

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018 (725/2018)**

**La fecha de devengo del pago de intereses
en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios**

Comentario a cargo de:
FRANCISCO REDONDO TRIGO
Profesor de Derecho civil

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Abogado de Redondo-Tassara-Klecker & Co Abogados

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2018

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

ID CENDOJ: 28079119912018100039

PONENTE: EXCMO. SR. PEDRO JOSÉ VELA TORRES

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 diciembre de 2018, razona que el efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a

dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido –en este caso–, se produjo el beneficio indebido.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. El único motivo de casación alegado. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art.1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.5.2. La aplicación analógica del artículo 1896 CC. 5.3 Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Según el FD 1º de la Sentencia 725/2018:

1. El 12 de septiembre de 2012, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), como prestamista, y D. Lucas, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó una cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos generados por el contrato.
2. El Sr. Lucas presentó una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que, en lo que ahora interesa, solicitó la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad prestamista a abonar al prestatario diversas cantidades en concepto de gastos de tasación y gestoría, más sus intereses legales desde la fecha en que el consumidor hizo tales pagos.
3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por el banco, en el único particular de determinar que el interés que debían devenegar las cantidades a abonar por el banco sería el del art. 1108 CC, desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

2. Solución dada en primera instancia

En el caso de la Sentencia 725/2018, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Oviedo dictó sentencia núm. 571/2017, de 2 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

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

“1.- Se declara la Nulidad de la cláusula 5ª, “gastos”, y de la cláusula 6ª bis a), “vencimiento anticipado del préstamo”, contenidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 12 de septiembre de 2012.

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

3. Solución dada en apelación

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

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

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

4. El único motivo de casación alegado

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

El motivo del recurso de casación por interés casacional fue:

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

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva*

La STS de 19 diciembre de 2018 para establecer su doctrina jurisprudencial, parte del análisis de que una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

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

Es decir, con acierto comienza el Tribunal Supremo desechando la aplicación del artículo 1303 del Código Civil en el presente caso en el que han de analizarse los efectos restitutorios de una cláusula como la de gastos declarada abusiva, no porque no se aplicable con carácter general la referida consecuencia restitutoria de la nulidad prevista en el artículo 1303 sino porque en el caso particular no procede su aplicación por el hecho de la limitación general de la restitución *inter partes* en la nulidad contractual.

Pero comencemos por lo general para acudir luego a lo particular, ¿resulta aplicable el régimen del artículo 1303 CC a la nulidad predicable de la cláusula abusiva? En nuestra opinión, sí.

Coincidimos con Miquel González (vid. *op.cit*) que tanto en casos de nulidad de las condiciones generales ex. art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como para los casos de la nulidad de la cláusula abusiva en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, ex. art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, nos encontramos ante una nulidad relativa, al producirse la nulidad sólo en perjuicio del adherente y que la nulidad de las cláusulas abusivas solo determina la nulidad parcial del contrato (art. 83TR-LGDCU) (2013, pág. 233).

Decantándose sin ambages por la aplicación del artículo 1.303 CC, Cañizares Laso (2016, pág. 110) para el caso de la cláusula suelo dice que declarada la nulidad de la cláusula “En efecto, consecuencia de la nulidad es la restitución de las prestaciones, de acuerdo con el art. 1303 CC. Así tras la declaración de nulidad lo que procede es la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas”.

Sin embargo, no es menos cierto que en cierto sector doctrinal se ha mantenido la inaplicación del artículo 1303 CC a la nulidad de la cláusula abusiva sobre la base de la distinción entre las categorías de ineficacia estructural e ineficacia funcional. Así, García Lomas (2014, párrafo, 10) se pronuncia al respecto: “De esta forma, la «nulidad de pleno derecho» con que sanciona el artículo 83 del TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) las cláusulas abusivas no es propiamente una ineficacia estructural, sino una ineficacia funcional. Y si entendemos esta naturaleza, podremos entender la controvertida declaración de la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 respecto de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo, ya que no podemos acudir, como hacen las sentencias críticas con esta declaración del TS, al régimen legal del artículo 1.303 del CC (LA LEY 1/1889), pues es un precepto definidor de los efectos de la nulidad estructural, que no funcional”.

No obstante, lo anterior, hemos de recordar que la pretendida ubicación de la nulidad de la cláusula abusiva dentro de la categoría de la nulidad funcional lo fue en el ámbito de determinado sector jurisprudencial para sostener la inaplicabilidad de la retroactividad que sanciona el artículo 1303 CC a los efectos restitutorios de la nulidad.

Como conocemos dicha limitación temporal fue denegada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 que declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado

con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Además, incluso las sentencias de determinadas Audiencias Provinciales que acogieron la anterior ubicación de la nulidad de la cláusula abusiva dentro de la ineficacia funcional para limitar la retroactividad del artículo 1303 CC, ni siquiera llegaron a propugnar una inaplicabilidad del mismo al supuesto, postulándose más bien por una modulación de sus efectos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), de 6 de marzo de 2014, citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª), de 31 de marzo de 2014, razona lo siguiente: *“Una cosa es que, como regla general, la nulidad del contrato o de alguna cláusula específica comporte la restitución prevista en el art. 1303 CC (LA LEY 1/1889), al haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar (lo que es nulo no produce ningún efecto), dado que ésta se queda sin causa que la justifique, y otra cosa muy distinta es que esta regla opere en todo caso y sin tener en cuenta el concreto resultado a que conduciría la vuelta atrás de la reglamentación negocial”*.

Sin embargo, en el concreto ámbito restitutorio Bello Torres y Fariña Fariña (2017, pág. 177) exponen el siguiente argumento contrario a la aplicabilidad del artículo 1303 CC a los efectos restitutorios de la nulidad en este tipo de supuestos, con el siguiente tenor: *“Dicho de otra manera, la condición de aplicación del art. 1303 CC es la nulidad del íntegro contrato. Un caso de nulidad de una cláusula contractual no reúne las condiciones de aplicación de la norma, y solo forzando la interpretación del artículo se puede sostener su aplicación”*.

No coincidimos con lo anterior, ya que si bien es cierto que el artículo 1303 CC fue ideado por el legislador para el alcance restitutorio de la nulidad del contrato de compraventa, no es menos cierto que del mismo necesariamente hemos de predicar una generalidad en su aplicación a supuestos más amplios del régimen clásico y estricto de la ineficacia contractual no sólo por su propia literalidad (*nulidad de la obligación*) sino también por el carácter de la nulidad de pleno derecho impuesta por la Ley que se impone como reacción por parte del Ordenamiento jurídico en aras de buscar la protección de la parte más débil del contrato. El mantenimiento de una opinión contraria a lo anterior, como efectúan las anteriores autoras Bello Torres y Fariña Fariña (2017, pág. 177) podría conllevar incluso a la inaplicación del artículo 1303 CC a los supuestos de nulidad parcial del contrato (diferentes a los particulares existentes con la condición general cuya nulidad se predique), no existiendo ningún argumento positivo para sostener que el régimen general restitutorio se aplique tan sólo a la nulidad total y no a la nulidad parcial del contrato.

Tampoco el argumento de estas autoras Bello Torres y Fariña Fariña (2017, pág. 178) acerca de que el artículo 1303 CC esté pensado sólo sobre la base de la reciprocidad de las prestaciones lo cual no sucede según esta opinión con el

contrato de préstamo del que trae causa la cláusula nula (gastos) puede sostenerse tras la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio de 2018 que efectivamente considera aplicable el artículo 1124 CC al contrato de préstamo razonando lo siguiente: *“Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe. En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente. El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario”*.

Por tanto, no comprendemos como tras la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio de 2018 que efectivamente considera aplicable el artículo 1124 CC al contrato de préstamo, esta Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, siga manteniendo lo siguiente: *“aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas”*. Existe por tanto una contradicción argumental al respecto entre las dos sentencias plenarias que carece por completo de explicación por nuestra parte.

Ahora bien, el hecho de que defendamos con carácter general la aplicación del artículo 1303 CC a la nulidad legal, parcial y relativa de la condición general nula, no significa que en el particular caso analizado (cláusula de gastos) estemos de acuerdo en su aplicación, ya que efectivamente hemos de atender, como con acierto, nos recuerda el TS en esta plenaria que los efectos restitutorios de la nulidad no pueden alcanzar a terceros, o sea, que no pueden darse cuando la prestación no se encuentre en poder de las partes contratantes ya que el efecto restitutorio por sí previsto en el artículo 1.303 no puede predicarse más que a las partes contractuales y no a terceros.

La extensión de los efectos de la nulidad contractual a terceros que no fueron parte del contrato nulo, es una excepción a la regla general que limita los efectos restitutorios de la nulidad a las partes del contrato nulo, prevista en el artículo 73 de la Ley Concursal, siendo otra excepción a dicha regla general del artículo 1303 del Código Civil lo previsto en el artículo 111 del Código Penal que extiende también el efecto restitutorio al tercero, salvo la irreivindicabilidad.

Limitando los efectos de la cláusula de gastos frente a terceros recordamos, la sentencia de la AP de Pontevedra, de fecha 29 de enero de 2016 (JUR 2016, 61386), que efectivamente, dice: *“... Una vez declarada la nulidad de la cláusula, con estimación de la primera de las acciones ejercitadas por la parte demandante, procede determinar cuáles son los efectos que se derivan de esta declaración ... como se dijo en la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 2015, una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual ... dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Resulta posible que en el caso concreto al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto ... que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende al buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación ... A mayor abundamiento, no es posible confundir los efectos de la nulidad de la cláusula, en tanto que expulsada del contrato, cuando la cláusula únicamente ha tenido efectos entre las propias partes, con la situación que se plantea cuando la aplicación de la cláusula no se ha limitado a los contratantes sino que afecta a terceros, en este caso, los profesionales destinatarios del pago ... en suma, la afectación de un tercero, que no ha sido parte en el procedimiento y que no ha podido alegar y probar en su defensa lo que considerara pertinente, impide hacer una aplicación acrítrica del art. 1303 del Código Civil (LEG 1889, 27) “.*

Ahora bien, ¿qué actuación tendría que observar el consumidor frente al Banco o frente al profesional que ha sido el destinatario del pago efectuado por el consumidor? La respuesta a este interrogante pasa por entender la llamada aplicación analógica que ofrece el Tribunal Supremo al problema en cuestión de lo previsto en el artículo 1896 CC.

5.2. *La aplicación analógica del artículo 1896 CC*

Afirma esta Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 sobre el particular: “*nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.*”

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

En primer lugar, discrepamos con el Tribunal Supremo en que no es que nos encontremos ante una “*situación asimilable a la del enriquecimiento injusto*”, sino que realmente nos encontramos ante un verdadero enriquecimiento injusto pero en su vertiente negativa, por lo que no debe haber ningún recurso a la analogía en esta materia, sino que la aplicación normativa de los artículos 1895 y 1896 CC entendemos que ha de ser mediante una interpretación extensiva de estas normas jurídicas (superando el tenor literal de las mismas para entender su concepción desde un punto de vista más amplio que su mera literalidad) ya que efectivamente el ahorro de costes puede observarse dentro de la regulación positiva del cobro de lo indebido en el propio artículo 1897 CC cuando prescribe la necesidad de que se restituirá “*...en cuanto por ellas se hubiese enriquecido...*”, en cuanto a la obligación de restituir la utilidad obtenida por el enriquecido.

Así, Moisset de Espanes (1979, pág 10) nos explicó el enriquecimiento negativo razonando lo siguiente: “Esta segundo variedad de enriquecimiento consiste en la no disminución del patrimonio, en los casos que debía disminuir; por esa razón la denominamos “daño cesante”. Algunos lo denominan también enriquecimiento por ahorro, o economía de gastos, porque el enriquecido se beneficia evitándose la salida de valores que tenían que egresar de su patrocinio, de manera tal que se economiza gastos. Supongamos que una persona debe realizar un desembolso, como ser el pago de la contribución

territorial de un departamento de propiedad horizontal, y se economiza dicho gasto porque uno de sus vecinos, por error ha pagado ese impuesto; también es frecuente el caso de las personas que aprovechan los servicios de otro y no los pagan; o usan de una cosa ajena, ahorrándose gastos, como hace el propietario de hacienda que pone a pastar sus animales en una heredad vecina”.

O sea, estamos ante lo que se conoce también como “*ahorro de gastos*” a los que hace referencia el *Draft Common Frame of Reference* de la siguiente forma en sede de enriquecimiento: VII.-5:103: Valor pecuniario del enriquecimiento; (2) Ahorro de gastos es la disminución de activo o el aumento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento.

Ahora bien, la ubicación del problema dentro de la doctrina del enriquecimiento injusto nos hace plantearnos al menos la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto que tradicionalmente se ha predicado de esta acción.

Tal subsidiariedad de la acción de enriquecimiento no es así en el *Draft Common Frame of Reference* que prevé la compatibilidad del ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto con otro tipo de acciones como es la restitutoria o indemnizatoria, previendo que el ejercicio de una acción disminuirá la cuantía de la otra en la parte en que coincidan, regulándose por tanto lo siguiente:

VII.-7:102: Pretensiones concurrentes

(1) Cuando la persona a cuya costa se haya obtenido el enriquecimiento tenga:

(a) una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado en virtud de lo dispuesto en este libro; y

(b) (i) una pretensión de indemnización de la desventaja sufrida (ya sea frente a la persona enriquecida o frente un tercero); o bien

(ii) una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado en virtud de otras normas de derecho privado, la satisfacción de una de estas pretensiones reducirá la otra en la misma cuantía.

(2) Lo mismo ocurre cuando una persona usa un activo de otra, a cuya costa se enriquece un tercero y, aplicando las reglas del presente libro:

(a) la persona que usa el activo debe responder ante la persona a cuya costa fue usado; y

(b) el receptor del activo debe responder ante la persona a cuya costa se enriqueció.

Pese a ello, no es menos cierto que la jurisprudencia española mantiene el requisito de la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento injusto. Así lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2007, según la cual solo cabe acudir a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en defecto de acciones específicas, como remedio residual o subsidiario, “pues si existen acciones específicas, estas son las que deben ser ejercitadas y ‘ni su fracaso ni su falta de ejercicio’ legitiman para el ejercicio de la acción de enriquecimiento, como se dice en las sentencias de 19 de febrero de 1999 o de 28 de febrero de 2003, que recogen una amplia doctrina, si bien se ha de destacar que otras sentencias sientan un criterio distinto, como la ya citada de 19 de

marzo de 1993, y las de 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1997, si bien como ha señalado la sentencia de 19 de febrero de 1999, la negación de la subsidiariedad constituye en tales decisiones un obiter dictum". Y las sentencias de 4-6-07, 30-4-07, 19-5-06, 3-1-06 y 21-10-05 mantienen igualmente el requisito de la subsidiariedad, declarando la de 2006 que solo puede acudir a la acción por enriquecimiento injusto cuando no exista una acción que concreta y específicamente se otorgue por el legislador para remedio de un hipotético enriquecimiento sin causa.

Sólo con toda claridad ha admitido el Tribunal Supremo la confluencia ante un mismo supuesto fáctico de la acción de enriquecimiento y la aquiliana del artículo 1902 CC en sus Sentencias de 12 de abril de 1955 (RJ 1955\1126), 10 de marzo de 1958 (RJ 1958\1068), 22 de diciembre de 1962 (RJ 1962\4966) y 5 de mayo de 1964 (RJ 1964\2208), aunque la Sentencia de 5 de octubre de 1985 [RJ 1985\4840] estime cuestionable la acumulación de la acción de indemnización y la de enriquecimiento, cuando razona lo siguiente: *"existiendo entre ambas acciones notables diferencias que la Jurisprudencia ha señalado con ocasión de perfilar el enriquecimiento injusto o sin causa, derivándolo del Derecho Natural según la tradición romana y la doctrina científica, en copiosas sentencias que afirman que la acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la originada por la culpa aquiliana la cual sobre requerir (lo que ahora no importa) la ilicitud de la conducta del agente del daño contrariamente al enriquecimiento para el que basta el desplazamiento patrimonial indebido que puede producirse con ignorancia y hasta con buena fe, por otra parte, supone siempre en el demandado un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la aquiliana; rigiéndose la indemnización por diferentes patrones, pues, si la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, tiene también otro límite infranqueable igualmente y que recuerda acertadamente la Audiencia para fundamentar su fallo, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa, no podrá aquél reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento; hallándose además sujetas a diferentes plazos de prescripción por estarlo la aquiliana al año del artículo 1968; siguiéndose en orden a juzgar de los motivos del recurso fundados en infracción de ley que, aun cuando los hechos se ofrezcan a una concurrencia de normas originadoras de diversas acciones que por no excluirse entre sí hubieran podido deducirse acumulativamente, sin embargo hubieran debido serlo, en esa tesis, según el orden que se juzgara más adecuado, no siendo procesalmente correcto cambiar, en la fundamentación misma más que en la alegación, el punto de vista jurídico instalado en la fase expositiva del juicio, sustituyéndolo, con trascendencia a la identificación de la acción ejercitada, por otro, con base en el cual se pide la anulación del fallo que se fundará precisamente en la parcial estimación de la demanda por sus propios fundamentos; todo ello aparte ser al menos cuestionable que las dos acciones de indemnización y de enriquecimiento injusto sean acumulables ya que la última es subsidiaria de las expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico, figurando entre éstas la aquiliana, que acaso no quiso utilizarse en el caso para evitar el efecto de la prescripción corta a que se halla sujeta."*

¿Pero existe alguna acción prioritaria a la que se debiera acudir en función de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto? A priori y en

función de lo argumentado, tenemos dos acciones en las que pensar: la acción la acción la acción indemnizatoria y la acción reivindicatoria.

En cuanto a la acción indemnizatoria, vemos como la misma nos llevaría necesariamente a la aplicación del artículo 1108 del Código Civil (ya que como regla general en las reclamaciones dinerarias la indemnización de daños y perjuicios consiste en la percepción de un interés) y a la aplicación del criterio de que el interés se devengaría desde la fecha de la reclamación extrajudicial que fue la pretensión aducida por el Banco demandado en el pleito que dio lugar a esta Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, frente al criterio establecido finalmente por esta sentencia plenaria en aplicación de lo previsto en el artículo 1896 del Código Civil, o sea, el interés debido lo es desde el momento en que se recibió el pago indebido.

La propia plenaria de 19 de diciembre de 2018 recoge también que *“la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, «por su especialidad e incompatibilidad», la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)”*.

Por tanto la subsidiariedad de la acción no puede presidir el criterio temporal del devengo de interés ya que por vía de esta preconizada subsidiariedad llegaríamos al efecto de desvirtuar el pago de lo indebido en cuanto al *dies a quo* del devengo del interés. Es decir, si el caso es calificado de enriquecimiento injusto, la especialidad normativa no puede quedar desvirtuada por la aplicación de una acción indemnizatoria que tampoco es la prevista específicamente por nuestro Derecho interno para el restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor en función del conocido principio de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, ya que la pretensión indemnizatoria no es propiamente llamada para lograr el restablecimiento del interés del consumidor, puesto que como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 *«se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas»*, o sea el art. 6.1 de la Directiva persigue un efecto restitutorio para restablecer la situación de hecho y de Derecho, lo que no se consigue mediante el otorgamiento del interés desde la reclamación extrajudicial (art. 1.108 CC) sino sólo desde que se percibió la cantidad injustamente pagada, en este caso, desde que se produjo el enriquecimiento negativo del ahorro de costes (art. 1896 CC).

Por tanto, defender la aplicación del artículo 1108 CC en detrimento del artículo 1896 CC en cuanto al *dies a quo* para el cómputo del devengo del interés debido en función de la tradicional subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto supondría a nuestro entender una clara vulneración del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en clara contradicción con la primacía del Derecho de la Unión Europea. Ello supondría la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE), y por ser

contraria al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE).

El caso de la acción reivindicatoria, también tiene problemas añadidos. Desde un punto de vista dogmático la concesión de la acción reivindicatoria en supuestos de pago de lo indebido no ha dejado de ser una cuestión bastante discutida doctrinalmente. En este sentido, Rodríguez Rosado (2004, pág. 1049) recapitula su opinión al respecto razonando que: “Desde el punto de vista textual, los artículos 1896 y 1897 responden perfectamente a la tesis del título putativo. La interpretación a la que parece abocar el inciso final del artículo 1897 es que el tercer adquirente de un *accipiens indebiti* de buena fe no va a ser alcanzado por la reivindicatoria del *solvens*. La explicación más lógica de esta irrevindabilidad es que el tercero ha adquirido de propietario, y está como tal protegido. En cambio, del artículo 1896 español se deduce que el *solvens indebiti* tiene acción contra cualquier tercero –independiente por tanto de la buena o mala fe del tercero– que sea causahabiente del *accipiens* de mala fe. El pago de lo indebido no transmite entonces la propiedad y por ello no excluye la reivindicatoria contra tercero.

Esa regulación de los artículos 1896 y 1897 encuentra pleno encaje, sin necesidad de adaptación ninguna, con la tesis del título putativo: el cobro de lo indebido de buena fe transmite la propiedad, porque el título falso o erróneo pero creído existente es suficiente para la transmisión, si bien da lugar a una acción personal que no alcanza a terceros para recuperar lo indebidamente entregado”.

O sea, si como dice el Tribunal Supremo en esa plenaria de 19 de diciembre de 2018 nos encontramos ante un caso de *accipiens* de mala fe (...ya que la calificación como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente...), ¿tendría el consumidor que interponer primero una acción reivindicatoria antes que la acción de enriquecimiento injusto para respetar con el principio jurisprudencial de subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto? El dinero, por su condición de bien fungible, sustituible, y representado en valores al portador, es a menudo un objeto sobre el cual es difícil determinar su titularidad o propiedad, más allá de la evidencia de la posesión del mismo, que conforme al art. 464 del CC si es adquirida de buena fe equivale al título; lo cual no ha de impedir en sede de principio la acción reivindicatoria del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Pero a nuestro juicio, no nos encontramos ante el mismo caso que prevé el artículo 1896 CC que por otro lado parece estar pensado para el enriquecimiento positivo y no para el enriquecimiento negativo. Es decir, si llegamos a la aplicabilidad de dicha norma jurídica mediante una interpretación extensiva de la misma, la reivindabilidad estaría pensada para que el *solvens* accionara contra el tercero que adquiere del *accipiens*, mientras que en nuestro caso, el tercero (vgr. Notario, Registrador...) no adquiere del *accipiens* (Banco) sino directamente del *solvens* a través de otra persona que actúa por su cuenta (gestoría), por lo que la restitución basada en una acción personal que no real por

parte del *solvens* (consumidor) frente al que recibe directamente el pago (en realidad, un *accipiens* en nuestro caso y no un tercero) vendría dada en todo caso por la aplicabilidad del art. 1897 CC, por lo que siendo el *accipiens* de buena fe adquiere la propiedad y frente a él sólo cabría a lo sumo la restitución del cobro de lo indebido en base a una acción personal.

Por tanto, en el caso del consumidor que genera un enriquecimiento injusto negativo (ahorro de costes) en la entidad de crédito contratante mediante una cláusula abusiva nula de reparto de gastos no goza de acción real (reivindicatoria) contra el *accipiens* sino que la acción existente del consumidor frente a la entidad de crédito es la acción personal propia del enriquecimiento negativo por ahorro de costes, de ahí que ninguna infracción de subsidiariedad pueda predicarse tampoco por la concesión de la acción del cobro de lo indebido en este supuesto. Otra concepción supondría igualmente a nuestro entender una clara vulneración del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en clara contradicción con la primacía del Derecho de la Unión Europea. Ello implicaría, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por indefensión (art. 24.1 CE), y por ser contraria al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE), puesto que se impediría el restablecimiento de la situación fáctica y jurídica entre el predisponente y adherente a lo que obliga la declaración de nulidad de la condición general de la contratación (cláusula abusiva).

5.3. *Conclusión*

En conclusión, nos parece correcto el Fallo analizado en cuanto a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto al efecto restitutorio necesario como consecuencia de la obligación de restablecimiento de la situación entre partes de la cláusula abusiva de reparto de gastos notariales a que nos lleva la aplicación de la normativa comunitaria de protección de consumidores para el necesario restablecimiento de la situación previa de hecho y de derecho existente entre las partes antes de la contratación habida. Ningún argumento a la necesaria subsidiariedad de la acción de enriquecimiento puede predicarse al no haber acción indemnizatoria ni reivindicatoria en este caso con los efectos de restablecimiento citados entre las partes en atención al mandato comunitario de restablecimiento citado.

6. **Bibliografía utilizada**

Blanco García-Lomas «La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU) » *LA LEY mercantil*, N° 3, *Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs*, Junio 2014, Editorial LA LEY.