



Roj: **SAP A 2486/2020** - ECLI: **ES:APA:2020:2486**

Id Cendoj: **03014370082020100945**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **23/11/2020**

Nº de Recurso: **1586/2019**

Nº de Resolución: **1256/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ANTONIO SOLER PASCUAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCIÓN OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA Nº 1586 (CL-1531) 19

PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 1025/18

JUZGADO Primera instancia num. 5 bis Alicante

SENTENCIA NÚM. 1256/20

Il'tmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a veintitrés de noviembre de dos mil veinte

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de cláusula contractual condición general de la contratación y reclamación de cantidad, seguido en instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco bis de los de Alicante con el número 1025/18, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la demandada, la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano y dirigida por el Letrado D^a. Patricia Navarro Montes; y como parte apelada la demandante, D^a. Celestina, representado en este Tribunal por el Procurador D^a. María José Soto Soler y dirigida por el Letrado D^a. Celia Carbonell Ferrández, que ha presentado escrito de oposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 1025/2018 del Juzgado de Primera Instancia número cinco bis de los de Alicante, se dictó Sentencia de fecha 2 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sra. Soto Soler, en nombre y representación de D^{ña}. Celestina, frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., y, en consecuencia:*

1. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -INTERESES DE DEMORA- de la escritura de préstamo hipotecario de 4/7/1996; y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO, sin restitución económica.

2. DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de - COMISIÓN POR AMORTIZACIÓN (en escritura de 4/7/1996), COMISIÓN POR SUBROGACIÓN (en escritura de 4/7/1996 y 24/5/2006) y COMISIÓN POR NOVACIÓN

MODIFICATIVA (en escritura de 24/5/2006)- y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO, sin restitución económica.

3. *DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula -COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS a razón de 30 euros por recibo impagado- de la escritura de préstamo hipotecario de 24/5/2006; y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO, sin restitución económica.*

4. *DECLARO LA ABUSIVIDAD de la Cláusula de -GASTOS- a cargo del prestatario de la escritura suscrita por las partes de préstamo hipotecario de 4/7/1996 y 24/5/2006, y consiguientemente, su NULIDAD Y SUPRESIÓN DEL CONTRATO. Y CONDENO A BBVA S.A. al abono a la parte actora de 903,74 Euros que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referidas escrituras, en la proporción indicada, con intereses desde la fecha de cada cobro. Esta cantidad determinará en favor del acreedor el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el dictado de la presente resolución.*

5. *No ha lugar a la declaración de improcedencia de una retención por importe de 223,90 euros solicitada en demanda, y consecuentemente se desestima la petición de restitución de intereses legales generados.*

6. *Se mantiene la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución*

7. *Sin pronunciamiento condenatorio en materia de costas procesales en la instancia."*

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte referenciada. Seguidamente, tras el traslado y formulación de la oposición al recurso se emplazaron a las partes y se elevaron los autos a este Tribunal en fecha 7 de noviembre de 2019 donde fue formado el Rollo número 1586/CL-1531/19, en el que se acordó su suspensión hasta resolución del TJUE. Resuelta, se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 17 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Declara la Sentencia de instancia la nulidad, por abusivas, entre otras, las cláusulas de gastos contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario de fechas 4 de julio de 1996 y de 25 de mayo de 2006, condenando al BBVA a la restitución de 903,74 Euros que indebidamente fueron abonados por la parte demandante con ocasión de la cláusula -gastos- incluida en referidas escrituras.

Crítico con la restitución de los gastos de la escritura de 1996, alega la demandada la prescripción de las acciones resarcitorias por las razones que de manera amplia sustenta en la jurisprudencia que cita.

SEGUNDO.- El Tribunal, vista la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, entiende necesario modificar su criterio en materia de prescripción y, en particular, sobre la determinación del momento de inicio del cómputo del plazo pues, como se verá, se opta por abandonar la tesis inicial que atendía a la declaración de nulidad por las razones que se dirán a continuación.

Para el análisis de la cuestión que se nos formula debemos partir de la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 que reconoce como compatible con el derecho de la Unión la consideración de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas por el prestatario como acción autónoma y distinta de la declarativa de nulidad.

Dice al respecto la Sentencia en su apartado 84 que "*De lo anterior se sigue 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.*".

Admite por tanto la dualidad de acciones y, tanto más, que cada acción puede estar sometida a un plazo o considerarla imprescriptible no exigiendo, en suma, uniformidad en cuanto a la viabilidad temporal de la acción.

En el caso del derecho español esa dualidad se produce pues no hay duda que siendo la acción declarativa de nulidad promotora de un caso de nulidad de pleno Derecho o nulidad radical de la cláusula litigiosa según los artículos 8.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se trata de una acción imprescriptible, no obstante lo cual la acción de condena a la restitución de los gastos indebidamente abonados que sí está sometida a

un plazo de prescripción, siendo casi unánime la posición relativa a que dicha acción está sometida al plazo general de las acciones personales previsto en el artículo 1.964.2 del Código civil que si bien era inicialmente de quince años, se ha reducido por la Ley 42/2015, a cinco años *"desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación"*, con la previsión -DT 5ª- de que si la acción de restitución se considera nacida antes del 7 de octubre de 2015 (día siguiente al de la publicación en BOE y que fija la entrada en vigor de la Ley 42/2015) porque antes de esa fecha podía exigirse el cumplimiento de la obligación, se ha de aplicar el plazo de prescripción de quince años si bien con el límite de prescripción a los cinco años de la entrada en vigor de la Ley 42/2015.

También sobre la duración de cinco años del plazo de prescripción se pronuncia el TJUE, no formulando ninguna objeción al considerarlo conforme con el principio de efectividad: *" 87. Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08 , EU:C:2010:193 , apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10 , EU:C:2011:844 , apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13."*

Pero si no hay ya problema sobre la autonomía de la acción de restitución de lo indebidamente abonado por efecto de una cláusula contractual abusiva ni sobre el plazo aplicable, sí es notoriamente controvertido el momento de inicio del cómputo del plazo, del dies a quo.

Al respecto de este tema dice el TJUE que *" Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre 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."*

Es necesario por tanto, establecer una regla que sea compatible con dicha doctrina. Y para su análisis debemos partir en primer lugar del artículo 1.969 CC conforme al cual *" El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse."*, precepto que acoge el principio de la *actio nata* conforme al cual no comienza a correr el plazo de prescripción mientras la acción no nace, lo que ocurre cuando puede ser ejercitada y, no, antes.

La jurisprudencia -entre otras, la STS número 350/2020, de 24 de junio-, al interpretar este precepto, declara: *" Alude al principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y sostiene, con referencia a la sentencia núm. 544/2015 , que "El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio actio nondum nata praescribitur [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTs de 27 de febrero de 2004 ; 24 de mayo de 2010 ; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar."*

Es preciso por ello determinar el momento en el que concurren los elementos fácticos y jurídicos idóneos para que el prestatario pueda ejercitar válidamente su acción de condena.

Sobre el tema se han propuesto varias tesis. La declaración judicial de la nulidad de la cláusula en cuestión (tesis que ha mantenido este Tribunal), la extinción del contrato de préstamo por su cancelación, por la publicidad de las SSTs que reconocen al prestatario la acción de condena a la restitución de los gastos abonados indebidamente o, directamente, por el conocimiento personal por el prestatario consumidor del carácter abusivo de la cláusula de gastos.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ninguna de estas tesis satisface la respuesta a la cuestión conforme a lo decidido por el TJUE, bien porque unas - como la relativa a la declaración de nulidad- harían prácticamente imprescriptible la acción y otras porque subjetivan la acción, contrariando la naturaleza de la *actio nata* al tiempo de generar un auténtico panorama de inseguridad jurídica para el operador jurídico.

Es cierto que la STJUE *ut supra*, en su apartado 91 dice que *" la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula , puede hacer*



excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.", pero, como ya hemos indicado al ilustrar la interpretación jurisprudencial del art. 1969 CC, el ejercicio de una acción solo puede estar subordinada a circunstancias objetivas y no a circunstancias subjetivas sobre las condiciones materiales del titular del derecho u otras circunstancias puramente personales del mismo susceptibles de entorpecer su protección jurídica pues hacer depender exclusivamente del conocimiento individual de cada uno de los prestatarios sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos y de la posibilidad de exigir la restitución de los pagos indebidos sería contrario al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) porque, de un lado, ante préstamos otorgados en la misma fecha, con una cláusula de gastos idéntica y con una coincidente fecha de pago de los gastos, el plazo de prescripción de la acción cambiaría en función de la fecha que se atribuyera al conocimiento adquirido por cada uno de los prestatarios-consumidores, además de que sería imposible contrastar de forma objetiva el momento concreto de la adquisición del conocimiento por ese prestatario-consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula porque dependería de su exclusiva voluntad, lo que a su vez vulneraría el artículo 1.256 CC.

Es por todo ello que desde nuestro punto de vista, el único criterio que aúna adecuadamente los criterios de seguridad jurídica, conocimiento objetivo de hechos y de derecho y se adecúa a la naturaleza prescriptiva de la acción por un plazo que en absoluto hace *" imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13"*, es el pago por el prestatario de los gastos indebidos.

En efecto, consideramos que este es el *dies a quo* del plazo de prescripción si atendemos a la naturaleza de la acción ejercitada que, repetimos, tiene por objeto la condena de la entidad prestamista a restituir la totalidad o parte de los gastos que el prestatario indebidamente abonó a un tercero (Notario, Registro de la Propiedad y Gestoría) en el momento de la formalización del préstamo cuando era la entidad prestamista a quien correspondía su pago. Y es que, como se recordará, la STS de 19 de diciembre de 2018 fundamenta el derecho a la restitución de los gastos indebidamente abonados por el prestatario-consumidor a un tercero en virtud de una cláusula abusiva en el principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa y en el pago de lo indebido: *" Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función 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.

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

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

Es por ello que cabe entender que los elementos fácticos y jurídicos que posibilitan el ejercicio de la acción por parte del prestatario-consumidor ya concurren en el momento del pago indebido por parte del prestatario que lleva consigo su empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento de la entidad financiera que se ha ahorrado el pago de los gastos que solo a ella correspondían, no exigiéndose ningún elemento adicional para el ejercicio de la acción ni tampoco el transcurso de ningún plazo, sin olvidar que la cobertura legal para el ejercicio de la acción ya existía desde la entrada en vigor de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que es coherente con el pronunciamiento también contenido en la STS de 19 de diciembre de 2018 que condena a la entidad prestamista al pago de los intereses legales desde la fecha del pago indebido o desde que se produjo el beneficio indebido porque *" De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros"*, añadiendo que *" para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC , puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya*

de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo , declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).".

Y es que si la entidad financiera es condenada al pago de los intereses legales desde el momento del pago indebido porque impuso una cláusula abusiva al prestatario hasta el punto de equipararlo a una conducta incurrida en mala fe, parece razonable entender que idéntico momento habrá que fijar como inicio del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de lo indebidamente abonado por el prestatario-consumidor que está basada también en el carácter abusivo de la cláusula de gastos.

Por lo demás, la jurisprudencia (STS 20 de abril de 1993) mantiene que la acción de enriquecimiento injusto está sometida al plazo general de prescripción de las acciones personales previsto en el artículo 1.964 CC porque "*restituir lo indebidamente entregado, cuyo plazo de prescripción, por no tener señalado término especial, es conforme al art. 1.694 del Código el de quince años*".

La consecuencia de la doctrina expuesta no es otra, en el caso, que la de estimar el recurso de apelación al estar prescrita la acción de restitución de los aranceles notariales y registrados reclamados de la escritura de 1996 pues, como consta en los documentos aportados para su acreditación por los demandantes -doc nº 3 y 4 demanda-, los mismos fueron abonados en tal año, siendo así que la reclamación tiene lugar el día 17 de marzo de 2017, es decir, ya transcurrido el plazo de 15 años desde el pago.

TERCERO.- En cuanto a las costas procesales de esta alzada, no cabe hacer expresa imposición de las costas procesales a parte alguna al haberse estimado el recurso de apelación - art 398.2 LEC-.

CUARTO.- Habiéndose estimado el recurso de apelación, procede acordar la devolución a dicha parte del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Décimoquinta nº 8 LOPJ-.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación entablado por la demandada, la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D^a. Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano, contra la Sentencia de fecha 2 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco bis de los de Alicante, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y en su virtud se declara prescrita la acción restitutoria del importe reclamado por aranceles notariales y registrados abonados de la escritura de 4 de julio de 1996, desestimando en consecuencia la pretensión económica de la parte demandante, confirmando el resto de pronunciamientos; y sin expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Se acuerda la devolución al apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-