



Roj: **SAP P 172/2020 - ECLI: ES:APP:2020:172**

Id Cendoj: **34120370012020100172**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **30/04/2020**

Nº de Recurso: **584/2019**

Nº de Resolución: **119/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ALBERTO MADERUELO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PALENCIA**

SENTENCIA: 00119/2020

Modelo: N10250

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO. PZA. DE LOS JUZGADOS 1 1ª PLANTA

**Teléfono:** 979.167.701 **Fax:** 979.746.456

**Correo electrónico:** audiencia.s1.palencia@justicia.es

Equipo/usuario: CIV

**N.I.G.** 34120 41 1 2017 0005684

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000584 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2 de PALENCIA

**Procedimiento de origen:** OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001259 /2018

Recurrente: BANCO SABADELL, BANCO DE SABADELL

Procurador: LUIS ANTONIO HERRERO RUIZ, LUIS ANTONIO HERRERO RUIZ

Abogado: ,

Recurrido: María Milagros , Cecilio , Cecilio , María Milagros

Procurador: SOLEDAD CALDERON RUIGOMEZ, SOLEDAD CALDERON RUIGOMEZ , SOLEDAD CALDERON RUIGOMEZ , SOLEDAD CALDERON RUIGOMEZ

Abogado: MARIA CONCEPCION HERVELLA ORDOÑEZ, MARIA CONCEPCION HERVELLA ORDOÑEZ , ,

Este Tribunal compuesto por lo Señores Magistrados que se indican al margen, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA NUM. 119/2020**

**ILMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE:**

D. Ignacio J. Ráfols Pérez

**MAGISTRADOS:**



D. Jose Alberto Maderuelo García

D. Juan Miguel Carreras Maraña

En la ciudad de Palencia, a 30 de abril de dos mil veinte.

Vistos, en grado de Apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de cláusula contractual, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palencia, en virtud del Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 28 de octubre de 2019, entre partes, de un lado, como apelante, la entidad Banco Sabadell S.A., representado por el Procurador Sr. Herrero Ruiz y defendido por el Letrado Sr. Sanvicente Ibiricu y como parte apelada D. Cecilio y D<sup>a</sup> María Milagros representados por el Procurador Sra. Calderón y defendido por el Letrado Sra. Hervella; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Alberto Maderuelo García.

SE ACEPTAN los antecedentes fácticos de la Sentencia impugnada.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Que el Fallo de dicha Sentencia, literalmente dice: Que estimando sustancialmente la demanda presentada por D. Cecilio y D<sup>ña</sup>. María Milagros , representados por la Procuradora de los tribunales D<sup>ña</sup> Soledad Calderon Ruigómez y asistidos por la Letrada D<sup>ña</sup>. Concha Hervella Ordóñez, contra Banco Sabadell S.a., representado por el Procurador de los Tribunales D. Luis Antonio Herrero Ruiz y asistido por el letrado D. Alejandro Sanvicente Ibiricu, SE ACUERDA; Declarar la nulidad parcial de la cláusula quinta, gastos a cargo del prestatario contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de abril de 1999, otorgada ante notario D. Luis Prieto Rubio, con el nº 830 de su protocolo, en todos sus apartados excepto en los puntos e) y f); Declarar la nulidad parcial de la cláusula sexta , sobre intereses de demora, del referido contrato de préstamo ; Condenar a la entidad demandada a devolver los importes correspondientes al 50% de los gastos notariales y de gestoría , y el 100% de los registrales, de tasación y pago de impuestos sobre actos jurídicos documentados, correspondientes a la constitución del préstamo hipotecario, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia Banco Sabadell SA, interpone recurso de apelación, del que admitido, se dio traslado a la parte contraria para que en el plazo de diez días presentara escrito de oposición al recurso, o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultare desfavorable.

**TERCERO.**- La parte apelada presentó dentro de plazo escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la contraria, remitiéndose seguidamente los autos a esta Audiencia Provincial para resolver el recurso de apelación.

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida por lo que seguidamente se expondrá.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Contra la sentencia dictada el 28 de abril de 2019, por el Juzgado de primera instancia nº 2 de Palencia, sobre declaración de nulidad de la cláusula hipotecaria quinta referida a **gastos del préstamo hipotecario (notariales, registrales, gestoría e impuestos)** abonados por los actores, y cláusula sobre intereses de demora, incluidas en la escritura de préstamo hipotecario constituida entre las partes litigantes el día 28 de marzo de 1999 , el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Palencia estimó sustancialmente la demanda interpuesta por D. Cecilio y D<sup>a</sup> María Milagros , en la que ejercitaban una acción de nulidad de referida cláusula gastos a cargo del prestatario, y al tiempo, una acción restitutoria de las cantidades pagadas de mas, a la que se opuso el Banco, se interpone por la parte demandada, el presente recurso de apelación, en el que se insiste de nuevo en que la acción restitutoria está prescrita por transcurso del plazo de 15 años desde la constitución del préstamo hipotecario acaecido el 28 de abril de 1999, interesando de la Sala su estimación y consecuentemente la desestimación íntegra de la demanda

La parte demandada, se opone al recurso apelación interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

Reitera la recurrente que la acción restitutoria ha prescrito en cuanto al préstamo hipotecario es de fecha 28 de abril de 1999, habiendo transcurrido, en exceso, más de 15 años desde su constitución hasta su actual reclamación mediante demanda registrada en diciembre de 2017

Del recurso se dio traslado a los apelados, presentando escrito de oposición, solicitando la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.



**SEGUNDO.-** Sobre cuestión la nulidad de la cláusula gastos a cargo del prestatario ya se ha pronunciado esta Audiencia Provincial, afirmado el carácter abusivo de la discutida cláusula y la consecuencia de su nulidad parcial no admite duda alguna, al haber causado un desequilibrio injusto e ilegítimo a los prestatarios.

Una vez se ha ratificado la nulidad por abusividad de la cláusula discutida, hemos de dar respuesta a la cuestión alegada en primera instancia y reiterada en apelación relativa a la **prescripción de la acción restitutoria de lo indebidamente pagado** para lo que seguiremos el criterio sentado en la reciente sentencia del Pleno de esta Audiencia Provincial de fecha 15 de octubre de 2019, (Ponente Sr. Carreras).

Se nos planteó una cuestión que mereció un estudio detenido por parte de la Sala en Pleno, dada la jurisprudencia divergente, y un análisis meditado de la cuestión. Para ello es preciso partir de unas ideas esenciales a los efectos del art 218 LECV:

1º.- En este proceso se ejercitan de forma acumulada dos acciones: una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación (cláusula gastos de un contrato de hipoteca) y una acción de reclamación de cantidad derivada del pago de gastos de Notario y Registro (inicialmente también de los tributos, de lo que se desistió).

2º.- Es claro que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, como se deriva de constante doctrina jurisprudencial, del principio jurídico "Quod ab initio vitiosum est non potest tracto tempore convalescere" y del art 19-4 de la Ley 7/1998 de 13 de abril. Ahora bien, la cuestión surge en determinar si también es imprescriptible la acción resarcitoria y, en su caso, en establecer el "dies a quo" de la prescripción y del plazo prescriptivo.

Sobre el enunciado punto de litigio y objeto esencial de presente recurso de apelación, debe de significarse que concurre una doctrina discrepante y divergente en una triple línea:

a.- Un sector entiende que *la acción de resarcimiento es también imprescriptible* ; ya que goza de la misma naturaleza a estos efectos de la acción de nulidad de la que está directamente subordinada y dado que en realidad se trata de un mero efecto de la nulidad. En esta línea, pueden citarse SAP de Asturias de 23-11-2017; SAP de La Coruña de 18-10-2017; SAP de La Rioja de 13- 11-2017 y también de esta Audiencia Provincial de Palencia en recientes resoluciones derivadas de Rollos de esta Sala Nº 315/2018 y 180/2019.

b.- Otro sector entiende que, *aun siendo dos acciones vinculadas, sin embargo son autónomas y con plazos de prescripción diferentes* ; y, ello sobre todo con base en razones de Seguridad Jurídica y de la imposibilidad de que existan acciones de reclamación de cantidad imprescriptibles. En esta línea, SAP de Valencia, secc 9ª, de 1-02-2018; SAP de Palma de Mallorca, secc 5ª, de 12-12-2017; SAP de Barcelona, secc 15ª, de 25-07-2018; SAP de Zaragoza, secc 5ª, de 24-05-2018.

c.- A su vez entre las *resoluciones que admiten la posibilidad de prescripción de la acción resarcitoria concurren tres líneas de actuación sobre el "dies a quo" del inicio de la prescripción* . Unas resoluciones acuden a la fecha del pago de las facturas; y por lo tanto la prescripción será de 15 o de 5 años según la fecha de la factura; otras vinculan el inicio del plazo con la STS de 23-12-2015 ( Sentencia del Tribunal Supremo que fija la nulidad de la cláusula gastos) y por tanto de cinco años, dado que es posterior a la DF 1ª de la ley 42/2015 del 5-10 en vigor 7 de octubre y una tercera línea ( SAP de Lugo secc 1ª de 2-05-2019) que fija el "dies a quo" no en la referida sentencia, sino en la STS de 23-1-2019 y por cinco años, con el argumento de que en esa fecha se establecen los efectos de la nulidad de la cláusula gastos por parte del T. Supremo (art. 1-6 CCV).

### **Criterio del Tribunal en Pleno de la A. Provincial.**

2-1.- Cambio de criterio.

Como punto de partida hemos de recordar que la independencia judicial y la ausencia de subordinación de los Jueces, que no tiene otro significado que la garantía de que los Jueces en el ejercicio de su función no están sujetos a órdenes ni instrucciones, se erige así en un pilar esencial del Estado de Derecho. El Juez Español no está sujeto a sus propios precedentes y menos aún al precedente dictado por otro Tribunal. Así, la propia jurisprudencia del T. Constitucional lo ha reconocido al expresar en la STS 242/1992, de 21 de diciembre, que "la libertad para enjuiciar, para interpretar y para aplicar las normas que tienen los Jueces y Tribunales, permite que un órgano judicial, no ya ante supuestos semejantes, sino incluso idénticos, modifique su propia interpretación de unos mismos preceptos legales" siempre que el cambio sea razonado en términos de Derecho, para que no resulten ni inadvertido ni arbitrario (STA 57/1985)". Es más, en nuestro sistema judicial, bien alejado del Anglosajón, y como dijo en la STC 48/1987, "el juzgador está sujeto a la ley, ni a sus precedentes". Y por ello este tribunal revisa su propio precedente de forma motivada y fundada con previo estudio de la jurisprudencia divergente y con base en los criterios y razones que a continuación se exponen.



No existe, pues, un derecho a la uniformidad, y a la unificación en la aplicación del derecho, pero sí, en aras a garantizar el principio de igualdad que forma parte del de seguridad jurídica (arts. 93. y 14), concurre una prohibición de cambio arbitrario, irreflexivo o no debidamente razonado, o meramente ocasional, como ruptura de una línea mantenida de normal uniformidad ( SSTC 201/91, de 28 de octubre; 46/1996, de 25 de marzo; 71/1998, de 30 de marzo; 188/1998, de 28 de septiembre; 240/1998, de 15 de diciembre; 25/1999, de 8 de marzo; 176/2000, de 26 de junio; 57/2001, de 26 de febrero; 193/2001, de 1 de octubre; 164/2005, de 20 de junio; ó 268/2005, de 24 de octubre).

En conclusión, el principio de igualdad conectado con el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, obliga a que un órgano judicial no pueda apartarse de forma caprichosa del sentido de sus decisiones adoptadas previamente ( STC 246/2006, de 24 de julio), ni por razones de mero voluntarismo selectivo ( STC 74/2002, de 8 de abril).

## 2.2.- Motivación del criterio de la Sala.

2-2-1.- *La Sala en Pleno establece como criterio que la acción de resarcimiento es prescriptible y que el plazo de prescripción será el que corresponda en cada caso en función del nacimiento de la acción resarcitoria*, en aplicación de la redacción aplicable del art 1.964 CC (Ley 42/2015 y D. Transitoria quinta en relación con el art 1.939 CC). Ese nacimiento de la acción ("acto nata") tiene lugar en la fecha concreta de las facturas o créditos que se reclamen (Notario, Registro, Tasación, etc) como indebidamente pagadas.

2-2-2.- Justificación razonada del criterio adoptado. Se fija el presente criterio en atención a las siguientes razones ( art. 218 LEC):

a.- Es cierto que la acción de resarcimiento está vinculada e incluso puede derivar de la acción de nulidad; pero ello no implica que tenga la misma naturaleza, ni que se regulen de modo idéntico, pues una es alcance declarativo y la otra es una acción de condena ( art. 5 LEC).

b.- Se considera contrario a la certidumbre y a la Seguridad Jurídica de las relaciones contractuales civiles y mercantiles ( art 9 CE), la posibilidad de que haya acciones de reclamación de cantidad que sean imprescriptibles, pues la imprescriptibilidad de la acción es una excepción y solo para casos muy tasados ("Communi dividendo", "Familia erciscundae", "Fignium regnundorum").

c.- No comparte la Sala el criterio de la vinculación del nacimiento de una acción de reclamación de cantidad ("actio nata", art 1969 CCV) a una Sentencia del Tribunal Supremo, porque ese criterio causa más inseguridad jurídica de la que se pretende evitar. Esta idea deriva de que en una Sentencia de 2015 se fija la nulidad de la cláusula y en otra de 2019 se fijan los efectos y ello con casi cuatro años de diferencia; y, sobre todo, porque la Jurisprudencia no es ley, ni precedente vinculante, sino que complementa el Ordenamiento Jurídico ( art 1-6 CCV). Asimismo, el Tribunal Supremo puede variar su propia doctrina y, además, existen gastos como la tasación del inmueble sobre los que aún no se ha resuelto y podría dar lugar a un nuevo plazo de prescripción.

d.- El art 19 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la contratación fija el carácter imprescriptible de la acción declarativa; pero no lo dice de la acción resarcitoria e incluso fija una prescripción de cinco años cuando las condiciones generales es hayan depositado. Asimismo, ni el art 1265 CCV, ni ningún otro precepto establece la imprescriptibilidad de las acciones de restitución, ni de reparación; y, muy al contrario, el art 1964 CCV fija un plazo de prescripción, que, además, el legislador ha reducido en la reforma de 2015 para el cumplimiento de las obligaciones.

e.- El T.R. de la ley de Consumidores y Usuarios ( RDL 1/2007), contempla varios supuestos de prescripción (art 125-3 TR, art 127-3 TR) y sobre todo el art 143 y el art 164 establecen plazos de prescripción de acciones de reparación; y ello sin olvidar que el art 1930 CCV establece la prescripción como *causa de extinción* de los derechos y de las acciones "de cualquier clase que fueran".

f.- Del mismo modo lo confirma el **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de julio de 2015**, cuando señala " *los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, 7, 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, deben interpretarse en el sentido de que la apreciación por parte del juez nacional de carácter abusivo de las cláusulas de un contrato al que esta Directiva resulta de aplicación deberá hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.*

g.- Por tanto, la prescripción de la acción restitutoria no resulta contraria al artículo 6.1º de la Directiva 93/13, siempre que el plazo de prescripción resulte "razonable"; como ocurre en nuestro Derecho con los plazos de prescripción de las acciones personales ( artículo 1964 del Código Civil).



h.- Tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria, siempre que la prescripción se oponga por el profesional en tiempo y forma. La Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2016 ("asunto Gutiérrez Naranjo"), que valora precisamente la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo proclamada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, declara la *compatibilidad* con el Derecho de la Unión del establecimiento de plazos razonables de prescripción. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

- " 68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenido en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

-69. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado 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 8 sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 41)".

j.- Para concluir esta cuestión, y admitiendo que no es pacífica, debemos indicar que la tesis favorable a la prescripción es mantenida por numerosas resoluciones, entre otras y por citar las más recientes, la SAP Burgos, sección 3ª, 352/2018, de 28 de septiembre; la SAP Zaragoza, sección 5ª, 479/2018, de 15 de junio; la SAP La Rioja, sección 1ª, 59/2018, de 21 de febrero; la SAP Valladolid, sección 3ª, 68/2018, de 13 de febrero; la SAP Valencia, sección 9ª, 66/18, de 1 de febrero; la SAP Barcelona, sección 15ª, 923/2018, de 12 de diciembre, La SAP Murcia, sección 4ª, 1070/2018, de 10 de enero de 2019 y SAP Lugo, sección 1ª, 283/2019, de 2 de mayo; y muy en particular por su unificación de criterio la SAP Madrid 11-09-2019 y el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Audiencia de Vizcaya de 8-X-2019.

### 2-2-3.- Caso concreto.

Aplicando estos criterios al caso analizado, **debe estimarse** el presente Recurso de Apelación en atención a que la hipoteca objeto de litigio se constituyó el 28 de abril de 1999, y las facturas base de su reclamación restitutoria son de fecha 28 de abril de 1999, la del Notario; de 7 de mayo de 1999 y 20 de julio, las del Registro; y 20 de abril de 1999, la de tasación del inmueble de la de Gestoría, y puesto que la demanda está registrada en diciembre de 2017, por lo tanto, transcurrido en exceso el plazo de 15 años del art 1964 CC, en su redacción aplicable por la fecha de constitución del préstamo hipotecario, con lo que en el momento de su reclamación estarían prescritas.

**TERCERO.-** 3-1.- Todo ello, sin expreso pronunciamiento de las costas del presente recurso a la parte apelante, dada la estimación del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley, y por lo que se refiere a las costas de primera instancia, teniendo en cuenta el novedoso criterio aquí seguido, a partir de la sentencia de esta Audiencia de fecha 15 de octubre de 2019 (ponente Sr. Carreras Marañón), antes citada, desconocido en el momento en que los actores plantearon la demanda, tal como autoriza el art.394 de la LEC, no se hará pronunciamiento sobre costas en primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

### FALLAMOS

Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Banco Sabadell SA, contra la sentencia dictada el día 28 de octubre de 2019 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Palencia, en juicio ordinario nº 1259/18 del que dimana el presente Rollo de Sala 584/2019, debemos REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE mencionada resolución y en consecuencia ABSOLVEMOS al Banco Sabadell de la obligación de abonar a la parte actora los gastos devengados por aranceles notariales, registrales, de gestoría y tasación; sin hacer imposición de costas en ninguna de las instancias.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Modo de impugnación.-** Contra esta sentencia cabe **recurso de casación** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo siempre que se acredite **interés casacional**. El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de **veinte días hábiles** contados desde el día siguiente de la notificación ( arts. 477 y 479 LEC).



También podrá interponerse **recurso extraordinario por infracción procesal** ante la Sala de lo Civil del tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de **veinte días hábiles** contados desde el día siguiente de la notificación ( arts. 470.1 y Disposición Final 16ª, LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución, en cada caso y con carácter preceptivo para su admisión a trámite, de un **depósito de 50 euros** ya se trate de casación como de recurso extraordinario por infracción procesal. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 3432. En el caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, debiendo acreditarse la consignación al interponer los recursos, los cuales no serán admitidos a trámite sin la constitución del referido depósito ( Disposición Adicional 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el mencionado depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5º de la Disposición Adicional 15ª LOPJ y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS