



Roj: **SAP B 7927/2020** - ECLI: **ES:APB:2020:7927**

Id Cendoj: **08019370152020101665**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **10/09/2020**

Nº de Recurso: **265/2020**

Nº de Resolución: **1828/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BERTA PELLICER ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801942120178094268

Recurso de apelación 265/2020-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 4818/2017

Parte recurrente/Solicitante: BBVA, S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: David Viladecans Jiménez

Parte recurrida: Andrés , Amanda

Procurador/a: Pol Sans Ramirez

Abogado/a: Gemma Planes Pinyol

Cuestiones: Condiciones generales de la contratación. Cláusula de imputación de gastos al prestatario. Prescripción de la acción resarcitoria. Costas de la instancia.

SENTENCIA núm. 1828/2020

Composición del tribunal:

BERTA PELLICER ORTIZ

MARTA CERVERA MARTÍNEZ

NURIA BARCONES AGUSTÍN

Barcelona, a diez de septiembre de dos mil veinte.

Parte apelante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Parte apelada: Andrés y Amanda .

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 5 de septiembre de 2019.



Parte demandante: Andrés y Amanda .

Parte demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO:

" Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por Andrés y Amanda , representados/as por el Procurador/a de los Tribunales Pol Sans Ramírez frente a la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.** , representada por el/la Procurador/a de los Tribunales Ignacio López Chocarro, sobre declaración de nulidad contractual por cláusulas abusivas y reclamación de cantidad:

1) Declaro la **NULIDAD POR ABUSIVA** de la cláusula referida a **GASTOS** contenida en **la escritura de préstamo hipotecario que vincula a las partes de fecha 21 de diciembre de 2006 y escritura de novación suscrita entre las partes en fecha 17 de marzo de 2009 en lo relativo a los gastos de notario, registro y gestoría** . Y en consecuencia, **CONDENO** a la demandada a abonar a la actora la cantidad de **1.391,86.- EUROS** así como a los intereses legales devengados desde el momento en el que se efectuó su pago, y los intereses del art. 576 de la LEC desde el dictado de esta sentencia.

2) Declaro la **NULIDAD DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL SOBRE INTERESES DE DEMORA**, contenida en **la escritura de préstamo hipotecario que vincula a las partes de fecha 21 de diciembre de 2006 y escritura de novación suscrita entre las partes en fecha 17 de marzo de 2009** y en virtud de dicha declaración, se tienen por no puestas las cláusulas de intereses de demora de conformidad con los efectos inherentes a la declaración de nulidad. Declarada la nulidad del interés moratorio, se devengará únicamente el interés remuneratorio pactado .

3) Declaro la **NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO**, que limita el "TIPO DE INTERES VARIABLE", contenida en la escritura de novación del préstamo hipotecario que vincula a las partes suscrito en fecha **17 de marzo de 2009** con todos los efectos inherentes a tal declaración.

Y en consecuencia **CONDENO a la demandada** a eliminar la citada cláusula de la escritura de préstamo hipotecario y a la **DEVOLUCIÓN de las cantidades percibidas** en exceso en aplicación de la referida cláusula de limitación del tipo de interés variable resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre las cuotas abonadas en aplicación de dicha cláusula suelo y las que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previsto en la escritura de préstamo hipotecario, cuya determinación efectiva deberá producirse en fase de ejecución, debiendo asimismo abonar el interés legal de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de cada cobro y los del art. 576 LEC desde el dictado de esta sentencia.

4) Líbrese mandamiento al titular del **REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN** para la inscripción de la Sentencia una vez alcance firmeza, en relación a la nulidad y no incorporación de las condiciones generales contenida en el préstamo que vincula a las partes suscrito **en fecha 28 de diciembre de 2006 ante el/la Notario/a D/Dª. José Blanco Losada bajo el número 5.073 de su protocolo y escritura de novación del anterior suscrita entre las partes en fecha 17 de marzo de 2009 ante el/la Notario/a D/Dª. José Blanco Losada bajo el número 322 de su protocolo.**

5) Tengo a la actora por desistida respecto de las cantidades reclamadas en concepto de impuesto de actos jurídicos documentados, gastos de tasación y mitad de gastos de notaría y gestoría.

6) Se imponen las costas del presente procedimiento a la parte demandada "

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose al recurso y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 28 de julio de 2020.

Ponente: Berta Pellicer Ortiz.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. Los demandantes interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA). Concretamente, e **l presente procedimiento trae causa del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre la parte actora y la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA** , en la actualidad **BBVA SA** en fecha 28 de diciembre de 2006 ante el/la Notario/a D/Dª. José Blanco Losada bajo el número



5.073 de su protocolo y escritura de novación del anterior suscrita entre las partes en fecha 17 de marzo de 2009 ante el/la Notario/a D/D^a. José Blanco Losada bajo el número 322 de su protocolo.

La parte actora ejercita acción de nulidad de **la cláusula financiera limitativa del tipo de interés (cláusula suelo) contenida en la segunda de las escrituras , y cláusulas relativas a los intereses de demora y al abono por la actora de ciertos gastos y tributos contenidas en ambas escrituras , con fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, y acción de devolución de cantidades ligadas a la anterior, interesando la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las referidas cláusulas con los intereses desde su cobro.**

Por la actora, se desistió de la reclamación en cuanto al **impuesto de actos jurídicos documentados, del importe de tasación del inmueble y de la mitad de los gastos de notaría y de gestoría.**

2. BBVA se opuso conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado estimó la demanda, en los términos del fallo que se ha reproducido. Impuso, además, las costas a la parte demandada.

4. Recurre en apelación BBVA. En su escrito considera que habrían prescrito las acciones resarcitorias vinculadas a la reclamación de la actora y, en consecuencia, apelaba igualmente el pronunciamiento en costas en la instancia, si bien limita el motivo de oposición a la escritura de constitución del préstamo hipotecario de fecha de 28 de diciembre de 2006.

5. Los demandantes se opusieron al recurso.

SEGUNDO. De la prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución.

1. El banco recurrente insiste en la excepción de prescripción de la acción de devolución de gastos por el transcurso de diez años desde que se abonaron los gastos en las condiciones pactadas en la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha de **28 de diciembre de 2006**, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 121-20 del Código Civil de Catalunya.

2. Sobre la cuestión controvertida nos pronunciamos en nuestra Sentencia de 25 de julio de 2018 (Rollo 1007/2018), cuyos fundamentos hemos reiterado en Sentencias posteriores. Reproduciremos a continuación, de forma resumida, los argumentos esgrimidos en aquella Sentencia y valoraremos luego en qué medida incide en nuestras conclusiones la reciente Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020.

3. El punto de partida es el artículo 1930.2º del Código Civil, por el que los derechos y las acciones "*de cualquier clase que sean*" se extinguen por la prescripción. La prescripción extintiva, aunque afecta a la acción, se traslada al derecho subjetivo tutelado por esta, que también puede verse extinguido por la inacción judicial del titular. El fundamento de la prescripción es doble: desde un punto de vista objetivo, se vincula con la necesidad de dar seguridad jurídica y certidumbre a las relaciones jurídicas (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981 y 30 de noviembre de 2000) y, desde una perspectiva subjetiva, se alude a la presunción de abandono del derecho o a la dejación en su ejercicio por parte del titular (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 y 6 de mayo de 2009).

4. Por tanto, la prescripción es la regla y alcanza a todas las acciones, salvo aquellas que el propio Código Civil u otras Leyes declaran imprescriptibles, como ocurre con las acciones de filiación (artículos 132 y 133 del Código Civil), la de división de la cosa común (artículo 400 del código civil), la acción de partición de herencia, la acción de deslinde y amojonamiento (artículo 1965 del Código Civil), la acción de nulidad absoluta de la marca registrada (artículo 51.2º de la Ley de Marcas) o las pretensiones no prescriptibles del artículo 121-2 del CCat. Que la prescripción sea la regla general no es contradictorio con la obligación de interpretar restrictivamente dicha institución, según jurisprudencia reiterada, por no estar basada en principios de estricta justicia (Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 o 24 de mayo de 2010, entre otras muchas).

5. La jurisprudencia también ha proclamado de forma reiterada que la nulidad absoluta o radical de los contratos por inexistencia de causa o por no concurrir alguno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil no es susceptible de sanación y, en consecuencia, que la acción es imprescriptible (Sentencias de 18 de octubre de 2005 o 22 de febrero de 2007). Esa doctrina se ha sentado fundamentalmente para distinguir la acción de nulidad de los contratos por falta de alguno de los presupuestos del artículo 1261 de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, que está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Cc. Y, aun cuando doctrinalmente se haya discutido, la misma imprescriptibilidad de la acción alcanza también a otros supuestos de nulidad absoluta, como ocurre con los actos contrarios a la Ley (artículo 6.3º del Código Civil).



6. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación sólo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (artículo 19.1º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (artículo 19.4º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o de nulidad (artículo 8). Ello no obstante entendemos que la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa.

7. Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido. Ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde sólo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando éstos son una consecuencia directa y necesaria de aquélla. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos *ex tunc* (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad.

8. Sin embargo toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo) y la más moderna, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo. Se dice que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisaría de un pronunciamiento judicial, salvo para deshacer una cierta apariencia negocial o vencer la resistencia de quien sostiene la validez. Por eso la acción declarativa es imprescriptible (el artículo 121-2 del CCat declara imprescriptibles todas las acciones meramente declarativas). Por el contrario, a todas las pretensiones de condena les alcanza la regla de la prescripción de las acciones "*cualquiera que sea su naturaleza*" por el mero lapso de tiempo fijado por la ley (artículos 1930 y 1961 del Código Civil). La razón última de esa distinción también se encuentra en el fundamento de la prescripción de las acciones, que no concurre en la acción de nulidad y sí en la acción restitutoria o de remoción. Que el negocio jurídico es inexistente o que el acto es nulo de pleno derecho se debe poder hacer valer en cualquier momento, pues el negocio jurídico inexistente no emerge o el acto nulo no se convalida por el mero transcurso del tiempo. De ahí que la nulidad se pueda oponer vía excepción o se pueda pretender mediante la correspondiente acción en todo momento y sin sujeción a plazo de prescripción. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción.

9. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 se pronunció en ese sentido, descartando que las acciones restitutorias de actos o contratos nulos sean imprescriptibles. Por el contrario, la más reciente Sentencia de 25 de marzo de 2013 (ECLI ES:TS:2013:2456), en un supuesto de nulidad absoluta por simulación -no de nulidad por infracción de norma imperativa-, parece mantener un criterio distinto.

10. Pues bien, aun cuando la cuestión suscita serias dudas de derecho, estimamos que, efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula que desplaza al consumidor todos los gastos de la escritura puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo. No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido.

11. No estimamos que estemos ante una única acción de nulidad imprescriptible y que no podamos distinguir, como hace de forma casi unánime la doctrina, entre la acción declarativa de nulidad y la acción de remoción de los efectos. Frecuentemente ambas acciones se han ejercitado de forma separada. De hecho, este Tribunal, hasta la referida Sentencia de 25 de julio de 2018, sólo había tenido ocasión de pronunciarse sobre acciones meramente declarativas de nulidad de la cláusula de gastos. El Tribunal Supremo, de igual modo,



conoció de una acción colectiva de nulidad, declarando abusiva la cláusula que imputa indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación (Sentencia de 23 de diciembre de 2015). Sobre la base del carácter abusivo de la atribución sin matices de todos los gastos al prestatario, la reciente Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ECLI ES:TS:2018:848) señala que deben ser los tribunales quienes decidan y concreten *"en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación (fundamento cuarto, apartado cuarto)."* Esa acción presenta perfiles propios y apreciamos su carácter autónomo respecto de la acción principal de nulidad. De este modo, a diferencia de lo que acontece con la restitución de los efectos de la cláusula suelo, en este caso, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, la acción no es restitutoria o de devolución de las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la cláusula, sino que se trata de una acción de reembolso de cantidades percibidas por terceros (el notario, el Registro, el gestor o la Administración Tributaria). Hay quien sostiene que la acción tiene naturaleza resarcitoria o que se sustenta en el artículo 1.158 del Código Civil (acción de repetición por pago por cuenta de otro) o en artículo 1.895 del mismo Código (cobro de lo indebido). La remoción de efectos, por otro lado, no es automática, dado que para la distribución de los gastos habrá que estar a lo que dispongan las Leyes sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (parte que ha solicitado los servicios o en cuyo interés se han prestado, acuerdos entre los contratantes...).

12. Tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas de oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria, siempre que la prescripción se oponga por el profesional en tiempo y forma.

13. En definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción.

14. Por lo que se refiere al plazo de prescripción, el artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, dispone que *"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"*, mientras que el artículo 1964 (en su redacción vigente en el momento de firmarse el contrato), establece un plazo de prescripción de 15 años. Aunque la cuestión no es en absoluto pacífica, dado que la norma invocada es de carácter estatal (el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), estimamos aplicable el artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, y no su homólogo en el Código Civil para las acciones personales (artículo 1964), en atención al carácter de derecho común en Cataluña de las disposiciones del CCat y su aplicación supletoria (artículo 111-4º del CCat). En efecto, el TSJ de Cataluña ha señalado de forma reiterada que la normativa prevista en los artículos 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).

15. Para las acciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, la disposición transitoria única de dicha Ley establece lo siguiente:

"Las normas del libro primero del Código civil de Cataluña que regulan la prescripción y la caducidad se aplican a las pretensiones, las acciones y los poderes de configuración jurídica nacidos y aún no ejercidos con anterioridad al 1 de enero de 2004, con las excepciones que resultan de las normas siguientes:

a) *El inicio, la interrupción y el reinicio del cómputo de la prescripción producidos antes del 1 de enero de 2004 se regulan por las normas vigentes hasta aquel momento.*

b) *Si el plazo de prescripción establecido por la presente Ley es más largo, la prescripción se consume cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior.*

c) *Si el plazo de prescripción establecido por la presente Ley es más corto que el que establecía la regulación anterior, se aplica el establecido por la presente Ley, el cual empieza a contar desde el 1 de enero de 2004. Sin embargo, si el plazo establecido por la regulación anterior, aun siendo más largo, se agota antes que el plazo establecido por la presente Ley, la prescripción se consume cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior"*.

16. En aplicación de dicha disposición transitoria, a los contratos, cuyo inicio del cómputo de la prescripción sea anterior a la entrada en vigor de dicha Ley (1 de enero de 2004) y salvo que el plazo anterior se haya agotado, resulta de aplicación el Código Civil de Catalunya, en concreto, el artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, por el que *"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"*, al ser dicho plazo más corto que los 15 años del artículo 1964 CC, a contar desde el 1 de enero de 2004.

17. En cuanto al cómputo del plazo, el artículo 121-23, apartado primero, dispone lo siguiente:



" El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse."

18. En este caso, el demandante pudo ejercitar la acción desde el momento en que hizo efectivos los gastos cuya restitución reclama. No estamos ante la nulidad de un contrato como tal sino ante la nulidad de una cláusula por abusiva, cláusula que desplegó y agotó todos sus efectos en el **año 2006**, cuando se abonaron todos los gastos. Descartamos que pueda posponerse el *dies a quo* a la fecha de la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció sobre la nulidad de la cláusula de gastos o al momento en que se declara judicialmente su nulidad. En línea con los argumentos esgrimidos por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018, rechazamos que pueda tomarse como día inicial el de la STS de 23 de diciembre de 2015, que declaró *que la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario es nula por abusiva. Las sentencias del Tribunal Supremo no son equiparables, a estos efectos, a la Leyes y, de ordinario, no son conocidas por los ciudadanos. Además, aquella Sentencia se dictó en casación en un procedimiento iniciado muchos años antes, lo que prueba que los consumidores pudieron ejercitar la acción con mucha antelación. Tampoco podemos aceptar que el plazo se compute desde que se declara la nulidad de la cláusula, cuando dicha pretensión no siempre es preciso ejercitarla y cuando ello convertiría también en imprescriptible la acción restitutoria.*

19. La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020** resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas en dos litigios sustanciados ante el Juzgado de Primera Instancia 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, pronunciándose, entre otros aspectos, sobre si es compatible con la Directiva 93/13 la apreciación de un plazo de prescripción en la acción restitutoria o de remoción de los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos. En concreto, preguntado el Tribunal si, a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la *Directiva 93/13 (art. 6.1 y 7.1)*, los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional, la Sentencia contesta lo siguiente (apartado cuarto):

"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."

20. Por tanto, como ya había adelantado en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), el TJUE considera que el establecimiento de plazos razonables de carácter preclusivo para demandar, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (fundamento 82). El fundamento 84 añade al respecto lo siguiente:

"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."

21. La Sentencia destaca, por otro lado, que la normativa comunitaria no regula el plazo para el ejercicio de estas acciones, que se sujetarán a las disposiciones de los Ordenamientos internos de cada estado miembro. El apartado 83 dice al respecto lo siguiente:

"A falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada)"

22. No obstante la conformidad con el Derecho de la Unión de la sujeción de la acción resarcitoria a un plazo de prescripción, el principio de efectividad puede verse vulnerado si la duración del plazo o la forma de computarlo "hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar la



restitución". Por tanto, son dos los parámetros a considerar: la duración del plazo y el momento en que empieza a computarse. Un plazo breve de duración (dos o tres años, señala el fundamento 87), puede ser suficiente en función del dies a quo y viceversa, un plazo mayor, como el de cinco años que analiza el Tribunal, desde la fecha de la celebración del contrato, puede no serlo.

23. La Sentencia no se pronuncia sobre el dies a quo ni cuestiona que el plazo pueda computarse, como ha venido entendiendo este Tribunal y la mayor parte de Audiencias Provinciales (interpretando nuestro Derecho Interno) desde que se completan los pagos o, como entendemos nosotros, desde que se liquida la última de las facturas (no desde la fecha del contrato, como plantea la cuestión prejudicial). Para poder establecer una fecha cierta, que no dependa exclusivamente del adherente al contrato y que no genere inseguridad jurídica, habrá que atender principalmente a la naturaleza de la cláusula susceptible de ser anulada y la determinación del momento en el que la cláusula empezó a desplegar sus efectos. Así, por ejemplo, en una cláusula limitativa de los tipos de interés (cláusula suelo) es razonable establecer que el plazo no debe iniciarse hasta que la cláusula no haya empezado a aplicarse de modo efectivo, o en una cláusula de imposición de gastos injustificados por descubierto no deba iniciarse hasta que no se produce ese descubierto y se reclaman los gastos. La cláusula gastos, por el contrario, agota sus efectos desde que estos se abonan, por lo que parece justificado que el plazo para el ejercicio de posibles acciones de resarcimiento o de devolución se vinculen al momento de efectivo pago. A partir de ese momento el consumidor conoce la repercusión económica de la cláusula y el desequilibrio que le genera, sin que sea preciso que el contrato se desenvuelva y concluya para que el consumidor pueda plantear la acción (artículo 121.23º del Ccat o artículo 1964.2º de la LEC).

24. Cuestión distinta es si, contado el plazo (en nuestro caso de 10 años) en la forma descrita, se garantiza el principio de efectividad, disponiendo el consumidor de tiempo suficiente o si, por el contrario, el plazo y la forma de computarlo hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar la restitución. El fundamento 91 de la Sentencia analiza el supuesto que le plantea el Juzgado (cinco años desde la fecha de la celebración del contrato), pese a que resultaba de aplicación al caso el plazo de quince años del artículo 1964 del Código Civil en su redacción anterior a la Reforma del 2015 (el contrato se firmó en el año 2000) y pese a que venimos entendiendo que el plazo se cuenta desde que se liquida la última factura. La Sentencia dice al respecto lo siguiente:

"Pues bien, 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."

25. Esto es, a juicio del Tribunal, el plazo de cinco años desde la celebración del contrato sólo será suficiente y garantizará el principio de efectividad si transcurrido el plazo el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, cosa de la que el Tribunal duda y que deben valorar los tribunales nacionales. Desde la perspectiva del conocimiento que el consumidor tiene de las consecuencias económicas de la cláusula y del desequilibrio que le genera, como venimos exponiendo, ese conocimiento no se tiene con la firma del contrato, sino cuando, finalizado el proceso de contratación con la inscripción del préstamo en el Registro de la Propiedad, se le gira al prestatario la última factura, situación que puede demorarse varios meses. Como hemos dicho, a partir de ahí la cláusula agota sus efectos y el desarrollo posterior del contrato o su conclusión no le proporciona información adicional alguna.

26. Ahora bien y desde otra perspectiva más jurídica, a la que también alude el Tribunal (fundamento 90), el plazo, computado en la forma establecida en el Derecho Nacional, debe permitir al consumidor disponer del tiempo suficiente para discernir que la cláusula es abusiva o conocer la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13, para lo cual debe ponderarse de nuevo la duración del plazo de prescripción y el momento desde que se cuenta, junto con todas las circunstancias concurrentes que considere el tribunal nacional.

27. La Sentencia del TJUE no exige que el plazo de prescripción empiece a correr a partir del momento en que el consumidor tiene la certeza, sustentada en un criterio jurisprudencial consolidado, de que la cláusula es abusiva, lo que implicaría admitir que no están sujetas a prescripción las acciones sobre materias en las que el Tribunal Supremo todavía no se ha pronunciado. Y mucho menos que se aplique desde ese momento el plazo íntegro, cualquiera que sea su duración y con independencia de la antigüedad de los contratos a los que se aplique. Basta con que el consumidor disponga de un margen temporal suficiente para constatar que la cláusula puede ser abusiva, lo que dependerá del tipo de cláusula de que se trate, de la duración del plazo y la forma de computarlo.



28. En definitiva, en la Sentencia del TJUE subyace la idea de que cuanto mayor sea el plazo efectivo, más posibilidades tendrá el consumidor de percibir el carácter abusivo de la cláusula y de ejercitar la acción. Y esa posibilidad existía con mucha antelación a que el Tribunal Supremo dictara la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en la que, interpretando las mismas normas jurídicas que estaban a disposición de las partes al tiempo de celebrarse el contrato, concluyó que la cláusula de gastos era abusiva. De hecho, el procedimiento en el que el Tribunal Supremo fijó su criterio se inició cinco años antes. Esta misma Sección dictó su primera Sentencia sobre nulidad de la cláusula gastos antes que el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 18 de noviembre de 2015), en un procedimiento iniciado a principios del año 2013 y cuando proliferaban este tipo de acciones. Es más, el plazo de prescripción ha discurrido, al menos parcialmente, en un contexto de litigación en masa, iniciado al menos en el año 2013, contexto estimulado por agresivas campañas de publicidad y en el que los consumidores han dispuesto de las máximas facilidades para ejercitar su acción. La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, sobre gastos, o la anterior de 9 de mayo de 2013, sobre cláusula suelo, tuvieron una enorme repercusión, contribuyendo decisivamente al conocimiento generalizado de la posible abusividad de las cláusulas.

29. Consideramos, por tanto, aplicando los criterios de la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, que con el plazo de diez años, que dobla en duración al analizado por dicha Sentencia, contado desde que el consumidor satisface la última de las facturas y conoce todas las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de la cláusula (y no desde la celebración del contrato), en el contexto descrito de litigación en masa (circunstancia que no pudo valorar el Tribunal), queda garantizado el principio de efectividad, sin merma de la seguridad jurídica, pues no existe ni "imposibilidad práctica" ni "dificultad excesiva" para el ejercicio del derecho a solicitar la restitución.

30. A todo ello debe añadirse una última consideración, que tampoco ha podido ser valorada por el Tribunal, como es la facilidad con la que en nuestro Ordenamiento Jurídico se interrumpe la prescripción de las acciones. Basta con una mera reclamación extrajudicial para que el plazo se vuelva a computar en su integridad (artículo 1973 del Código Civil).

31. Por todo ello, habiéndose presentado la reclamación extrajudicial en fecha de 11 de abril de 2017 (documento 25 de la demanda) e interpuesta la demanda en el año 2017, y habiendo sido abonados los gastos en el año 2006 y el último de ellos en fecha de 8 de febrero de 2007, la acción de reclamación de cantidad ha prescrito, por lo que, estimando en este punto el recurso, debemos dejar sin efecto la condena a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula de gastos, sin hacer especial imposición de las costas por la estimación parcial de la demanda y las dudas de derecho que la cuestión suscita. En consecuencia, debe estimarse el recurso en este extremo. En cuanto a su concreta cuantificación, los gastos que deben detrarse de la cantidad total que contiene el fallo de la sentencia, asciende al importe de 707,11 euros, por lo que la cantidad total a que debe quedar condenada la recurrente, debe quedar reducida al importe de 684,75 euros.

TERCERO.- Costas procesales de la instancia y del recurso.

1. No se imponen las costas de la instancia al haberse estimado en parte la demanda, y la estimación del recurso a no hacerlo en segunda instancia (artículo 398 de la LEC)

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Barcelona de fecha de 5 de septiembre de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca en lo referido a los efectos de la nulidad de la cláusula de imputación de gastos a los prestatarios de la Escritura de fecha de 28 de diciembre de 2006, que se considera prescrita. En consecuencia, la total cantidad que tiene derecho a percibir la actora en concepto de gastos indebidamente abonados asciende al importe de 684,75 euros.

No hay condena en costas en ninguna de las instancias. Ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.



Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ