en los hechos de la presente demanda.

"- DECLARE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE LOS GASTOS Y TRIBUTOS A CARGO DEL PRESTATARIO HIPOTECANTE, contenida en la Escritura de PRESTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, en tanto que Condición General de la Contratación de carácter abusivo y contraria a la normativa y ante la necesaria REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO CAUSADO.

"- En consecuencia, ELIMINE LA CITADA CLÁUSULA DE LA ESCRITURA DE PRESTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, teniéndola por no puesta y manteniendo la vigencia del contrato sin aplicación de la misma; DECLARANDO y confirmando que la demandada era y es la obligada a abonar los gastos relacionados en los hechos de la presente demanda.

"- Y en consecuencia, CONDENE A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA las cuantías soportadas en exceso por acción y efecto de la Cláusula nula contemplada tanto en hechos como en fundamentos de la presente. Todo ello con el correspondiente interés legal desde el momento de su pago e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, en virtud del art. 576 LEC.

"- De manera SUBSIDIARIA y únicamente respecto de la Cláusula de Gastos a cargo del prestatario, se DECLARE LA NULIDAD DE DICHA CLÁUSULA, ELIMINANDOLA DE LA ESCRITURA, teniéndola por no puesta y DECLARANDO que la demandada está obligada a abonar gastos relacionados en los hechos de la presente demanda; y, en consecuencia CONDENE A LA DEMANDADA A ABONAR un total de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (3.570,42 €), ello con el correspondiente interés legal de aquellas cantidades, desde el momento de su pago por la parte actora, e incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, de conformidad con el art, 576 LEC. Y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

"- SUBSIDIARIAMENTE, se condene a la demandada a INDEMNIZAR A LA PARTE ACTORA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS ocasionados al incumplir sus obligaciones, cuantificando la indemnización en un total de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (3.570,42 €), más los intereses legales devengados e incrementados en puntos desde el dictado de la Sentencia, conforme al art. 576 LEC.

"- Y por último, SUBSIDIARIAMENTE, en aplicación de la doctrina del **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO**, que se condene a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. a indemnizar a la parte actora en el importe a que ascienden las cantidades en que resultó empobrecida y que ascienden a un total de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (3.570,42 €), más los intereses legales devengados desde su pago por la demandada y hasta el dictado de la sentencia, incrementados en dos puntos desde el dictado de esta, conforme al art. 576 LEC.

"- Que se dicte mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la Sentencia que en su día se dicte, en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales de la escritura de PRESTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA con fecha 12 de septiembre de 2012 suscrita ante el Ilustre Notario DON CARLOS CORTIÑAS RODRIGUEZ-ARANGO con número 2535 de su protocolo.

"Y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 13 de julio de 2017 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Oviedo, fue registrada con el núm. 1015/2017. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Paloma Telenti Álvarez, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda presentada de contrario, con expresa condena en costas a la parte demandante".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Oviedo dictó sentencia núm. 571/2017, de 2 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fraile Mena, en nombre y representación de D. Lucas , frente a la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.:

"1.- Se declara la Nulidad de la cláusula 5ª, "gastos", y de la cláusula 6ª bis a), "vencimiento anticipado del préstamo", contenidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 12 de septiembre de 2.012.

"2.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 2018,1 euros, correspondientes a gastos de Notaría, Registro de la Propiedad, tasación y gestoría abonados por el actor en aplicación de la cláusula 5ª declarada nula, más los intereses legales desde la fecha de abono y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los intereses legales incrementados en dos puntos.

"Absolviendo a la demandada del resto de pedimentos ejercitados en su contra.

"Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 4/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva dice:

"Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocamos parcialmente la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia en el particular extremo de determinar que la cantidad objeto de condena devengará el interés prevenido en el fundamento séptimo de la presente resolución, sin imposición de costas del recurso de apelación".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Javier Fraile Mena, en representación de D. Lucas , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación por interés casacional fue:

"Único.- Infracción del art. 1303, C c , en cuanto a los efectos derivados de la nulidad declarada, en este caso, por abusividad de condiciones generales de la contratación".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la sala y personadas las partes por medio de

los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Lucas contra la sentencia dictada, el día 21 de marzo de 2018, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 4/2018 dimanante del juicio ordinario n.º 1015/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo.".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 8 de octubre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2018, en cuya deliberación los magistrados de la sección acordaron proponer al presidente de la sala, en consideración a la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, que el asunto pasara a conocimiento del pleno de la sala. Lo que fue acordado por el presidente, señalándose a tal efecto el 12 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar.

En el pleno no intervino el magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo, por tener concedida licencia en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 12 de septiembre de 2012, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), como prestamista, y D. Lucas , como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó una cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos generados por el contrato.

2.- El Sr. Lucas presentó una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que, en lo que ahora interesa, solicitó la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad prestamista a abonar al prestatario diversas cantidades en concepto de gastos de tasación y gestoría, más sus intereses legales desde la fecha en que el consumidor hizo tales pagos.

3.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por el banco, en el único particular de determinar que el interés que debían devengar las cantidades a abonar por el banco sería el del art. 1108 CC, desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

SEGUNDO.- *Único motivo de casación. Intereses devengados por las cantidades que la entidad prestamista debe abonar al prestatario tras la anulación de la cláusula de gastos de un contrato de préstamo hipotecario*

Planteamiento:

1.- El Sr. Lucas interpuso un recurso de casación, con un único motivo, en el que denunció la infracción del art. 1303 CC, en relación con el art. 6 de la Directiva 93/13, sobre contratos celebrados con consumidores.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que cuando se declara la nulidad de una estipulación contractual deben restituirse los efectos producidos por la aplicación de la cláusula nula. Es más, los efectos restitutorios son consecuencia necesaria e ineludible de la declaración de nulidad por abusividad. Lo que implica que las cantidades devueltas devenguen el interés legal desde que se abonaron.

Decisión de la Sala:

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

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

2.- En el caso enjuiciado, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

3.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (*Zsolt Sziber*):

"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:2016:980, apartado 66).

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

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del **enriquecimiento injusto**, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del **enriquecimiento** sin causa, **injusto** o injustificado tiene como función **c**orregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

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

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

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

En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).

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

TERCERO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.2 LEC, al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo.

2.- A su vez, la estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación interpuesto por BBVA, por lo que deben imponerse a la parte apelante las costas del recurso de apelación, según establece el art. 398.1 LEC.

3.- Asimismo, procede acordar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Lucas contra la sentencia núm. 117/2018, de 21 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 4/2018, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BBVA S.A. contra la sentencia núm. 571/2017, de 2 de noviembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Oviedo, que confirmamos.

3.º- Imponer a BBVA S.A. las costas del recurso de apelación.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

5.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación y la devolución del constituido para el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ