

GASTOS HIPOTECARIOS INDEBIDAMENTE ABONADOS QUE SE PUEDEN RECLAMAR TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE JULIO DE 2020: CONSEJOS PARA QUE LA RECLAMACIÓN TENGA ÉXITO

M^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

SUMARIO: En el presente artículo se detallan qué gastos hipotecarios indebidamente abonados se van a poder reclamar tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, qué plazo hay para reclamarlos, cuándo se podrá apreciar retraso desleal, qué consecuencias tendrá en las costas que no se reconozcan al consumidor todas sus pretensiones, si hay cosa juzgada cuando se ha iniciado otro pleito anterior reclamando la abusividad de otra cláusula y, en suma, las trabas que pueden impedir que la reclamación tenga éxito.

PALABRAS CLAVE: gastos hipotecarios, cláusulas abusivas, costas, prescripción, retraso desleal, cosa juzgada.

ÍNDICE:

I.- Qué gastos hipotecarios pueden reclamarse tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020

- 1.- Gastos notariales
- 2.- Gastos Registrales
- 3.- Impuesto de actos jurídicos documentados
- 4.- Gastos de gestoría
- 5.- Gastos de tasación
- 6.- Intereses de las cantidades abonadas que pueden reclamarse

II.- Hipotecas constituidas bajo el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

III.- Imposibilidad de reclamar los gastos hipotecarios si no se reúne la condición de consumidor: casos en que resulta conflictivo

IV.-Respuestas a cuestiones problemáticas en materia de gastos hipotecarios

- 1.-¿Se pueden reclamar los gastos hipotecarios si la hipoteca se encuentra cancelada?
- 2.-¿Podrá alegar la entidad bancaria retraso desleal si se reclaman gastos hipotecarios de hipotecas antiguas?
- 3.-¿Qué plazo de prescripción existe para reclamar las cantidades indebidamente abonadas de gastos hipotecarios?¿desde cuándo se cuenta dicho plazo?
- 4.-La declaración de nulidad de la cláusula de gastos de la escritura hipotecaria con devolución de un porcentaje o tan solo de parte de los gastos reclamados ¿conllevará la condena en costas de la entidad bancaria?
- 5.- Dado que a raíz de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 el consumidor tiene derecho a que se le reintegre un mayor importe de gastos hipotecarios ¿se podrá interponer un recurso de revisión contra sentencias firmes dictadas con anterioridad?
- 6.-Quienes en un anterior juicio declarativo reclamaron la devolución de la mitad de los gastos de gestoría y tasación ¿pueden ahora iniciar otro proceso interesando que se les devuelva la otra mitad no reclamada en el pleito anterior con base en la STJUE de 16 de julio de 2020?
- 7.-¿Opera la cosa juzgada si se solicita la declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios cuando en otro proceso anterior se interesó la abusividad de otras cláusulas del mismo contrato, como la cláusula suelo?
- 8.-Cuando en un anterior proceso se solicita la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, pero no la restitución de las cantidades indebidadas por su aplicación, ¿opera la cosa juzgada si se inicia uno posterior reclamando dichas cantidades?

I.- Qué gastos hipotecarios pueden reclamarse tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020

La cláusula por la que se imponen al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la constitución de una hipoteca origina un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad¹.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, el 23 de enero de 2019, sentó jurisprudencia sobre el reparto de los gastos en la constitución de una hipoteca, salvo los de tasación del inmueble (sentencias núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019). No obstante, esta doctrina se ha de entender en parte modificada tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 que ha resuelto las cuestiones prejudiciales interpuestas por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca y por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, en autos de 12 y 13 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19).

La Corte de Luxemburgo ha declarado que en caso de nulidad de la cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, no es conforme al art. 6, apartado 1, y al art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 que el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula a menos que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

Esta sentencia aunque favorece a los consumidores tampoco les reconoce el derecho a que se les devuelva todos abonados en la constitución de la hipoteca sino solo aquellos que, de no existir la cláusula declarada abusiva, no les hubiera correspondido abonar.

Bien es cierto que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que atribuye a los prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación, pero dado que los gastos han sido abonados a terceros ajenos a los contratantes (notarios, registradores, gestores, etc.) para determinar cómo deben distribuirse tales gastos, se ha de acudir a las disposiciones legales aplicables supletoriamente, debiendo el órgano judicial entrar a analizar, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, a quién corresponde satisfacer cada uno de los gastos cuestionados (STS 457/2020 de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018).

Con base en lo antedicho, procede entender que, salvo para hipotecas constituidas bajo el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo de contratos de crédito inmobiliario (en vigor desde el 16 de junio de 2019), lo que se puede reclamar es lo siguiente:

¹ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714) (ECLI:ES:TS:2015:5618).

1.- Gastos notariales

El consumidor puede recuperar la mitad de los gastos notariales de la matriz de la escritura de constitución de la hipoteca y de modificación de la misma aunque respecto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y **en lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite**, en tanto que la solicitud determina su interés.

El TS, en su reciente sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020 (Rec. 1053/2018), ha confirmado respecto de los gastos notariales su jurisprudencia anterior (Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero) a pesar de que alguna sentencia, tras el pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo, había considerado que estos gastos correspondían por completo a la entidad bancaria (SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4ª, de fecha 21 de julio de 2020, Nº de Recurso: 1079/2019).

A nuestro juicio, la decisión del TS resulta acertada, pues como establece la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula de gastos debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haberse impuesto dicha cláusula, es decir, debe actuarse como si nunca hubiera existido y, en su caso, acudir a las disposiciones de Derecho nacional que establezcan a quién le corresponde el pago de dicho gasto. En caso de los gastos notariales estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario una parte de su abono, en tanto que también resulta interesado en la operación (art. 63 Reglamento Notarial y norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre), por lo que ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte del pago que él debió soportar.

En el mismo sentido, la Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, consideró que **el reparto de los gastos notariales de la escritura matriz de hipoteca por igual entre ambas partes no se debe tanto a una moderación de la cláusula como a la interpretación y a la aplicación de la normativa notarial**. Asimismo, respecto de la cancelación de la hipoteca, considera que no existe óbice para que dichos gastos correspondan al prestatario dado que por aplicación de las disposiciones legales deben abonarse por el interesado.

2.- Gastos Registrales

En cuanto a los gastos de inscripción de la hipoteca en el Registro, **corresponden por entero a la entidad bancaria** (norma 8.ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre). El TS se ha pronunciado en este sentido en la sentencia 457/2020, de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018, confirmando su jurisprudencia anterior, dado que el arancel de los Registradores de la propiedad, regulado en el RD 1427/1989, de 17 de

noviembre, los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho, y la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista.

3.- Impuesto de actos jurídicos documentados

Respecto del Impuesto de Actos jurídicos documentados de las **escrituras de hipoteca constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 2018** (fecha en que entró en vigor la modificación del art. 29 TRLITPyAJD por el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre), **corresponde al prestatario.**

Únicamente en hipotecas posteriores corresponde al prestamista dado que a partir de dicha modificación el citado precepto quedó redactado en los siguientes términos: *“Será sujeto pasivo 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. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”.*

De todos modos, esta reforma normativa no tuvo carácter retroactivo, sin que la reciente sentencia de 16 de julio de 2020 cambie nada al respecto, como ha declarado el TS en su Sentencia 457/2020, de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018, en la que ha confirmado la jurisprudencia sentada en sus sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo².

Según la Comisión Europea, en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020, **la Sala Primera del TS con esta jurisprudencia no procede a una moderación de la cláusula abusiva, sino a la aplicación de la normativa fiscal vigente relativa al impuesto**, tal y como había sido interpretada por la Sala Tercera del propio TS.

4.- Gastos de gestoría

En relación a los gastos de gestoría, **la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, obliga a cambiar la jurisprudencia**

² Según las SSTs 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del **Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados** es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de **cuota variable** en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de **cuota fija**, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. En cuanto a la *matriz*, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las *copias*, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la **cancelación de hipotecas** de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad “Actos Jurídicos Documentados” que grava los documentos notariales.

existente, ya que no se puede entender que deban abonarse por mitad, a diferencia de lo que había declarado el TS en sus sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero³.

La Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que han dado lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, si bien comparte la distribución de gastos que el Tribunal Supremo español realiza sobre las facturas de Notario y Registro de la Propiedad, así como la imputación del IAJD, sin embargo **discrepa en cuanto a los gastos de gestoría, considerando que han de ser abonados en su integridad por la entidad bancaria**, pues si fue esta quien impuso y designó un gestor profesional y atribuyó íntegramente al consumidor los gastos por dicho servicio, la obligación de su pago por el consumidor proviene exclusivamente del pacto privado contenido en la cláusula abusiva, por lo que, una vez esta ha sido declarada nula, han de eliminarse todos sus efectos, debiendo la entidad financiera resarcir al consumidor por los gastos ocasionados por dicha cláusula, sin que sea posible su integración, subsanación o moderación por los jueces nacionales, so pena de eliminarse el efecto disuasorio del art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13.

5.-Gastos de tasación

En cuanto a los gastos de tasación, **el TS no se había pronunciado al respecto, y las Audiencias Provinciales tampoco han seguido un criterio uniforme**, pues mientras algunas consideraban que este gasto correspondía al prestatario⁴, otras consideraban que al prestamista⁵ y un tercer sector entendía que por mitad⁶.

³ El Alto Tribunal había entendido que aunque estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, Sentencia 225/2016, de 17 de octubre (rec. 114/2015) (ECLI:ES:APB:2016:9192): *“En cuanto a la imputación al consumidor de los gastos de tasación de la finca hipotecaria, único contenido de la cláusula que la resolución recurrida ha considerado impugnado, no se ofrecen razones en el recurso que combatan las apreciaciones con las que el juzgado mercantil ha desestimado esa pretensión y que consisten en que **no puede considerarse abusivo que deba soportar el gasto de valoración del inmueble hipotecado aquella parte que precisamente lo ofrece en garantía. Por lo demás, compartimos tal criterio de fondo, quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para responder del préstamo es la parte que lo ofrece como garantía, que es el prestatario**”.*

En parecidos términos: Sentencias de las AA. PP. La Rioja 131/2016, de 16 de junio; Baleares, Sección 5.ª, de 19 de abril de 2016; Alicante, Sección 8.ª, de 4 de noviembre de 2016; Ávila, Sección 1.ª, 50/2017, de 3 de marzo; Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 181/2017, de 19 de mayo (rec. 153/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 197/2017, de 2 de junio (rec. 178/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 222/2017, de 23 de junio (rec. 204/2017); Vizcaya, Sección 3.ª, 311/2017, de 13 de julio (rec. 272/2017); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 295/2017, de 29 de septiembre (rec. 280/2017); Soria, Sec. 1.ª, 54/2018, de 16 de abril, Recurso 48/2018 (SP/SENT/958307); Ourense, Sec. 1.ª, 1/2019, de 8 de enero, Recurso 242/2018 (SP/SENT/989891); La Rioja, Sec. 1.ª, 447/2019, de 31 de octubre, Recurso 866/2018

A nuestro juicio, tras la reciente STJUE de 16 de julio de 2016 debe entenderse que se ha de devolver al deudor todo lo abonado por este concepto, ya que salvo para las hipotecas sometidas a la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁷, ninguna norma carga al mismo con este gasto.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Comisión Europea, en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia de 16 de julio de 2020, en que considera que un criterio jurisprudencial que, a pesar de declarar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, atribuya íntegramente al consumidor los gastos de tasación supone, de facto, una subsanación de la cláusula, lo cual es contrario a lo dispuesto por el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Asimismo, entiende que el razonamiento por el cual, al ser el consumidor el beneficiario del préstamo, sobre él recae la obligación de acreditar la suficiencia de la garantía real hipotecaria y, por lo tanto, de correr con los gastos de la tasación, es discutible por incompleto, ya que si bien no cabe duda de que el consumidor es beneficiario del préstamo (sin olvidamos de que la entidad de crédito se lucra con la operación), no es menos cierto que la entidad de crédito tiene un interés evidente en que la tasación sea

(SP/SENT/1031035); Barcelona, Sec. 15.ª, 366/2020, de 19 de febrero, Recurso 1193/2019 (SP/SENT/104058).

En el mismo sentido: criterios unificadores del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 50 de Barcelona en materia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios de fecha 8 de enero de 2018.

⁵ Sentencias de las AA. PP. Girona, Sección 1.ª, 55/2016, de 10 de marzo (rec. 589/2015); Palencia, Sección 1.ª, 259/2017, de 16 de octubre (rec. 85/2017) (SP/SENT/925071); Asturias, Sección 5.ª, 32/2017, de 1 de febrero (rec. 525/2016) (ECLI:ES:APO:2017:399), 261/2017, de 6 de julio (rec. 262/2017) (ECLI:ES:APO:2017:2084); 280/2017, de 17 de julio (rec. 288/2017) (ECLI:ES:APO:2017:2162); Vizcaya, Sección 4.ª, 176/2018, de 22 de marzo (rec. 796/2017); Murcia, Sec. 4.ª, 249/2018, de 19 de abril, Recurso 283/2018 (SP/SENT/960471); Teruel, Sec. 1.ª, 78/2019, de 20 de marzo (Recurso 370/2018) (SP/SENT/1010693); Palencia, Sec. 1.ª, 380/2019, de 8 de noviembre, Recurso 301/2019 (SP/SENT/1034568); Palencia, Sec. 1.ª, 62/2020, de 26 de febrero, Recurso 476/2019 (SP/SENT/1046866).

⁶ En este sentido, se pronuncian las Sentencias de las AA. PP. Madrid, Sección 14.ª, 195/2018, de 11 de junio (rec. 770/2017) (SP/SENT/967727); Álava, Sec. 1.ª, 706/2018, de 10 de diciembre, Recurso 575/2018 (SP/SENT/992453); Zaragoza, Sec. 5.ª, 307/2019, de 10 de abril, Recurso 1226/2018 (SP/SENT/1004169); Jaén, Sec. 1.ª, 770/2019, de 10 de julio, Recurso 1002/2018 (SP/SENT/1032392); Vizcaya, Sec. 4.ª, 1282/2019, de 17 de julio, Recurso 1132/2018 (SP/SENT/1022195); Burgos, Sec. 3.ª, 390/2019, de 30 de julio (Recurso 261/2019) (SP/SENT/1017405); Burgos, Sec. 3.ª, 515/2019, de 31 de octubre, Recurso 343/2019 (SP/SENT/1031125); Tarragona, Sec. 1.ª, 31/2020, de 15 de enero, Recurso 113/2018 (SP/SENT/1037125); Ciudad Real, Sec. 2.ª, 36/2020, de 27 de enero, Recurso 413/2018 (SP/SENT/1046974); Tarragona, Sec. 1.ª, 103/2020, de 12 de febrero, Recurso 761/2018 (SP/SENT/1041986); Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 535/2020, de 28 de febrero (Recurso 41/2019) (SP/SENT/1047356); Asturias, Oviedo, Sec. 1.ª, 630/2020, de 10 de marzo (Recurso 308/2019) (SP/SENT/1050872).

⁷ La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, para los contratos sometidos a su ámbito de aplicación establece en su art. 14.1 e) apartado i que los gastos de tasación del inmueble corresponderán al prestatario.

correcta y de que la garantía hipotecaria efectivamente cubra su crédito frente al consumidor en caso de ejecución forzosa.

6.- Intereses de las cantidades abonadas que pueden reclamarse

El consumidor no solo tiene derecho a reclamar los gastos hipotecarios que abonó y no le correspondían sino también los intereses legales de estos⁸.

La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2018 (Sentencia núm. 725/2018, casación núm. 2241/2018) considera que **los intereses legales de las sumas abonadas por el consumidor por los gastos cuya imposición se declara nula se devengan desde la fecha en que fueron pagados y no desde su reclamación judicial o extrajudicial.**

No obstante, el demandante debe ser especialmente cauteloso porque **si en la demanda tan solo solicita los intereses desde su reclamación, el tribunal no le va a conceder más de lo que pide en aras de no incurrir en incongruencia por *ultra petita***⁹.

⁸ La Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 considera que al tratarse de pagos hechos a terceros y dado que para alguno de los conceptos, el profesional sólo tendrá que cargar con la mitad de los mismos por aplicación de las disposiciones legislativas imperativas, podría considerarse que el efecto disuasorio es menor que cuando se trata de pagos entre las partes realizados en virtud de una cláusula abusiva, que en principio deben reembolsarse por completo. Por ello, **según la Comisión, no puede excluirse (al menos, en principio) que los consumidores puedan reclamar, además de la reparación contractual de los daños materiales sufridos, alguna cantidad en concepto de daño moral.**

⁹ SAP Valladolid, Sec. 3.ª, 117/2020, de 21 de febrero, Recurso 583/2019 (SP/SENT/1047427): *“De manera que si la propia parte solicitante de la nulidad circunscribe su reclamación a un lapso temporal más corto, el tribunal queda vinculado por dicha limitación de los efectos, conforme a los arts. 216 y 218.1 LEC .Es cierto que, conforme a la propia jurisprudencia de esta sala, si la parte demandante no hubiera establecido una fecha concreta para su reclamación, sino que se hubiera limitado a solicitar la restitución recíproca de las prestaciones, se le habría concedido desde que se aplicó la cláusula nula, puesto que es el efecto legal. Pero una vez que no se ciñó a dicha pretensión, sino que la delimitó temporalmente, en coincidencia con su reclamación extrajudicial, el tribunal quedó vinculado por dicha delimitación.*

Al no haberlo hecho así, el tribunal de instancia ha incurrido en la incongruencia ultra petita denunciada en el recurso, por lo que debe estimarse este motivo de infracción procesal y, de conformidad con lo previsto en la regla 7.ª de la Disposición Final Decimosexta LEC, anularse parcialmente la sentencia, a fin de reducir la extensión temporal de la restitución de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula suelo a lo solicitado en la demanda, que fijó el día inicial de la devolución en la fecha de la reclamación extrajudicial”. En aplicación del dicho criterio jurisprudencial ha de acogerse este motivo del recurso y revocarse la sentencia apelada en el sentido de conceder únicamente los intereses legales de las sumas a restituir no desde la fecha de cada pago sino desde la de interposición de la demanda, en consonancia con lo solicitado por la parte actora en virtud del principio dispositivo según resulta de integrar el petitum con la causa de pedir explicitada en la fundamentación de la demanda. ...”

II.- Hipotecas constituidas bajo el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

El reparto de los gastos hipotecarios es distinto para los contratos sometidos a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

El art. 14 e) de dicha norma establece que **los gastos de gestoría e inscripción de la garantía en el Registro corresponden al prestamista y el mismo criterio secunda respecto de los gastos notariales**, salvo las copias que las asumirá quien las solicite.

No obstante, según esta ley **los gastos de tasación corresponden por entero al prestatario**; opción legal que a nuestro juicio no resulta acertada, pues el prestamista también se encuentra interesado en la tasación; no obstante, *de lege data* no se puede mantener otro criterio.

En cuanto, al **pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados**, la LCCI remite a la normativa tributaria aplicable, por lo que con la actual redacción del art. 29 TRLITPyAJD), se ha de considerar como sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados de las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria al **prestatista**.

El art. 3 de la LCCI prevé que las disposiciones de esta ley de tienen carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes, salvo que la norma expresamente establezca lo contrario.

La Ley de contratos de crédito inmobiliario entró en vigor el 16 de junio de 2019, pero ello no supone que todas las hipotecas constituidas a partir de esta fecha se encuentren bajo su ámbito de aplicación.

Según su art. 2 únicamente resulta aplicable a los contratos de préstamo o crédito concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional **siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física** cuando el contrato tenga por objeto:

-La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, considerándose que cumplen este uso los trasteros, garajes, y cualesquiera otros que, sin constituir vivienda como tal, tienen una función doméstica, **resultando irrelevante la finalidad del préstamo que puede estar destinado a actividades profesionales**, ampliándose la esfera subjetiva de protección de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 en aras de proteger a ciertos colectivos como los trabajadores autónomos aunque no ostenten la consideración de consumidores.

Asimismo, esta ley también resulta aplicable a la concesión de préstamos, aun cuando no exista hipoteca u otra garantía real, siempre que el préstamo o crédito tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir y que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor¹⁰. En este caso, de la literalidad legal

¹⁰ La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario también es de aplicación a la intermediación para la celebración de una de estas modalidades de contrato.

De todos modos, no resulta aplicable a los siguientes contratos de préstamo:

podría entenderse que el préstamo o crédito obtenido puede servir para cualquier uso, aunque no sea residencial, siempre que se destine a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. No obstante, parte de la doctrina¹¹ entiende que la exigencia de que el bien sea de uso residencial se debe dar por presupuesta; si bien, otro sector¹² aboga por su interpretación literal.

III- Imposibilidad de reclamar los gastos hipotecarios si no se reúne la condición de consumidor: casos en que resulta conflictivo

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su Sentencia 227/2015, de 30 de abril (rec. 929/2013)¹³, consideró que **la cláusula que traslada al**

a) los concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,

b) los concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,

c) los concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes,

d) los que sean resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,

e) los relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial,

f) a la hipoteca inversa en que el prestamista desembolsa un importe a tanto alzado o realiza pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo.

¹¹ Cfr. CABANAS TREJO, R. "La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario" *Diario La Ley*, Nº 9379, Sección Doctrina, 18 de Marzo de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

ÁLVAREZ ROYO.VILLANOVA, S. "La Ley de crédito inmobiliario (al fin) Principales novedades". 19 de marzo de 2019. <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/19/ley-credito-inmobiliario-principales-novedades/>

A favor de esta tesis se alega que el Preámbulo de dicha Ley establece: "*En los mismos términos que la referida Directiva 2014/17/UE, la Ley se aplicará tanto a la concesión profesional de préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles de uso residencial y préstamos para la adquisición de inmuebles de uso residencial como a la intermediación profesional en alguna de las dos actividades anteriores*". Asimismo, el art. 24 del texto legal (referido al vencimiento anticipado por impago de mensualidades) matiza que en todo caso los terrenos o inmuebles construidos o por construir deben tener uso residencial; el problema es que el art. 2.1 b) obvia dicha precisión, lo que puede originar problemas hermenéuticos.

¹² Cfr. AGÜERO ORTIZ, A. "Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario". *Base de datos Sepín*. SP/DOCT/81987.

¹³ Tribunal Supremo, Sentencia 227/2015, de 30 de abril (rec. 929/2013): "**La nulidad, por abusiva, de la cláusula que traslada al comprador el pago de gastos e impuestos que, en principio, según la normativa reguladora del impuesto o actuación de que se trate, correspondería al vendedor, viene condicionada a que se trate de una cláusula no negociada inserta en un contrato concertado con un consumidor. No se debe, por tanto, a que dicha previsión sea contraria a una ley imperativa distinta del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni siquiera a que se contenga en una condición general, con carácter exclusivo, pues requiere que el adherente tenga la condición legal de consumidor**". El Alto Tribunal no se refiere en esta sentencia a gastos

comprador el pago de gastos e impuestos que corresponden al vendedor no se puede considerar nula si se encuentra inserta en un contrato concertado con una persona que no reúne la condición de consumidor, ya que dicha previsión no es contraria a una Ley imperativa distinta del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRLUCU).

En parecidos términos se han pronunciado otras sentencias de la jurisprudencia menor, como la de la AP de Palencia, 1/2016, de 11 de enero (rec. 271/2015) (ECLI: ES:APP:2016:45) que **deniega la declaración de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos a los prestatarios no consumidores porque la misma cumple el control de incorporación**, al no tratarse de condiciones ilegibles, ambiguas, oscuras o incompletas, sino cláusulas transparentes, claras, concretas y sencillas ni existir norma imperativa de contraste de cuya contravención se deba seguir la nulidad de las cláusulas, ajustándose a lo dispuesto en los arts. 1255 del CC y 8 de la LCGC y en igual sentido se pronuncian otras resoluciones de la jurisprudencia menor¹⁴.

Para saber quién ostenta la condición de consumidor hay que acudir a lo dispuesto en el art. 3 TRLUCU, según el cual son consumidores o usuarios no solo las **personas físicas** que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión **sino también las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica** que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial¹⁵.

Cuando el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo resulta aplicable la regla contenida en el art. 8.1 LCGC, que se limita a reproducir el régimen de la nulidad contractual del CC por contravenir norma imperativa o prohibitiva. Sin embargo, en el caso de que el contrato, integrado por condiciones generales, se concierte con un consumidor, resulta aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido en el TRLUCU, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, puesto que **en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino solo del que ostenta la condición legal de consumidor o usuario.**

No obstante, existen supuestos que pudieran resultar especialmente conflictivos, lo que obliga a realizar las siguientes aclaraciones:

-El mero hecho de que la finalidad de la adquisición de las viviendas pueda ser la inversión no permite excluir la condición de consumidor del deudor¹⁶. En este sentido, el comprador que adquiere una vivienda para

repercutidos por el prestamista al prestatario en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sino en un contrato de compraventa, pero resultan igualmente válidos sus argumentos.

¹⁴ Sentencia de la AP de Pontevedra, Sección 1.ª, 26/2017, de 26 de enero (rec. 898/2016) (ECLI: ES:APPO:2017:118).

¹⁵ En el art. 4 del TRLUCU se considera empresario *“a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*

¹⁶ SAP Las Palmas, Sección 4.ª, 625/2014, de 26 de noviembre, rec. 211/2014, (SP/SENT/791768).

luego arrendarla, cuando no realiza esa actividad de forma habitual y no forma parte de su profesión, tiene la consideración de consumidor¹⁷.

- Asimismo, **el hecho de que el préstamo se solicite para adquirir un local comercial no excluye que el adquirente del mismo o el prestatario del importe destinado a la financiación de su adquisición pueda ser considerado consumidor.** Solamente quedarán excluidos de tal consideración si adquieren el local para ejercer en el mismo un negocio o una profesión, o si se dedican de forma profesional al negocio inmobiliario. Pero el que adquiere un local, porque su deseo es alquilarlo o revenderlo, sin intención de dedicarse a tal negocio, es un consumidor¹⁸.

-**Cuando una persona emplea el préstamo con dos finalidades distintas (una personal y otra profesional) se debe atender a un criterio cuantitativo de manera que el adquirente solo será considerado consumidor cuando el uso profesional sea marginal,** hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate (STJUE de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01). Cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 224/2017, de 5 de abril, rec. 2783/2014).

- **Por lo demás, el hecho de que el deudor sea socio de una cooperativa, y haya adquirido a través de la misma la vivienda, no impide que se le pueda aplicar la calificación de consumidor,** ya que en las cooperativas los socios no son por sí mismos profesionales o empresarios, sino consumidores¹⁹.

-Asimismo, como ha declarado el TJUE (Sentencias del TJCE, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015, rec. C-110/14 y 25 enero 2018, TJCE 2018\25) **la definición de consumidor conforme al art. 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata o de la información que dicha persona realmente disponga.**

- **Además, cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, no se puede otorgar a los prestatarios la consideración de consumidores,** pues conforme al art. 2 del TRLCU esta norma solo es de aplicación en las

¹⁷ STS, Sala Primera, 534/2015, de 14 de octubre; SSAP Vizcaya, Sección 4.ª, 477/2014, de 30 de julio (rec. 120/2014); Pontevedra, Sección 1.ª, 336/2014, de 14 de octubre (rec. 377/2014, SP/SENT/795012); León, Sección 1.ª, 202/2015, de 20 de julio (rec. 245/2015); Valencia, Sección 9.ª, 395/2017, de 26 de junio (rec. 308/2017).

¹⁸ En la SAP Albacete, Sección 1.ª, 29/2016, de 29 de enero (rec. 407/2015), se otorga la condición de consumidores a los adquirentes de un local destinado a negocio de hostelería al no constar probado que los mismos se dedicaran profesionalmente a dicha actividad.

Asimismo, la STS, Sala Primera, de lo Civil, 8/2018, de 10 de enero (rec. 1670/2015), entiende que la condición de consumidor ha de tenerse en cuenta al concertar el préstamo hipotecario, y no lo es quien lo suscribe para financiar la adquisición de un local para explotación comercial, siendo irrelevantes los avatares posteriores a la suscripción.

¹⁹ SAP Cádiz, Sec. 5.ª, 340/2016, de 22 de julio (rec. 328/2016).

relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios²⁰. De todos modos, esta regla general presenta algunas excepciones; así, la DGRN, en Resolución de 6 de abril 2016, considera aplicable la legislación de consumidores y usuarios al deudor cuando, pese a que la prestamista era una persona física que no estaba dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos, la oferta aparecía realizada directamente por la empresa de intermediación (dedicada, también, a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios), y las estipulaciones del contrato estaban redactadas al modo de los contratos de adhesión, por lo que muchas de sus cláusulas debían presumirse predispuestas y no negociadas.

- **En todo caso, el mero hecho de hipotecar la vivienda habitual no convierte al hipotecante en consumidor dado que un empresario puede constituir una hipoteca sobre un bien ajeno a la empresa, como su vivienda habitual, en garantía de una obligación contraída en el ámbito de la actividad empresarial,** lo que no es infrecuente en el terreno negocial cuando la empresa carece de bienes suficientes para ofrecer como garantía del cumplimiento de obligaciones. En este sentido, la SAP Vizcaya, Sección 4.ª, 477/2014, de 30 de julio (rec. 120/2014), no otorga la consideración de consumidor y usuario al hipotecante de su vivienda habitual que usó parte del préstamo hipotecario para construir un edificio dedicado a actividad empresarial. Asimismo, en la SAP Alicante, Sección 8.ª, 139/2017, de 2 de marzo (rec. 288/2016), se entiende que no tiene la condición de consumidor el empresario que solicita el préstamo con hipoteca sobre su vivienda habitual para refinanciar deudas propias de su actividad.

- **El TS tampoco ha otorgado la condición de consumidor a la esposa, que no ejerce una actividad empresarial, que figura como prestataria junto con su cónyuge en un préstamo solicitado por este con fines empresariales.** En este sentido, en la Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, 594/2017, de 7 de noviembre (rec. 3282/2014), considera acertada la decisión de la Audiencia Provincial que entiende que la esposa no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, porque debía responder de las mismas, conforme a lo previsto en los arts. 6 y 7 del CCom. al haber consentido la actividad empresarial de su marido. Según esta sentencia, el art. 6 del CCom. no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito cuando la actividad comercial se lleve a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo. No obstante, la cuestión es conflictiva; así, en la SAP Salamanca, Sección 1.ª, 548/2017, de 1 de diciembre (rec. 575/2017), en un caso en que unos cónyuges habían afianzado a una empresa, siendo el marido administrador único de la misma, si bien la esposa no tenía ninguna vinculación con esta, se declaran abusivos los intereses de demora fijados en un 18 % solo respecto de ella²¹.

²⁰ RDGRN de 22 de julio de 2015.

²¹ SAP Salamanca, Sección 1.ª, 548/2017, de 1 de diciembre (rec. 575/2017) (SP/SENT/937404): *“se está atribuyendo la participación importante en la sociedad única y exclusivamente por razón del matrimonio contraído, olvidando que ninguno de los cónyuges ostente la representación del otro sino le hubiese sido conferida expresamente y que cada uno de los contrayentes conserva su propia individualidad, sin perjuicio de la posibilidad de poner en común sus bienes y patrimonio adoptando alguno de los regímenes económico*

- Asimismo, **resulta posible que el deudor no ostente la consideración de consumidor pero que el fiador o garante lo sea** cuando el mismo no actúe en el marco de su actividad profesional y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales, por ejemplo, una sociedad y su administrador²² (Autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 y 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15). De todos modos, **el fiador personal (aunque ostente la condición de consumidor) no podrá impugnar la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios y solicitar lo indebidamente pagado dado que estas cantidades habrán sido abonadas por el deudor y es este el que debe ostentar el carácter de consumidor para poder reclamarlas, pues la normativa de consumo solo se aplica en lo que afecte al fiador consumidor**²³. Así, la SAP

patrimoniales previstos legalmente. Incluso aun en el supuesto de que el régimen vigente en este matrimonio fuera el de la sociedad legal de gananciales, la ganancialidad no implica necesariamente la participación de uno de los cónyuges en una sociedad limitada de la que es administrador único el otro, o bien dicha participación puede ser mínima, pues la S. L., tiene personalidad jurídica propia al margen de la de los socios que la constituyan. El hecho de que el préstamo en origen tuviera como finalidad la financiación de la actividad de una sociedad mercantil no significa, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que necesariamente la fiadora solidaria pierda su condición de consumidora o usuaria salvo que se acredite que actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social".

²² SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, 122/2018, de 22 de febrero, Recurso 322/2017 (SP/SENT/946212): "...no podemos atribuir la condición de consumidor a la sociedad demandante y tampoco a las personas físicas que suscribieron el crédito con la condición de fiadores porque también ellos ostentan la condición de profesionales por su carácter de **administradores de la sociedad**".

En parecidos términos: SAP Barcelona, Sec. 17.ª, 306/2019, de 9 de mayo, Recurso 153/2019 (SP/SENT/1005860): "*La sentencia de instancia, acertadamente, niega la condición de consumidores a los demandados en aplicación de la doctrina emanada del auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015 (que los apelantes citan y transcriben parcialmente). Razona el Juez a quo que "el Sr. Ángel era representante legal de la mercantil contratante, por lo que no puede dudarse que existe un estrecho vínculo funcional entre el codemandado y la mercantil que impide que pueda calificarse al demandado como consumidor o usuario frente a la entidad bancaria demandante", añadiendo "y lo mismo debe afirmarse respecto de la Sra. Claudia. Al haberse concertado los contratos constante el matrimonio no puede considerarse que la codemandada tuviera una finalidad distinta de la de su marido al afianzar a la mercantil, ni que actuara con un propósito ajeno a la actividad de la propia mercantil, en los mismos términos que lo hacía su esposo".*

²³ En este sentido, en la Sentencia de la AP Pontevedra, Sección 1.ª, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017) (SP/SENT/942997), se declara la abusividad, por falta de transparencia, de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiéndose que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos, no afectando a las obligaciones del deudor principal (no consumidor), **lo que determina que la pretensión de restitución, no constando el pago por los fiadores de las cuotas de amortización del préstamo, se desestime.**

En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sección: 1, de 6 de abril de 2016 (Nº de Recurso: 128/2016, Nº de Resolución: 83/2016) **se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor)**, declarando que dicha cláusula desplegará todos sus efectos respecto de los demás ejecutados, que no ostentan dicha consideración. En similar sentido: Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 331/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 432/2016.

Asimismo, la AP de Huelva, Sección 2ª, Auto núm. 38/2018 de 31 enero (JUR\2018\93415) **declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 %**

Barcelona, Sec. 15.^a, 925/2019, de 17 de mayo, Recurso 763/2018 (SP/SENT/1006465) considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división deviene, para el caso de impago del prestatario, deudor solidario juntamente con aquel, por lo que no hay duda de que ello le inviste de un interés legítimo y, por tanto, ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables como la cláusula suelo, el interés de demora, vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectarían como el pago de los gastos que se imponen a la parte deudora ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor.

IV.-Respuestas a cuestiones problemáticas en materia de gastos hipotecarios

1.-¿Se pueden reclamar los gastos hipotecarios si la hipoteca se encuentra cancelada?

El TJUE, Sala Cuarta, en la sentencia de 9 de julio de 2020 (SP/SENT/1055673) ha declarado que **el consumidor no pierde su condición de tal por el hecho de que se haya extinguido o liquidado el contrato** dado que la definición del concepto de consumidor que figura en el art. 2, letra b), de la Directiva 93/13 no incluye elemento alguno que permita determinar en qué momento un contratante deja de serlo. **El cumplimiento del contrato no cambia retroactivamente el hecho de que, en el momento de su celebración, el consumidor se hallara en situación de inferioridad frente al profesional**, por lo que circunscribir exclusivamente la protección que la Directiva 93/13 confiere al consumidor a la vigencia del contrato, no se compadece con el sistema de protección instaurado por la citada Directiva.

En el mismo sentido, nuestros tribunales consideran que **el agotamiento del contrato no impide la revisión de la validez de las cláusulas tachadas como absolutamente nulas y la corrección de sus efectos**, sin que el art. 1156 del CC pueda impedir las consecuencias de la ineficacia declarada²⁴ dado que la acción de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, siendo indiferente que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por amortización o por cualquier otra circunstancia, dado que nos encontramos ante una acción de nulidad y no ante una acción de resolución contractual, que no puede ejercitarse cuando el contrato ya se ha cumplido²⁵. Una cosa es que la relación jurídica se haya extinguido y otra

anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores, dada su condición de consumidores, al no estar vinculados a la entidad prestataria, y se ordena que por la parte ejecutante se recalculen la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula respecto de los citados fiadores, que es sustituida por el interés ordinario pactado.

²⁴ sAP Zaragoza, Sec. 5.^a, 149/2019, de 14 de febrero, Recurso 160/2018 (SP/SENT/996714).

²⁵ SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 16 de febrero de 2018: “*ostenta legitimación el demandante para postular la declaración de nulidad de la denominada «cláusula suelo» aun*

muy distinta es que si existen cláusulas abusivas, sus efectos no deban revertirse²⁶. Además, se trata de una acción de nulidad y no de una acción de resolución contractual que resulta imposible ejercitar cuando el contrato ya se ha cumplido²⁷.

La solicitud de nulidad de la cláusula sobre gastos hipotecarios no se ve afectada por el hecho de que el préstamo haya sido cancelado²⁸ dado que no estamos ante un vicio del consentimiento (error-vicio) al que serían aplicables las normas que disciplinan la nulidad relativa de los contratos, con un plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad relativa, pues la acción para solicitar la nulidad absoluta es imprescriptible.

2.-¿Podrá alegar la entidad bancaria retraso desleal si se reclaman gastos hipotecarios de hipotecas antiguas?

La entidad bancaria no podrá alegar retraso desleal por el mero hecho de que haya transcurrido un considerable lapso de tiempo desde la constitución del préstamo hipotecario, hasta que el consumidor reclame los gastos hipotecarios, pues **sería contrario a dicho principio y al de efectividad calificar como abusiva o desleal la conducta del consumidor que aplica una reciente jurisprudencia para reclamar los gastos que abonó en la fecha de la contratación**. El paso del tiempo tan solo tiene efectos en el ejercicio de las acciones que está regulado y determinado en su duración concreta, sin que pueda presumirse un consentimiento tácitamente prestado por el contratante que dejó pasar el tiempo sin reclamar los gastos abonados en la escritura de hipoteca²⁹.

La interdicción del retraso desleal (*Verwirkung*) significa que un derecho no puede ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho

cuando, en el momento de la interposición de la demanda y, como consecuencia de la subrogación, ya no ostente la condición de prestatario”.

En similares términos: SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, 29/2019, de 29 de enero Recurso 407/2018 (SP/SENT/995254).

²⁶ SAP Zamora, Sec. 1.ª, 287/2019, de 9 de septiembre, Recurso 147/2019 (SP/SENT/1023512).

²⁷ SAP Cáceres, Sec. 1.ª, 367/2018, de 6 de septiembre, Recurso 153/2018 (SP/SENT/974926)

²⁸ SAP Teruel, Sec. 1.ª, 78/2019, de 20 de marzo (Recurso 370/2018) (SP/SENT/1010693).

²⁹ SAP León, Sec. 1.ª, 140/2018, de 10 de abril, Recurso 141/2018 (SP/SENT/956358): **“Por otro lado la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. En consecuencia no puede ser considerado el transcurso del tiempo al margen de la aplicación del plazo de prescripción de las acciones. El paso del tiempo tiene efectos en el ejercicio de las acciones que está regulado y determinado en su duración concreta. No puede ser utilizado como argumento de una especie de prueba del consentimiento prestado por el contratante que dejó pasar el tiempo sin reclamar los gastos abonados”.**

Asimismo, la SAP Cáceres, Sec. 1.ª, 271/2017, de 22 de mayo, recurso 296/2017 entiende que **no se puede apreciar retraso desleal por ejercer en distintos momentos, y sin excesivo lapso de tiempo entre ellas, la acción de nulidad y la de restitución de cantidades debidas**

En parecidos términos: SAP León, Sec. 1.ª, 149/2018, de 16 de abril, Recurso 19/2018 (SP/SENT/950065).

tiempo de hacerlo valer, dando lugar con su actitud omisiva a que la parte contraria pudiera esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitaría³⁰.

De todos modos, no es bastante una mera dilación en la actuación del derecho, sino que esta ha de producirse en circunstancias tales que la hagan inesperada o sorpresiva. Se considera que son características del retraso desleal: a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho, b) la omisión del ejercicio y c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará.

A nuestro juicio, difícilmente se cumplen estos requisitos en la reclamación de nulidad de cláusulas abusivas, aun cuando la hipoteca se firmara años atrás, habida cuenta de que el consumidor podía desconocer incluso su carácter abusivo, por lo que tampoco se puede afirmar que se haya creado una confianza por parte de las entidades bancarias de que en hipotecas antiguas o canceladas el consumidor no va a reclamar.

3.-¿Qué plazo de prescripción existe para reclamar las cantidades indebidamente abonadas de gastos hipotecarios? ¿desde cuándo se cuenta dicho plazo?

La acción de declaración de nulidad radical de una cláusula abusiva es imprescriptible (arts. 83 TRLCU y 8. 2 de la LCGC), lo que es coherente con el sistema instaurado por la LCGC, ya que la declaración de nulidad, según los arts. 9 y 10 de dicha Ley, es de pleno derecho o absoluta, y no relativa o de anulabilidad sujeta al plazo del art. 1301 CC³¹; **no obstante, debe distinguirse entre la acción de nulidad y la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas, pues mientras la primera es una acción meramente declarativa, la segunda es una acción de condena sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se**

³⁰ Sentencias de las AA. PP. Las Palmas, Sección 5.ª, 468/2013, de 3 de diciembre (rec. 1287/2012) y Murcia, Sección 4.ª, 17/2011, de 20 de enero.

³¹ SAP Valladolid, Sec. 3.ª, 74/2018, de 12 de febrero, Recurso 431/2017: "... Pues bien, siendo la acción de nulidad absoluta la efectivamente ejercitada, hemos de concluir que la misma no está sometida a plazo alguno para su ejercicio, por lo que no se le aplica el plazo de caducidad de los cuatro años previsto en el artículo 1301 del CC, más propio de las acciones de anulabilidad de los contratos, entre otras causas por error o vicio del consentimiento. En este sentido, como ha señalado la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª) en sentencia 24 de noviembre de 2016 : "cierta es la polémica doctrinal acerca de la imprescriptibilidad de las acciones que pretenden la nulidad absoluta de una cláusula como es el supuesto que se examina, si bien no es menos cierto que, aun cuando el artículo 1301 del Código Civil se refiere a "la acción de nulidad" fijándola con una duración de cuatro años, no lo es menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso.

Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 6 de julio de 2.015 , en cuanto a su posible caducidad señalando lo siguiente: "La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 LCGC señala que las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles".

regirá por el plazo general de las acciones personales del art. 1.964 CC que actualmente es de cinco años (en Cataluña diez años según su normativa específica³²).

La Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, reiterando lo que ya había dicho en su sentencia de la Sala Cuarta, de 9 de julio de 2020 (SP/SENT/1055673) (Recurso C-698/18), declara que **el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración**, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad y que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución. A este respecto, considera que el plazo de prescripción de cinco años para hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva (art. 1964 del CC) no parece, en principio, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13³³.

En cuanto al *dies a quo* para el cómputo del plazo, el TJUE no lo fija expresamente aunque declara que **si se establece a partir de la**

³² En Cataluña se considera de aplicación preferente el Código Civil de Catalunya, en concreto, el art. 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, según el cual: "*las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa*".

El TSJ de Cataluña ha señalado que la normativa prevista en los arts. 121-1 a 121-24 del CCCat es aplicable con carácter general en Cataluña incluso en aquellas relaciones jurídicas no específicamente reguladas en el CCCat (STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017, ECLI ES:TSJCAT:2017:10699). La excepción se encuentra en los plazos de prescripción previstos en las leyes especiales de carácter estatal que sean de aplicación en Cataluña; sin embargo el TRLCU no establece un plazo especial de prescripción para las acciones individuales, por lo que se considera que es de aplicación la normativa prevista en los arts. 121-1^o y siguientes en materia de prescripción de las acciones frente a la aplicación supletoria del Código Civil español (SSAP de Barcelona, Sección 15^a, de 21 de enero de 2019, N^o de Recurso: 1264/2017, N^o de Resolución: 64/2019 y Sección 15^a, de 23 de enero de 2019; N^o de Recurso: 1234/2017; N^o de Resolución: 92/2019).

³³ A nuestro juicio, tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 **no se puede mantener el criterio defendido por algunas Audiencias que han venido declarando que siendo imprescriptible la acción de nulidad de cláusulas abusivas, por ser una nulidad absoluta o de pleno derecho, también lo es la consecuencia de dicha declaración**, lo que supone defender la imprescriptibilidad de la acción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas. Según esta tesis, la acción de reclamación de las cantidades es una consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos y, por tanto, también es imprescriptible: Sentencias de las Audiencias Provinciales de León, Sec.1.^a, núm. 149/2018, de 16 de abril, Rec. 19/2018 y núm. 376/2018 de 11 Oct. 2018, Rec. 420/2018; Las Palmas, Sección 4^a, núm. 348/2018 de 14 Jun. 2018, Rec. 1098/2017; Guipúzcoa, Sec. 2.^a, 679/2018, de 17 de diciembre Recurso 21096/2018 (SP/SENT/991679); Girona, Sec. 1.^a, 846/2019, de 19 de noviembre Recurso 447/2019 (SP/SENT/1029916).

celebración del contrato, se corre el riesgo de que el consumidor en ese momento no tuviera conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula, lo que hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere y vulnera el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

Asimismo, la Comisión Europea en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la STJUE de 16 de julio de 2020, ha declarado que si se fija el *dies a quo* cuando se efectuaron los pagos se vulnera el principio de efectividad, pues la acción resarcitoria podría estar ya prescrita en el momento de la declaración de nulidad.

Con base en dichos postulados, a nuestro juicio **procede desterrar la tesis defendida por un gran número de resoluciones³⁴ que fijan el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades debidas por la cláusula de gastos hipotecarios en el momento del pago.**

En nuestra opinión, lo más adecuado es fijar el *dies a quo* desde la declaración de nulidad de la cláusula declarada abusiva como defiende otro sector de la jurisprudencia menor³⁵. La Comisión Europea considera que esta tesis es la más coherente con la naturaleza accesoria o instrumental de la acción restitutoria respecto de la acción principal declarativa de nulidad de la cláusula por abusiva, que se ha configurado como imprescriptible en el marco del Derecho español. A juicio de la Comisión Europea, si la acción restitutoria es una mera consecuencia de la declaración de nulidad, que puede instarse en cualquier momento, parece

³⁴ SSAP Valencia, Sec. 9.ª, 66/2018, de 1 de febrero, Recurso 1227/2017; La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017, Nº de Recurso: 494/2017, Nº de Resolución: 411/2017; Zaragoza, Sec. 5.ª, 479/2018, de 15 de junio, Recurso 218/2018; Barcelona, Sección 15ª, de 25 de julio de 2018, Nº de Recurso: 1007/2017, Nº de Resolución: 547/2018; Jaén, Sec. 1.ª, 1118/2018, de 21 de noviembre, Recurso 1667/2017; Barcelona, Sec. 15.ª, 923/2018, de 12 de diciembre, Recurso 1240/2017; Barcelona, Sección 15ª, de 21 de enero de 2019, Nº de Recurso: 1264/2017, Nº de Resolución: 64/2019 y Sección 15ª, de 23 de enero de 2019; Nº de Recurso: 1234/2017; Nº de Resolución: 92/2019; Zaragoza, Sec. 5.ª, 207/2019, de 7 de marzo, Recurso 754/2018; Murcia, Sección 4ª, Sección: 4ª, de 21 de marzo de 2019, Nº de Recurso: 1081/2018, Nº de Resolución: 230/2019. Barcelona, Sección: 15, de 21 de marzo de 2019, Nº de Recurso: 453/2018, Nº de Resolución: 509/2019; Barcelona, Sección: 15ª, de 29 de marzo de 2019, Nº de Recurso: 472/2018, Nº de Resolución: 589/2019; Barcelona, Sección: 15, de 5 de abril de 2019, Nº de Recurso: 555/2018, Nº de Resolución: 661/2019; Zaragoza, Sección 5.ª, 306/2019, de 10 de abril, Recurso 1151/2018 (SP/SENT/1004618); Zaragoza, Sección 5ª, sentencia 12 de abril de 2019, Nº de Recurso: 218/2019, Nº de Resolución: 315/2019; Zaragoza, Sec. 5.ª, 359/2019, de 26 de abril, Recurso 167/2018 (SP/SENT/1005939); Salamanca, Sec. 1.ª, 110/2020, de 26 de febrero, Recurso 393/2019 (SP/SENT/1047204); Baleares, Sec. 5.ª, 309/2020, de 8 de mayo, Recurso 859/2019 (SP/SENT/1057024).

³⁵ En este sentido, se pronuncia el Acuerdo publicado el 8 de mayo de 2019 adoptado en el Pleno no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, al ser la declaración de nulidad la que fundamenta y permite el ejercicio de la acción de cantidad subsiguiente. En iguales términos: SSAP de La Rioja, Sec. 1.ª, 59/2018, de 21 de febrero (recurso 451/2017); Vizcaya, Sección 4.ª, en Sentencia 176/2018, de 22 de marzo (rec. 796/2017); Pontevedra, Sec. 1.ª, 226/2019, de 23 de abril, Recurso 23/2019 (SP/SENT/1007833); Pontevedra, Sec. 1.ª, 445/2019, de 24 de julio, Recurso 212/2019 (SP/SENT/1020513); Zamora, Sec. 1.ª, 287/2019, de 9 de septiembre, Recurso 147/2019 (SP/SENT/1023512); Ourense, Sec. 1.ª, 82/2020, de 12 de marzo, Recurso 397/2019 (SP/SENT/1049822).

más coherente considerar que la consecuencia de dicha declaración no pueda empezar a correr antes de que la misma se efectúe.

4.-La declaración de nulidad de la cláusula de gastos de la escritura hipotecaria con devolución tan solo de parte de los gastos reclamados ¿conllevará la condena en costas de la entidad bancaria?

El TJUE en la sentencia de 16 de julio de 2020 se pronuncia sobre la cuestión de si es compatible con el principio de efectividad que no se condene en costas a la entidad bancaria prestamista cuando al consumidor no se le restituyan todas las cantidades que haya reclamado aunque se haya estimado su pretensión en relación con el carácter abusivo de la cláusula impugnada.

En esta sentencia se considera que condicionar el resultado de la distribución de las costas de un proceso de esta índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho. A tales efectos se entiende que el art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva.

El problema es que con la redacción actual del art. 394.2 de la LEC en caso de desestimación parcial procede no imponer las costas a ninguna parte. Tan solo existen dos vías para imponer las costas a un litigante, cuales son: *considerar que el vencimiento es sustancial o apreciar en la sentencia que ha obrado con temeridad.*

En este sentido la SAP de Girona, Sec. 1.^a, 185/2019, de 13 de marzo, recurso 1238/2018 (SP/SENT/998067) considera que la entidad bancaria demandada debió haber suprimido la cláusula sin necesidad de reclamación, ofreciendo la cantidad que era procedente en atención a la jurisprudencia y **ante una reclamación extrajudicial, la más mínima buena fe exigía una propuesta de pago, por lo que al no haber actuado de tal forma, y negarse a pagar cantidad alguna, obligando al consumidor a acudir a los Tribunales y a reclamar la nulidad de la cláusula de gastos, a la que se opuso la entidad bancaria sin fundamento alguno, se considera que a pesar de la estimación parcial de la demanda, deben ser impuestas las costas a la demandada.** En este procedimiento, procede destacar que el prestatario desistió en la audiencia previa a la pretensión de restitución de cantidades en lo relativo a la totalidad del importe de IAJD³⁶.

³⁶ Lo cierto es que resulta muy conveniente que el consumidor, antes de iniciar un proceso judicial de nulidad de condiciones generales de la contratación, realice una reclamación extrajudicial al banco, pues en caso de allanamiento de la entidad bancaria antes de contestar a la demanda en todo caso se le impondrán las costas (art. 395.1, apartado segundo, de la LEC). De hecho, **la Medida 2.19 del Plan de choque tras el Estado de Alarma presentado por CGPJ propone la inclusión de un nuevo número 6 en el art. 429 de la LEC para establecer como requisito previo de procedibilidad en los procedimientos en que se solicite la nulidad de una condición general de la contratación una reclamación extrajudicial, análoga a la prevista en el RDL 1/2017, de 20 de enero.**

Por lo demás, **en numerosas sentencias se aprecia la existencia de una estimación sustancial en casos en que el consumidor no obtiene todo lo reclamado, pero sí una parte importante.** Así, en la SAP de Baleares, Sec. 5.^a, 83/2019, de 11 de febrero, recurso 754/2018 (SP/SENT/994340) se considera estimación sustancial de la demanda la reducción a la mitad de los gastos de notaría y gestoría reconocidos en primera instancia.

En parecidos términos, la SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, 402/2018, de 15 de junio, recurso 446/2017 (SP/SENT/964271) considera que existe una estimación sustancial en un caso en que se reclamaban 28.512'20 € y se concede en la sentencia 26.950'65 €, que es un 94'52%, de la cantidad reclamada.

Por lo demás, en la SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, 325/2018, de 16 de mayo, recurso 903/2017 (SP/SENT/967427) se aprecia que existe una estimación sustancial en un supuesto en que se reconoce al derecho del demandante a ser resarcido de los gastos que reclama por todos los conceptos, salvo la mitad del importe del arancel del Notario³⁷.

De todos modos, **la apreciación de que la estimación de la demanda ha sido sustancial se encuentra sometida a cierto grado de discrecionalidad judicial;** así, en la SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, 716/2017, de 17 de noviembre, recurso 541/2017 (SP/SENT/943891) se entiende que existe una estimación sustancial de la demanda en un supuesto en que se solicita la nulidad de dos cláusulas y ambas se acogen, a pesar de que se interesa la condena a la devolución de 917 € y se conceden 625 €.

Por lo demás, la SAP de Baleares, Sec. 5.^a, 350/2018, de 18 de julio, Recurso 203/2018 (SP/SENT/973443) entiende que la desestimación de la petición de reintegro del importe abonado por la actora en concepto de IAJD es de la suficiente entidad cualitativa y cuantitativa para considerar que una de las pretensiones de la parte actora no ha sido atendida, con lo que la estimación de la demanda se debe considerar parcial y no sustancial³⁸.

³⁷ En parecidos términos, la SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, 179/2018, de 22 de febrero, recurso 835/2017 (SP/SENT/959707) condena en costas a la entidad financiera, por entender que existe una estimación sustancial, al haber sido únicamente rechazada la pretensión de nulidad del apartado de repercusión de los gastos de la contratación del seguro.

Asimismo, la SAP de Cádiz, Sec. 5.^a, 152/2020, de 25 de febrero (Recurso 1355/2017) (SP/SENT/1047526) declara que **"... En relación a las costas de la instancia, aunque se haya reducido la cantidad a abonar por el banco, es preciso tener en cuenta que no solo se solicita el abono de una cantidad, sino la nulidad de la cláusula de intereses de demora, que fue acordada, nulidad que es de más importancia o trascendencia que la mera devolución de una pequeña cantidad, así como la nulidad de la cláusula de gastos, por lo que procede entender que ha existido una estimación sustancial de la demanda, a efectos de imposición de las costas de la instancia, no procediendo la imposición al apelante de las costas de esta alzada al haber prosperado aunque solo sea parcialmente el recurso. ..."**

³⁸ En igual sentido, la SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, 417/2018, de 18 de septiembre, recurso 904/2018 (SP/SENT/978189) considera: **"Es criterio reiterado de esta Sala el que la desestimación, en la demanda rectora, de la pretensión relativa al pago del prestatario del IAJD, es pretensión autónoma e independiente, aún inserta dentro de la cláusula gastos, y por tanto, equivale, aún estimadas el resto de pretensiones, a una estimación parcial a los efectos del pronunciamiento sobre costas procesales y aplicación del artículo 394 de la LEC"**.

En parecidos términos, en la Jornada de unificación de criterios jurisprudenciales de la Comunidad Autónoma de la Rioja de 1 de junio de 2018 se concluye que si se excluye la suma reclamada por el IAJD (que es la partida de mayor importe), la estimación de la demanda solo es parcial, por lo que no debe haber pronunciamiento en costas.

Por lo demás, en las SSAP de Cáceres, Sec. 1.^a, 262/2019, de 26 de abril, Recurso 578/2018 (SP/SENT/1008395) y Zamora, Sec. 1.^a, 287/2019, de 9 de septiembre, Recurso 147/2019 (SP/SENT/1023512) no se considera estimación sustancial la reducción de las cantidades reclamadas en la demanda en un tercio, por lo que no impone las costas a la entidad bancaria³⁹.

Asimismo, en la SAP Pontevedra, Sec. 1.^a, 445/2019, de 24 de julio, Recurso 212/2019 (SP/SENT/1020513) se entiende que no se puede considerar que exista una estimación sustancial de la demanda al haberse desestimado la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura, con su consiguiente efecto restitutorio, y haberse reducido notablemente la pretensión de condena en relación a la cláusula de gastos, que inicialmente también comprendía el importe abonado por el IAJD.

De todos modos, la cuestión es polémica y más todavía va a serlo tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 Así, en la SAP de Palencia, Sec. 1.^a, 221/2018, de 23 de mayo, recurso 228/2018 (SP/SENT/964869) se condena en costas a la entidad bancaria a pesar de no acordar la devolución al prestatario del IAJD con el argumento de que la condena en costas a la entidad bancaria favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión.

Lo mismo ocurre en la SAP de Ávila, Sec. 1.^a, 300/2018, de 5 de diciembre, recurso 322/2018 (SP/SENT/987892) a pesar de que la cantidad reclamada en la demanda era de 3.305,44 € y solo se conceden 1.677,94 €. En parecidos términos, se pronuncia la AP de Álava, Sec. 1.^a, 698/2018, de 7 de diciembre, recurso 539/2018 (SP/SENT/992454).

En esta tesitura no resta sino preguntarse si, a raíz de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, va a ser necesario reformar el art. 394.2 de la LEC en los pleitos de nulidad de cláusulas abusivas.

Según la Comisión Europea, en las Observaciones formuladas con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la citada sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, **una reforma del citado precepto no resulta necesaria, pues el criterio del vencimiento, tal y como se plasma en dicha norma, no parece a priori particularmente irrazonable ni disuasorio**, máxime cuando el propio precepto permite a los jueces

³⁹ Asimismo, en la sentencia de la AP Burgos, Sec. 3.^a, 390/2019, de 30 de julio, Recurso 261/2019 (SP/SENT/1017405) se considera que la sentencia de primera instancia yerra al considerar que se trata de una estimación sustancial, pues debe considerarse una estimación parcial dado que se pedía en la demanda 4.363,23 € de gastos hipotecarios y solo se conceden 812,95 €.

nacionales, bien exonerar de la condena en costas a consumidores demandados en casos jurídicamente dudosos o bien imponer las costas a los profesionales si, a pesar de que el consumidor ha visto sus pretensiones estimadas parcialmente, se considera que han litigado con temeridad. La Comisión Europea pone de manifiesto que el ejercicio de acciones ante los tribunales conlleva inevitablemente (en mayor o menor medida) un cierto riesgo; sin embargo, entiende que dicho riesgo es inherente a la naturaleza del sistema procesal y que **la Directiva 93/13 no requiere la eliminación de todo riesgo para los consumidores cuando estos ejercitan sus derechos ante los Tribunales, sino que tan solo es preciso que las normas sobre costas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que dicha Directiva les confiere.** En particular, cuando se ejercitan conjuntamente una acción principal declarativa de nulidad de la cláusula y una acción accesorias de resarcimiento, la Comisión Europea entiende que la Directiva 93/13, interpretada a la luz del principio de efectividad, no exige que en todo caso y con independencia de la suerte que corra la acción de resarcimiento, el juez nacional deba condenar en costas al profesional únicamente por hecho de que se declare la nulidad de una o varias cláusulas.

5.- Dado que a raíz de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 el consumidor tiene derecho a que se le reintegre un mayor importe de gastos hipotecarios ¿se podrá interponer un recurso de revisión contra sentencias firmes dictadas con anterioridad?

Procede preguntarse si los que iniciaron pleitos con anterioridad a la STJUE de 16 de julio de 2020 que estén resueltos con carácter firme van a poder invocar la doctrina de la Corte de Luxemburgo para revisar la sentencia firme dictada en su día y recuperar un mayor importe de gastos hipotecarios.

La respuesta debe ser negativa porque el art. 510 LEC, al regular los motivos por los que se puede plantear un procedimiento de revisión de sentencias firmes, no contempla entre los mismos que se haya dictado una sentencia por el TJUE que modifique la jurisprudencia, sino solo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declare que la sentencia firme ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos. Además, aun en este caso, se subordina dicha posibilidad al cumplimiento de tres presupuestos: en primer lugar, que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión; en segundo lugar, que no se perjudiquen los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas y, en tercer lugar, que se plantee en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia de dicho Tribunal Europeo (art. 510.2 de la LEC).

La improcedencia del recurso de revisión en estos supuestos fue declarada por el TS en el Auto de 4 de abril de 2017 (Nº de Recurso: 7/2017), con ocasión de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 en que se reconoció a los consumidores el derecho a recuperar todas las cantidades indebidamente abonadas por una cláusula suelo

declarada nula (y no solo desde el 9 de mayo de 2013 como hasta entonces reconocía la jurisprudencia).

El TS, en el Auto de 4 de abril de 2017, Nº de Recurso: 7/2017, al resolver sobre las consecuencias que podían atribuirse a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 respecto de los litigios terminados por sentencia firme, consideró que no es posible obtener la revisión de una resolución firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior, y ello con base a los siguientes motivos:

En primer lugar, **una sentencia posterior no tiene la consideración de «documento recobrado» en el que pueda fundarse una demanda de revisión a efectos de lo previsto en el art. 510.1.1.º de la LEC.** La STS 81/2016, de 18 de febrero, dictada en la revisión núm. 67/2013, se pronunció sobre los efectos que en un proceso de revisión podían atribuirse a una sentencia del TJUE en la que se estableciera una doctrina incompatible con la sentada en una sentencia anterior y que, por tanto, obligara a modificar la jurisprudencia que hasta ese momento se hubiera seguido sobre esa materia. En dicha resolución se declaró que una sentencia del TJUE de fecha posterior a la sentencia cuya revisión se insta no es un documento que permita su revisión conforme al art. 510.1.1º de la LEC.

En segundo lugar, **nuestro ordenamiento jurídico preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia,** adoptadas por el Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina del Tribunal Constitucional, siendo solo posible la revisión de una sentencia civil firme en ciertos casos excepcionales, como cuando una sentencia del TEDH declare que ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, por preverlo expresamente el art. 510.2 de la LEC. El propio art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece: *«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».*

En tercer lugar, **la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español.** Según la STS 81/2016, no cabe la extensión de esta posibilidad cuando la sentencia no haya sido dictada por el TEDH sino por el TJUE, no solo porque el legislador, pese a poder haberlo hecho, no ha previsto tal posibilidad, sino también porque la justificación de esta revisión radica en la salvaguarda de los derechos fundamentales, único supuesto en que parecería razonable una excepción al principio de la cosa juzgada, tan importante para el correcto funcionamiento de la Administración de justicia en una sociedad democrática.

En cuarto lugar, **la jurisprudencia del TJUE ha reconocido la relevancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas así como la recta Administración de la justicia.** La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15) declaró que la protección del consumidor no es absoluta, por lo que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13⁴⁰. En igual sentido se pronunció el TJUE, Sala Primera, en la Sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/2014 (rec. C-421/2014), en la cual se declaró la importancia que presenta, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada, pues, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos.

6.-Quienes en un anterior juicio declarativo reclamaron la devolución de la mitad de los gastos de gestoría y tasación ¿pueden ahora iniciar otro proceso interesando que se les devuelva la otra mitad no reclamada en el pleito anterior con base en la STJUE de 16 de julio de 2020?

Esta cuestión ha sido resuelta con criterios dispares por nuestros tribunales con ocasión de la cláusula suelo.

La SAP Cáceres, Sec. 1.ª, 248/2018, de 4 de mayo, recurso 202/2018 (SP/SENT/962344) contempla un supuesto en que en un primer proceso se ejercitó, tanto la acción de nulidad de la cláusula suelo, que fue declarada nula por abusiva, como la de reclamación de las cantidades abonadas de más por la aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013, pidiéndose en otro proceso posterior, conforme a la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, la reclamación de todas las cantidades abonadas desde la constitución de la hipoteca hasta el 8 de mayo de 2013. La AP considera que **no cabe efectuar una suerte de reserva de acciones para intentar modificar una resolución Judicial en función del establecimiento de una nueva doctrina jurisprudencial**, ya sea del TS o del TJUE, pues el efecto de la sentencia firme dictada en el primer proceso vincula a un ulterior proceso, sin que a ello sea óbice la manifestación que la parte actora efectuó en la demanda del primer proceso: *"Esta parte, sin que sea su voluntad renunciar a derecho alguno que pudiera corresponderle, limita su reclamación, en esta demanda, a las cantidades correspondientes*

⁴⁰ En este punto, la Corte de Luxemburgo secunda el informe de los agentes de la Comisión Europea (Deyan Roussanov y Napoleón Ruiz García) emitido con ocasión de las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a esta sentencia, conforme al cual *"los efectos de la nulidad podrían de forma excepcional verse limitados cuando fuese necesario proteger el principio de cosa juzgada"*

al periodo ya reseñado (desde el 9 de mayo de 2.013 hasta la fecha en que se suprime en el contrato de forma efectiva la aplicación de la cláusula suelo)”. Se considera que, dado que la reclamación de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de una cláusula declarada nula ha sido ejercitada en ambos procesos, no puede volver a ejercitarse con motivo de nuevas doctrinas jurisprudenciales que pudieran producirse⁴¹.

En similar sentido se pronuncia la SAP de Segovia, Sec. 1.ª, 235/2017, de 3 de noviembre Recurso 284/2017 (SP/SENT/932974), la cual aprecia cosa juzgada considerando que existe la misma causa de pedir.

Asimismo, la SAP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 236/2019, de 16 de mayo (Recurso 632/2018) (SP/SENT/1010044) entiende que **opera la cosa juzgada, dado que en virtud de lo previsto en el art. 400 de la LEC esta comprende no solo lo alegado sino también a lo que pudo alegarse**, por lo que si en un primer proceso solo se interesó la devolución parcial de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula abusiva, ya **no se puede presentar una nueva demanda, en aras de solicitar las cantidades no reclamadas en una primera** al no entenderse procesalmente correcto plantear de nuevo la misma pretensión aunque lo sea en aquello no concedido por efecto del cambio de doctrina jurisprudencial, ya que el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, se opone incluso a lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ. De todos modos, en esta sentencia se considera que existen dudas de derecho, por lo que no se imponen al consumidor las costas de primera instancia.

En parecidos términos, la SAP de Badajoz, Sec. 2.ª, 153/2020, de 20 de febrero, Recurso 882/2018 (SP/SENT/1047083), entiende que la acción de restitución derivada de una cláusula declarada nula es una acción única y que el art. 400 de la LEC no se puede salvar con la mera alegación de que ha cambiado la jurisprudencia respecto al contenido del derecho de restitución, ya que la cosa juzgada trasciende a los cambios de criterio jurídico, máxime cuando nada impedía la reclamación íntegra de la cantidad con la primera demanda. De lo contrario se llegaría al absurdo de que, al amparo de la misma acción, se pudieran plantear separada y consecutivamente, por ejemplo, diez demandas, acotadas cada una de ellas a una sola anualidad. La Administración de Justicia no puede soportar dicha carga y los demandados tienen el derecho procesal a que, en estos casos, se ventile el conflicto en un único procedimiento.

No obstante, se encuentran sentencias que defienden distinto criterio; en este sentido, la SAP Cantabria, Sec. 4.ª, 203/2018, de 8 de mayo, recurso 693/2017 (SP/SENT/963073) entiende que **si en el primer proceso se solicitó únicamente la devolución de la abonado por la**

⁴¹ En parecidos términos, en los Acuerdos adoptados en la Jornada de Unificación de criterios por los Magistrados del orden jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial de Valencia, celebrada el 26 de octubre de 2017, se acordó que: *“si se concedió, tras la declaración de nulidad de una cláusula suelo, la devolución de los intereses abonados con exceso únicamente a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, no cabe iniciar un nuevo pleito reclamando la totalidad de lo pagado indebidamente”*.

cláusula suelo desde 9 de mayo de 2013, conforme a la postura que seguían los tribunales antes de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, resulta válido solicitar en el proceso actual lo abonado desde la fecha del préstamo. Según esta resolución el acreedor que sea titular de varios créditos o de varias partidas de crédito, nacidos del mismo título, puede reclamarlos en procedimientos distintos, siempre que sean pretensiones o créditos diferentes. En la fecha del primer procedimiento los Tribunales solo estaban concediendo los efectos de la nulidad de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013; por lo que se entiende que sería una desprotección absoluta del consumidor exigirle que hubiera reclamado entonces lo que los tribunales no estaban concediendo.

Asimismo, la SAP de Jaén, Sec. 1.^a, 1185/2019, de 10 de diciembre, Recurso 1261/2018 (SP/SENT/1038814) considera que teniendo presente que en la fecha en que se interpuso la demanda, la doctrina jurisprudencial consideraba que únicamente se podían reclamar las cantidades abonadas desde el 9 de mayo de 2013, no por ello se puede mantener, que la cosa juzgada pueda extenderse a las cantidades anteriores a dicha fecha, sobre las cuales no recayó acuerdo alguno (ni se renunció a su reclamación), ni tampoco se hubiera estimado dicha pretensión en una hipotética sentencia.

En el mismo sentido, en la sentencia de la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 485/2017, de 16 de octubre, Recurso 477/2017 (SP/SENT/925944) se declara que **el art. 400 de la LEC se debe interpretar en el sentido de que las pretensiones deben ser exactamente idénticas para que juegue la cosa juzgada, lo que no acontece cuando en un primer proceso se pide la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 y en un segundo las cantidades restantes abonadas desde la fecha del contrato;** asimismo, en materia de consumidores, las exigencias del principio comunitario de efectividad aconsejan optar por una interpretación flexible de las normas procesales.

En similares términos se pronuncian las Sentencias de las AA.PP. de Zaragoza, Sec. 5.^a, 722/2017, de 20 de noviembre (recurso 505/2017) (SP/SENT/934785)⁴²; Asturias, Sección 6.^a, 396/2017 de 1 Dic. 2017 (recurso 380/2017); Segovia, Sec. 1.^a, 37/2018, de 13 de febrero, Recurso 357/2017

⁴² SAP Zaragoza, Sec. 5.^a, 722/2017, de 20 de noviembre (recurso 505/2017) (SP/SENT/934785): *"Con base en dicho nuevo criterio y siendo de aplicación al derecho nacional, la parte demandante presenta nueva demanda ejercitando una nueva pretensión, no deducida ni analizada en el procedimiento anterior y, por ende, sin pronunciamiento judicial al respecto, consistente en la devolución de cantidades desde la fecha de la celebración del préstamo hipotecario, nueva petición que no se ve afectada por la preclusión contemplada en el artículo 400.2 LEC cuya aplicación se justifica, únicamente, cuando en ambos procesos se ventile la misma pretensión. ..."*

La cuestión es conflictiva, véase: Encuesta jurídica: "Los prestatarios que, viendo la postura mantenida por el Tribunal Supremo, optaron por solicitar solo lo pagado de más desde su Sentencia de 9 de mayo de 2013, lo que les fue concedido por sentencia firme, ¿podrán ahora solicitar la devolución del resto de cantidades?". *Sepín Proceso Civil*. Abril. 2017, (SP/DOCT/22623). Cuatro de los encuestados (entre los cuales me encuentro) consideran que opera la cosa juzgada, otros cuatro que no opera y una que podrían iniciar un juicio posterior si se reservaron las acciones para determinar los efectos de la nulidad.

(SP/SENT/946517)⁴³; Ciudad Real, Sec. 2.^a, 195/2020, de 11 de marzo, Recurso 883/2019 (SP/SENT/1048516)⁴⁴.

En todo caso, lo que a nuestro juicio está claro es que si en la demanda del primer juicio declarativo se solicitó la devolución de todos los gastos de gestoría y tasación, y solo se concedió al consumidor la mitad de los mismos, si se inicia un juicio posterior reclamando una devolución íntegra de todo lo abonado indebidamente se deberá apreciar cosa juzgada⁴⁵.

7.-¿Opera la cosa juzgada si se solicita la declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios cuando en otro proceso anterior se interesó la abusividad de otras cláusulas del mismo contrato, como la cláusula suelo?

El art. 400, en su párrafo segundo, reza en los siguientes términos: “(...) a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este”.

A nuestro juicio, y aunque esta cuestión no es pacífica, procede defender una interpretación flexible de este precepto, entendiendo que el mismo prohíbe reiterar otros hechos o fundamentos jurídicos

⁴³ SAP de Segovia, Sec. 1.^a, 37/2018, de 13 de febrero, Recurso 357/2017 (SP/SENT/946517): *“La aplicación al presente recurso de apelación de la nueva doctrina jurisprudencial de la Sala 1^a del Tribunal Supremo (recogida también en las posteriores sentencias de dicha Sala de 20-4-2017, 18-5-2017, 6-6-2017 y 20-7-2017, entre otras), de la que ya se ha hecho eco esta mismo tribunal en algunas sentencias recientes (por ejemplo, de 23-2-2017, 15-9-2017 y 28-9-2017) lleva a rechazar que concurra la excepción de cosa juzgada material en lo relativo a la reclamación de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad prestataria Bankia, S.A. en el período comprendido entre el 12 de diciembre de 2003 y el 9 de mayo de 2013 como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo (y sus correspondientes intereses hasta el pago de dichas cantidades), toda vez que esta concreta pretensión no se incluyó en el suplico de la demanda interpuesta por los actores-apelantes ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Segovia, y la circunstancia de que no se hubiera podido reclamar con éxito el pago de estas cantidades como consecuencia de la doctrina reflejada en la sentencia del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 9-5-2013 impide apreciar el principio de preclusión en los términos que resultan del ya citado art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

⁴⁴ Ciudad Real, Sec. 2.^a, 195/2020, de 11 de marzo, Recurso 883/2019 (SP/SENT/1048516): *“Ello no obstante y vista la distinta casuística que se ha ido presentando y con la intención de evitar las disfunciones que por la aplicación estricta de lo acordado pudieran generarse, el Pleno de esta Audiencia ha celebrado Pleno Jurisdiccional con fecha 14/01/2019 en el que ha acordado “POR MAYORÍA rectificar el acuerdo segundo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional del pasado 16/03/2018 en el sentido de que la eficacia de cosa juzgada solo podrá apreciarse en aquellos casos en que la pretensión de devolución de lo indebidamente cobrado como consecuencia de la aplicación de una cláusula suelo declarada nula desde la fecha de celebración del contrato se hubiera deducido con anterioridad, no a los casos en que la pretensión deducida se hubiera limitado a solicitar la devolución de lo cobrado desde el 09/05/2013” y ello sobre la base de los Fundamentos contenidos en nuestra sentencia de Pleno de igual fecha 14/01/2019”.*

⁴⁵ La SAP Segovia, Sec. 1.^a, 235/2017, de 3 de noviembre, recurso 284/2017 (SP/SENT/932974) considera que si en el anterior proceso se solicitó la devolución del total de las cantidades abonadas por la cláusula suelo y se concedió solo desde la publicación de la STS 9 de mayo de 2013, no se puede iniciar otro juicio posterior solicitando la cantidad restante al existir cosa juzgada. En similares términos: Córdoba, Sec. 1.^a, 761/2019, de 14 de octubre, Recurso 742/2019 (SP/SENT/1032703).

respecto de una misma pretensión, pero no respecto a otras pretensiones, puesto que no se puede exigir al actor que acumule todas las acciones que ostente frente al demandado, es decir, no se puede entender que existe cosa juzgada porque, por ejemplo, en un primer proceso se solicite la declaración de abusividad de la cláusula suelo y en otro posterior la de gastos hipotecarios.

Lo que no podrá alegarse en un procedimiento posterior serán los argumentos (de hecho o de derecho) que pudieron ser utilizados en el precedente, al haber precluido el plazo para su alegación, **pero esta preclusión no se extiende a pretensiones deducibles que en aquel momento no le pareció oportuno al demandante plantear**, de manera que lo que queda prohibido es reiterar una petición desestimada con base en otra causa de pedir o en hechos diferentes, cuando una y otros hubieran podido sustentar también la petición del pleito precedente. Una misma pretensión solo se puede plantear una vez, al margen de los concretos hechos o fundamentos jurídicos que la puedan sustentar⁴⁶, pero en el caso que nos ocupa se trata de varias pretensiones (la declaración de abusividad de varias cláusulas).

No puede llevar a confusión que el TS, en su Sentencia de 5 de diciembre de 2013 (rec. 1708/2011) haya declarado que: *“Si la pretensión, en este caso de nulidad de dos contratos, puede basarse en varias causas de pedir, el demandante tiene la carga de alegarlas en el primer litigio. No habiéndolo hecho, ha precluido su posibilidad de hacerlo, y la sentencia dictada en el primer proceso produce efectos de cosa juzgada negativa que impide volver a formular la pretensión, aunque sea con base en otros fundamentos, en un litigio posterior”*. **Hay que reparar en que esta resolución establece que cuando se alega la nulidad de un contrato hay que invocar todas las causas en que se base esa pretensión, pero el caso que nos ocupa es diferente, pues se trata de interesar la nulidad de diversas cláusulas de un mismo contrato que no ocasionan la nulidad del contrato en sí.**

La nulidad de una y otra cláusula son pretensiones diferentes, por lo que no se trata de discutir lo mismo con distintos hechos o fundamentos, sino de discutir una pretensión distinta (la abusividad de otra cláusula de ese mismo contrato), ya que **si bien es cierto que una misma pretensión solo puede plantearse una vez, al margen de los concretos hechos y fundamentos jurídicos que la puedan sustentar, nada impide ejercitar en un proceso posterior una pretensión diferente**, pues, conforme a la propia literalidad de los arts. 222 y 400 LEC, ninguno de ellos impide un pleito en el que se formulen pretensiones distintas, aunque estén vinculadas con la pretensión formulada en un pleito anterior, por cuanto **la acumulación objetiva de acciones es facultativa y no preceptiva para el actor**, conforme resulta de lo dispuesto en el art. 71.2 LEC.

A favor del argumento que defendemos también se puede alegar la doctrina del TJUE en su Sentencia de 26 de enero de 2017, en cuyo parágrafo 52 establece que, **si con anterioridad se declaró la abusividad de una cláusula, ello no impide que posteriormente el Juez declare abusivas otras cláusulas de ese mismo contrato.**

⁴⁶ SSTS, Sala Primera, de 5 de diciembre de 2013 y de 19 de noviembre de 2014.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP Vizcaya, Sec. 4.^a, 761/2017, de 7 de diciembre, recurso 326/2017 (SP/SENT/944995) que considera que las pretensiones imprejuzgadas, que no había ninguna obligación de plantear en el proceso previo, que tuvo un objeto distinto, no se pueden considerar cosa juzgada.

Asimismo, la SAP de Asturias, Oviedo, Sec. 6.^a, 42/2017, de 27 de enero, recurso 536/2016 (SP/SENT/892986) establece que la Ley extiende la cosa juzgada material a todas las posibles «*causas de pedir*» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula.

De todos modos, no desconocemos que esta tesis no es unánime y también hay resoluciones que defienden una interpretación rígida del art. 400 de la LEC, conforme a la cual la preclusión y los efectos de cosa juzgada se extienden no solo a los hechos y fundamentos, sino también a todas las pretensiones que el actor pudiera alegar contra el demandado que, aun no deducidas, hubieran podido deducirse en el proceso anterior porque existiese entre ellas un profundo enlace, al estar basadas en hechos idénticos, con lo que se pretende evitar la reiteración de litigios entre las mismas partes, poniendo fin a la incertidumbre de la relación entre ellas⁴⁷.

En este sentido, la SAP Badajoz, Sec. 2.^a, 228/2020, de 26 de marzo, Recurso 595/2019 (SP/SENT/1049552) considera que existe cosa juzgada cuando se ha dictado sentencia sobre nulidad de condiciones generales de la contratación en pleito sobre la cláusula suelo y ahora se quiere ventilar sobre los gastos.

8.-Cuando en un anterior proceso se solicita la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, pero no la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por su aplicación, ¿opera la cosa juzgada si se inicia uno posterior reclamando dichas cantidades?

Por nuestra parte, defendemos una interpretación flexible del art. 400 LEC en los términos reseñados *supra*, por lo que entendemos que **se puede iniciar un ulterior proceso solicitando la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por una cláusula abusiva si en otro anterior se solicitó únicamente su nulidad aunque reconocemos que la cuestión es polémica.**

La Sentencia de la AP Palencia, Sección 1.^a, 227/2016, de 15 de noviembre (rec. 270/2016) (SP/SENT/880255)⁴⁸, cambiando el criterio mantenido en la resolución de esa misma Sección 1.^a de 3 de junio de 2016, sostiene que el ejercicio inicial de la acción de nulidad de la cláusula abusiva no puede considerarse excluyente del ejercicio de la acción de reclamación de las cantidades cobradas, pues cuando el art. 400 LEC prohíbe la alegación de nuevos hechos y fundamentos jurídicos, se está refiriendo a la pretensión debatida, pero no a nuevas pretensiones no ejercitadas con

⁴⁷ En este sentido: Palencia, Sección 1.^a, 116/2016, de 3 de junio (rec. 164/2016); Vizcaya, Sec. 5.^a, 302/2017, de 22 de noviembre, Recurso 283/2017.

⁴⁸ En similares términos: Audiencia Provincial de Palencia, Sentencia 242/2017 de 27 Sep. 2017, Rec. 227/2017 y SAP de Palencia, Sec. 1.^a, 290/2017, de 13 de noviembre, Recurso 338/2017 (SP/SENT/931343).

anterioridad, pues faltaría en este caso la identidad objetiva que reclama el instituto de la cosa juzgada.

Asimismo, la Sentencia de la AP de Cáceres, Sec. 1.ª, 249/2018, de 7 de mayo, recurso 147/2018. (SP/SENT/962341) entiende que no concurre excepción de cosa juzgada alegada por el apelante, ya que no hay identidad de pretensiones, dado que en el primer proceso se ejercitó una pretensión de declaración de nulidad de la cláusula abusiva y en el segundo se ejercita una pretensión de condena a la devolución de cantidades indebidamente abonadas, y en igual sentido se pronuncian otras resoluciones de la jurisprudencia menor⁴⁹.

Además, como declara la SAP Valladolid, Sec. 3.ª, 213/2017, de 1 de junio, recurso 566/2016 (SP/SENT/910079) **el hecho de que la restitución de cantidades indebidamente abonadas pudiera ser solicitada en el primer procedimiento e incluso declarada por propia iniciativa o de oficio por el Juzgador, no significa que exista un imperativo legal para que el demandante o el tribunal tenga necesariamente que hacerlo**, pues se trata de pretensiones de distinta naturaleza (declarativa y de condena) y perfectamente separables en su ejercicio, por más que la primera presuponga la segunda.

En parecidos términos, la SAP Cáceres, Sec. 1.ª, 271/2017, de 22 de mayo, recurso 296/2017. (SP/SENT/910720) entiende que en estos casos no se puede apreciar retraso desleal por ejercer en distintos momentos, y sin excesivo lapso de tiempo entre ellas, la acción de nulidad y la de restitución de cantidades debidas⁵⁰.

⁴⁹ En el mismo sentido: Sentencias de las AA. PP. de Valladolid, Sec. 1.ª, 264/2017, de 28 de junio, Recurso 104/2017 (SP/SENT/915178); Valladolid, Sec. 3.ª, 350/2017, de 24 de octubre, Recurso 258/2017 (SP/SENT/929281); Palencia, Sentencia 242/2017 de 27 Sep. 2017, Rec. 227/2017; Valladolid, Sec. 3.ª, 350/2017, de 24 de octubre, Recurso 258/2017 (SP/SENT/929281); Pontevedra, Sec. 1.ª, 531/2017, de 10 de noviembre, Recurso 625/2017 (SP/SENT/931923); Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 251/2018 de 5 Sep. 2018, Rec. 101/2018; Cáceres, Sec. 1.ª, 362/2019, de 3 de junio, Recurso 666/2018 (SP/SENT/1013239).

⁵⁰ SAP Cáceres, Sec. 1.ª, 271/2017, de 22 de mayo, Recurso 296/2017. (SP/SENT/910720): "*... la Teoría del Retraso Desleal (con las consecuencias que contempla la Jurisprudencia del Tribunal Supremo) no es aplicable al supuesto que, por mor del Recurso de Apelación interpuesto, se somete a nuestra consideración, por dos motivos: en primer término, porque no resulta irracional estimar que la acción tendente a obtener la reintegración de las cantidades percibidas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula "suelo" declarada nula se ejercitaría, sobre todo cuando -se insiste- la propia Sentencia de 21 de Abril de 2.015 indicó que no se pronunciaba sobre este extremo porque entendía que no había sido ejercitada en la Demanda; y, en segundo lugar, porque la parte actora no ha realizado un ejercicio del derecho dable de calificarse de tardío, cuando la Sentencia se dictó el día 21 de Abril de 2.015 y la Demanda origen del presente Juicio Ordinario se presentó el día 27 de Julio de 2.016. ..."*

Asimismo, la SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, 108/2020, de 19 de febrero, Recurso 733/2019 (SP/SENT/1047753) considera que el art. 400 de la LEC no obliga al litigante a formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandada, es decir, no obliga a ejercer conjuntamente la acción de nulidad y la de reclamación de cantidad.

En similares términos se pronuncia la SAP Barcelona, Sec. 15.^a, 373/2020, de 19 de febrero, Recurso 1084/2019 (SP/SENT/1043369) dado que para que resulte de aplicación la preclusión de alegaciones establecida en el art. 400 LEC no basta que exista conexión entre las diversas pretensiones que nazcan de unos mismos hechos sino que es preciso que haya identidad de *petitum*⁵¹. **La independencia entre la acción de nulidad absoluta y la de restitución de cantidades indebidamente abonadas por su aplicación se demuestra en que mientras que la acción de nulidad es imprescriptible, respecto de la de reclamación de cantidades indebidamente abonadas por dicha cláusula rige la prescripción del art. 1.964 CC (que actualmente es de cinco años)**⁵².

En el mismo sentido, la SAP de Granada, Sec. 5.^a, 527/2019, de 22 de noviembre, Recurso 427/2018 (SP/SENT/1036585) considera que no existe cosa juzgada en un caso en que los actores iniciaron un segundo proceso reclamando todas las cantidades indebidamente abonadas por la aplicación de la cláusula suelo, siendo que en un primer pleito habían ejercitado una acción meramente declarativa de nulidad de la cláusula suelo y la entidad prestamista, tras recalcularlos, decidió voluntariamente devolver las cantidades percibidas en exceso, pero únicamente desde la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013.

En parecidos términos, en los Acuerdos adoptados en la Jornada de Unificación de criterios entre los Magistrados del orden jurisdiccional civil de la Audiencia Provincial de Valencia, celebrada el 26 de octubre de 2017 se acordó que: *“Cabe la posibilidad de solicitar en un primer pleito la declaración de nulidad de una cláusula contractual, en contrato celebrado entre empresario y consumidor (p.ej., cláusula suelo, gastos de la escritura),*

⁵¹ En igual sentido: Barcelona, Sec. 15.^a, 226/2020, de 4 de febrero Recurso 1068/2019 (SP/SENT/1039921).

⁵² SAP Toledo, Sec. 1.^a, 339/2020, de 13 de marzo (Recurso 720/2018) (SP/SENT/1049182): *“La Sala no comparte los razonamientos del recurso. De principio no se trata de dos acciones iguales como revela por ejemplo que la de nulidad no prescribe, pero cualquier reclamación de cantidad en principio si puede prescribir y además los supuestos no tienen por que ser siempre coincidentes pues puede que la cláusula, siendo nula (lo que es independiente de si se ha aplicado efectivamente o no), sin embargo no haya generado cantidad alguna de posible reclamación por ya pagada efectivamente, incluso puede darse que, como en este caso, cuando se insto la demanda sobre declaración de nulidad de la cláusula, en lo que la Jurisprudencia en la materia ya era clara, no se tenía igual conocimiento de las resultas de la reclamación dineraria por devolución y su retroactividad, por lo que la falta de reclamación parece determinada no por intereses poco legítimos, sino razonables por esperar a tener la seguridad de que es lo que se debía reclamar en cuanto a este particular*

En realidad y en cuanto a la cosa juzgada del art 222 de la LEC lo que se pide en una y otra acción no es lo mismo: una la nulidad de la cláusula y la otra una devolución de algo indebidamente cobrado por una parte en virtud de una relación jurídica”.

y en un pleito posterior reclamar la devolución de lo pagado mediante el ejercicio de la acción de restitución”

De todos modos, en sentido contrario se pronuncian algunas sentencias, como la SAP Vizcaya, Sec. 5.ª, 302/2017, de 22 de noviembre, Recurso 283/2017 (SP/SENT/940180) que considera que si el prestatario en el anterior proceso sobre nulidad de la cláusula suelo no reclamó las cantidades abonadas por su aplicación, siendo una cuestión deducible y no deducida, existe cosa juzgada.

En similar sentido, y defendiendo un criterio que a nuestro juicio no resulta adecuado, se pronuncia la SAP de Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 497/2017, de 6 de noviembre, recurso 279/2017 (SP/SENT/929382) que considera que existe cosa juzgada en un proceso planteado para reclamar cantidades indebidamente abonadas por la cláusula suelo al haber una anterior sentencia firme que declaraba su nulidad, ya que al ser las cantidades una petición conexas y complementaria de la nulidad no cabe un proceso posterior en relación a las mismas. Sorprendentemente, la propia AP de Pontevedra, Sección 1ª, se pronuncia en sentido contrario en la sentencia 531/2017, de 10 de noviembre, recurso 625/2017 (SP/SENT/931923) en que declara que el hecho de que en el primer pleito se solicitara la nulidad de la cláusula suelo y en el presente se interese los efectos de esa declaración, es decir, la devolución de todo lo cobrado por su aplicación, no implica la existencia de cosa juzgada⁵³.

Asimismo, la SAP de Badajoz, Sec. 2.ª, 132/2020, de 14 de febrero, Recurso 597/2019 (SP/SENT/1047779) considera que existe cosa juzgada cuando en un primer proceso se solicitó la declaración de nulidad de la cláusula suelo y en un segundo la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por dicha cláusula. Según dicha resolución *“el interés en promover la acción de nulidad es meramente instrumental, esto es, existe en la medida en que es el soporte sobre el que se asienta la reclamación dineraria que constituiría el verdadero interés del litigante y la verdadera esencia del pleito. Salvo, claro está, que la idea de fondo hubiera sido fragmentar las vinculadas pretensiones con el objetivo de ganar una condena en las costas, en ambos procedimientos”*.

⁵³ SAP Pontevedra, Sec. 1.ª, 531/2017, de 10 de noviembre, Recurso 625/2017 (SP/SENT/931923): ***“... Se considera que la pretensión en diferente proceso de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula contractual que posteriormente se declara nula, ya se considere como una acción diferente e independiente como acción de condena de la previa acción declarativa de nulidad de la cláusula, ya como una pretensión complementaria ligada a la anterior por ser un efecto de la misma, no quedan comprendidas bajo las previsiones del art. 400 LEC cuando no se han ejercitado en un proceso previo de declaración de nulidad. Máxime en un supuesto como el presente en que, precisamente, el efecto devolutivo que nos ocupa ha adquirido una clara autonomía y contornos propios, justificando incluso una decisión prejudicial del TJUE, concretamente la que resuelve su sentencia de 21 de diciembre de 2016, centrada precisamente en los efectos de esa declaración de nulidad en la forma más acorde para cumplir con los dictados de la Directiva 93/13. De ahí que también la eficacia del Derecho comunitario y la Jurisprudencia que lo interpreta, especialmente en esta materia de protección de consumidores para restablecer en su derecho al afectado por una cláusula abusiva, apunta también en la interpretación restrictiva del marco de aplicación del art. 400 LEC.” ...***