

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
BADAJOZ**

JUAN JOSE CARRETERO GARCIA-DONCEL
Procurador de los Tribunales
NOTIFICADO: **03/04/2023**

SENTENCIA: 00042/2023

Modelo: N10250
AVDA. COLÓN N° 8, 2ª PLANTA

Teléfono: 924284238-924284241 Fax: FAX 924284275
Correo electrónico: audiencia.s2.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: MDB

N.I.G. [REDACTED]
ROLLO: [REDACTED] N (LECN) 0000877 /2021
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MERIDA
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0003245 /2018

Recurrente: [REDACTED] (ANTE BANCO POPULAR, S.A.)
Procurado: [REDACTED]
Abogado: [REDACTED]
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED] AR [REDACTED] SE CARRETERO GARCIA-DONCEL
Abogado: JUAN LUIS PÉREZ GÓMEZ-MORÁN, JUAN LUIS PÉREZ GÓMEZ-MORÁN

S E N T E N C I A N° 42/2023

Ilmos. Magistrados-Jueces Sres.:
D. LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA
D. FERNANDO PAUMARD COLLADO (PONENTE)
D. JUAN MANUEL CABRERA LOPEZ

En BADAJOZ, a veinticinco de enero de dos mil veintitrés.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de BADAJOZ, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0003245 /2018, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MERIDA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000877 /2021, en los que aparece como **parte apelante, BANCO SANTANDER, S.A. (ANTES BANCO POPULAR,** r el Procurador de los tri [REDACTED], asistido por la Ab [REDACTED], e apelada, D. [REDACTED], representado [REDACTED]. JOSE CARRETERO GARCIA-DONCEL, asistidos por el Abogado D. JUAN LUIS PÉREZ GÓMEZ-MORÁN, siendo el **Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO PAUMARD COLLADO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MERIDA, se dictó sentencia con fecha cinco de abril de dos mil veintiuno, en el procedimiento ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0003245 /2018, del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

"FALLO

Que **ESTIMANDO** la que principió los presentes autos, debo declarar y **declaro la nulidad** por abusiva de la cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes y que obra en los autos como documento 1 de la demanda, relativa a los gastos a cargo de la parte prestataria, en virtud de la cual se atribuye a la parte actora el pago de los aranceles de Notario y Registro de la Propiedad de forma no negociada, así como también el pago de los honorarios de gestión; **condeno a la entidad demandada** a reintegrar a los actores la cantidad resultante de aplicar los criterios de pago fijados en el cuerpo de la presente sobre las facturas obrantes en autos de modo tal que:

- . Gastos de notaría: escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo, por mitad, escritura de cancelación de la hipoteca, pago por el prestatario; copias, por quien las solicitó.

- . Gastos de gestoría: por el prestamista.

Esas cantidades devengarán los intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos.

Todo lo anterior, con imposición de costas a la parte demandada."

que ha sido recurrido por BANCO SANTANDER, S.A. (ANTES BANCO POPULAR, S.A.).

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación

interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, se señaló la audiencia del día dieciocho de enero de dos mil veintitrés, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Banco Apelante -"Banco Santander, S.A."- pide la revocación de la sentencia de instancia al considerar que la acción deducida por el demandante estaba prescrita, al haber transcurrido el plazo de 15 años del Art. 1964 Cc., pues la escritura de préstamo hipotecario es de 8 de mayo de 2002 y la prescripción afecta a la acción de reclamación de cantidades, aunque ciertamente no afecte a la acción de nulidad de condición general de la contratación.

SEGUNDO.- De nuevo se plantea ante esta Sala el problema de la prescripción de la acción de reclamación de cantidades abonadas en virtud de la cláusula de gastos contenida en una escritura de préstamo hipotecario concertado con un consumidor y del plazo de cómputo de la misma y determinación del "dies aquo".

Y de nuevo nos tenemos que remitir a lo que ya hemos dicho en reiteradas ocasiones precedentes.

Así, en nuestra Sentencia nº 862/2021, de 10 de noviembre, dictada en el R.A. nº 680/2020, en su **fundamento derecho 1º decíamos:**

"PRIMERO. Primer motivo del recurso: prescripción de la acción.

"DEUSTCHE BANK, SA" pide la revocación parcial de la sentencia de instancia. Opone la prescripción en cuanto a la restitución de las cantidades derivadas de la cláusula de gastos.

En primer lugar, cree necesario distinguir entre la acción de nulidad y la acción de restitución de las cantidades. Habla de retraso desleal en el ejercicio del

derecho y de comportamiento incoherente y completamente contradictorio. No alcanza a entender "DEUSTCHE BANK, SA" por qué ha tardado la parte actora más de 15 años, desde la suscripción del préstamo, en interponer la demanda de nulidad, sin que haya justificado este retraso en el ejercicio de dicha acción. Considera que la fijación del *dies a quo* en el día en que se declara la nulidad no es ajustada a derecho. Recuerda que el art. 1969 CC establece que el *dies a quo* para la prescripción extintiva de toda clase de acciones, se cuenta desde el día en que el derecho pudo ejercitarse.

Don... responde que la acción de nulidad es imprescriptible y que la prescripción de la acción de restitución del art. 1964 CC solo comienza a correr tras la nulidad.

El recurso debe rechazarse.

Aunque esta Audiencia Provincial no ha seguido siempre un criterio uniforme, en la medida en que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, entendemos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible (artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Así lo tiene dicho el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias 178/2013, de 25 de marzo; de 19 de noviembre de 2015 y de 6 de octubre de 2016).

Pero cosa distinta son las consecuencias o efectos de la nulidad. La acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que, en principio, ni siquiera precisaría de un pronunciamiento judicial. Por eso es

imprescriptible. Por el contrario, todas las pretensiones de condena se ven afectadas por la prescripción. Sí, conforme a los artículos 1930 y 1961 del Código Civil, las acciones prescriben cualquiera que sea su naturaleza, por el paso del tiempo fijado en la ley. Este distinto tratamiento es por las diferentes circunstancias que rodean a las acciones de nulidad, por un lado, y a las restitutorias, por otro. El negocio jurídico inexistente o el acto nulo de pleno derecho se puede hacer valer en cualquier momento, de modo que no emergen ni se convalidan por el mero transcurso del tiempo. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, razones de seguridad jurídica y de presunción de abandono avalan que la acción para hacer desaparecer esos efectos tenga un plazo. Así lo tiene dicho del Tribunal Supremo desde su lejana sentencia de 27 de febrero de 1964. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción restitutoria, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013 se inclina por aplicar el artículo 1964 del Código Civil -si bien para un supuesto de nulidad absoluta por simulación-.

Por otra parte, el instituto jurídico de la prescripción no es incompatible con el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), que reconoció la retroactividad total en los supuestos de cláusula suelo, admitió a la par que es compatible con la normativa comunitaria el establecimiento de plazos razonables de prescripción. Y es que la protección del consumidor no es absoluta.

En consecuencia, debe aplicarse el artículo 1964 del Código Civil, toda vez que el Código del Consumidor (texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) no establece un plazo especial de prescripción para las acciones individuales.

Por lo demás, en cuanto al cómputo del plazo, decir que empieza a correr desde el momento en que la acción pudo ser ejercitada (artículo 1969 del Código Civil). Y aquí es donde empiezan los problemas.

Recientemente, en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos considerado que el comienzo de la prescripción debe hacerse coincidir no con la fecha de los cobros indebidos, sino con el momento en que el consumidor tiene cabal conocimiento del carácter abusivo de la cláusula.

Respecto de los gastos de hipoteca, habíamos venido entendiendo que el plazo de prescripción se regía por el artículo 1964 del Código Civil y comenzaba a correr desde la fecha de los pagos de los gastos de notaría, registro, gestoría, etcétera. Sin embargo, tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, la Audiencia Provincial ha decidido cambiar su criterio, pues, al tiempo de esos pagos, los clientes no tenían noticia del carácter abusivo de la cláusula de gastos. El comienzo de la prescripción se ha hecho coincidir con el 23 de enero de 2019, fecha en la que el Tribunal Supremo dictó cinco sentencias dejando claro que es abusiva toda cláusula contractual inserta en un contrato de préstamo hipotecario concertado con un consumidor, en la que se imputen al prestatario de manera

genérica e indiscriminada todos los gastos derivados de una escritura pública de préstamo hipotecario. Desde tal fecha es razonable entender que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no pueda desconocer que una cláusula igual inserta en su contrato de préstamo sea abusiva (véase nuestra sentencia 724/2020, de 8 de octubre).

Y en cuanto a la cláusula suelo, hemos seguido un criterio similar. En principio, la prescripción corre desde el momento en que el consumidor fue consciente del carácter abusivo de la cláusula. Acontecimiento que podría darse a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, momento en el que de forma pública se tuvo general conocimiento de la abusividad de las cláusulas suelo.

Este criterio es, por otra parte, acorde con la sentencia del TJUE de 22 de abril de 2021, en el asunto C-485/19, que da respuesta a la cuestión que plantea el Tribunal Regional de Prešov, Eslovaquia, en el procedimiento entre LH y Profi Credit Slovakia s.r.o.

En dicha resolución, se abunda en que las acciones ejercitadas por los consumidores para hacer valer los derechos que les reconoce el Derecho de la Unión pueden estar sujetas a prescripción. Sí, la prescripción no es contraria al principio de efectividad, siempre que su aplicación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos. Recuerda que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la

seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión.

Ahora bien, el TJUE repara mucho en el momento de inicio del cómputo fijado para el plazo de prescripción, pues existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no invoque, durante el plazo impuesto, los derechos que le confiere el Derecho de la Unión, lo cual le impediría hacer valer sus derechos. Y dice concretamente esto: *<<Situación que ocurre cuando la prescripción tiene lugar aun cuando el consumidor no pueda apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión>>*.

En la misma línea, debemos citar la reciente sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19 contra "BNP Paribas Persopnal Finace, SA". En ella se declara que es contraria a la Directiva 93/13/CEE una normativa nacional cuyo plazo de prescripción empieza a correr al tiempo del contrato, momento en que el consumidor podía ignorar sus derechos. El plazo de prescripción no puede expirar antes de que el propio consumidor tenga conocimiento del carácter abusivo de una cláusula. Se violaría entonces el principio de efectividad."

Es decir, el comienzo de la prescripción no se puede hacer coincidir con la fecha de los pagos, salvo que, para entonces, el cliente tuviera pleno y cabal conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos. Como no es el supuesto, a la vista de la doctrina del TJUE, aquí no hay prescripción posible. Por lo demás, conocemos la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, pero entendemos que la doctrina fijada por el TJUE es ya lo suficientemente

clarificadora como para que se nos presenten dudas sobre la decisión a tomar.

Igualmente, podemos citar nuestra Sentencia nº 796/2021, de 19 de octubre, dictada en el R.A. nº 562/2020, en cuyos **fundamentos de derecho 2º y 3º decíamos:**

"SEGUNDO.- El recurso no prospera por cuanto existen ya varios pronunciamientos de T.J.U.E. que descartan que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula de gastos hipotecarios, sea el día de la celebración del contrato, ni la fecha en la que se hicieron los pagos indebidos (que es, precisamente, la tesis mantenida por el Banco hoy apelante), por ello, según la más reciente jurisprudencia y doctrina, sólo quedan dos opciones: 1ª) que ese día inicial fuese el de la Sentencia que declara la nulidad de la cláusula de repercusión de gastos, Ciertamente que esta postura puede ser contraria al principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del Derecho de la Unión Europea, porque, en la práctica convierte la acción en imprescriptible al hacer depender el comienzo del plazo de prescripción de la propia Sentencia que declare la nulidad de la cláusula (acción esta de nulidad que, per se, es imprescriptible.

2º) que el día inicial fuese la fecha de las Sentencia, del Pleno de la Sala 1ª del T.S. que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (Sentencia nº 44, 46, 47, 48 y 49, todas ellas del 23 de enero de 2019) o la fecha de las Sentencias del T.J.U.E. que declararon que la acción de restitución podría estar sujeta a un plazo de prescripción (Sentencia de 9/7/2020 Asunto Raiffeisen Bank, S.A.; y de 16/7/2020, Asunto Caixabank, S.A."). Este criterio puede, en efecto, plantear el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, puede ser como cedor de la jurisprudencia del T.S., o del T.J.U.E., en la materia. Aunque, en este supuesto, el profesional con el que se asesorara el consumidor, sí debía ser conocedor y consciente de esas últimas tendencia jurisprudenciales.

TERCERO.- Por razones de congruencia con la doctrina que esta misma Sección ha venido observando en resoluciones procedentes, en las que se planteaba el mismo problema, consideramos que no cabe hablar de prescripción

de la acción de restitución, porque cuando se interpone la demanda, 28/11/2017, aún no había transcurrido el plazo de esa prescripción de acción personal, porque como día inicial debe entenderse el de las conocidas Sentencias de la Sala 1ª antes mencionadas, de las que se hicieron eco la generalidad de los medios de comunicación de este país pudiendo llegar su conocimiento a cualquier consumidor medianamente perspicaz e informado."

TERCERO.- El recurso, pues, debe desestimarse porque, si la demanda se presentó el 21/9/2018, comunicando el "dies a quo" en la fecha del 23/1/2019, obvio resulta que no estaba prescrita la acción de reclamación de cantidad; debiendo por tal razón imponerse las costas del recurso al apelante (Art. 398.1 de la L.E.C.).

Vistos los artículos citados y los de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, **desestimando como desestimamos**, el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de "Banco Santander, S.A." contra la Sentencia nº 1533/2021, de 5 de abril, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº 2 Bis de Mérida, en el Procedimiento Ordinario de Contratación Nº 3245/2018, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente** dicha resolución, con imposición de costas al apelante.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad e XXXXXXXXXX DER, en la cuenta de este expediente XXXXXXXXXX



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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.