

Roj: **SAP Z 360/2020 - ECLI: ES:APZ:2020:360**Id Cendoj: **50297370052020100132**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Zaragoza**Sección: **5**Fecha: **25/02/2020**Nº de Recurso: **1122/2019**Nº de Resolución: **187/2020**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA Nº 000187/2020**

Ilmos. Sres.

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO (Ponente)

En Zaragoza, a 25 de febrero de 2020.

La SECCION Nº 5 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación el **Rollo Civil de Sala nº 1122/2019**, derivado del *Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5) nº 7688/2017*, del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 BIS DE ZARAGOZA ; siendo parte *apelante*, D. Sebastián y D^a Otilia , representados por el Procurador D. JAVIER FRAILE MENA y asistidos por el Letrado D. JOSE MARIA ORTIZ SERRANO; parte *apelada*, **CAIXABANK S.A.**, representado por el Procurador D. ANGEL NAVARRO PARDIÑAS y asistido por la Letrada D^a ANA ISABEL TOLOSA MARSOL.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO**.**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan los de la **resolución** apelada de fecha 24-6-2019, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: " *Debo estimar y estimo, parcialmente, la demanda interpuesta el 4 de octubre de 2017 por el Procurador Javier Fraile Mena, en nombre y representación de Otilia y Sebastián, contra Caixabank S. A. y su ampliación y, en consecuencia: - Declaro el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula séptima), inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 17 de febrero de 1999, ante el Notario D. José Gómez Pascual, bajo el número de su protocolo quinientos setenta y tres, que tiene el siguiente contenido: "Séptima.- VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PLAZO. (...) la falta de pago el día de su respectivo vencimiento de cualquiera de las cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses (...) y en general el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato, (...)" . - Declaro el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (cláusula sexta bis), inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 20 de agosto de 2003, ante el Notario D. Fernando Usón Valero, bajo el número de su protocolo dos mil setecientos noventa y dos, que tiene el siguiente contenido: "SEXTA-BIS.= VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PLAZO. Queda la "Caja" facultada para dar por vencido anticipadamente el presente contrato, en los siguientes supuestos: 1.- Falta de pago el día de su respectivo vencimiento de cualquiera de las comisiones, gastos, liquidaciones de intereses remuneratorios o moratorios o cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses incluso en caso de amortización anticipada*



obligada por no aceptación de los nuevos tipo de interés. (...) 7. El incumplimiento en general de cualquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato. (...) - Declaro el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula quinta, denominada "gastos a cargo de la parte prestataria", inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 17 de febrero de 1999, ante el Notario D. José Gómez Pascual, bajo el número de su protocolo quinientos setenta y tres. - Declaro el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula quinta, denominada "gastos a cargo de la parte prestataria", inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 20 de agosto de 2003, ante el Notario D. Fernando Usón Valero, bajo el número de su protocolo dos mil setecientos noventa y dos. Condeno a Caixabank S. A. a pagar a la parte actora la cantidad de 410,67 euros, menos las copias y notas simples solicitadas por la parte demandante, en su caso. Esta cuantía devengará el interés legal del dinero desde el momento del pago de cada cantidad por parte de la demandante. No se hace expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de D. Sebastián y D^a Otilia se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 25-11- 2019.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes procesales

Solicitó, por lo que a este recurso interesa, la parte actora la nulidad de la Cláusula Financiera Quinta denominada "Gastos" de la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 17 de febrero de 1999, así como la devolución de las cantidades abonadas por la actora y que debía haber satisfecho, a su juicio, la prestamista.

La demandada alegó, entre otros extremos, que la acción estaba prescrita.

La sentencia estimó parcialmente la demanda sin imposición de costas.

La actora formula, a su vez, recurso de apelación fundada en que:

La acción de nulidad y sus efectos no prescriben.

La parte demandada reitera los argumentos de la instancia en su escrito de oposición al recurso.

SEGUNDO. - Nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios

Las sentencias de esta Sala nº 159/2018 y nº 162/2018, ambas de fecha 26 de febrero , (Ponente: Sr. Pastor Oliver) ha resuelto la cuestión debatida al declarar la nulidad con carácter general de la denominada cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios, esto es, aquella que impone la totalidad de los gastos a los prestatarios originados en cualquier circunstancia y por cualquier causa.

Así, la indicada resolución se pronuncia en los siguientes términos:

Gastos. Principios Generales. -

La S.T.S. 705/2015, de 23-diciembre analiza a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios las condiciones generales de contratación relativas a los gastos del negocio jurídico. Concretamente, del préstamo hipotecario.

El art. 89 del R.D. leg. 1/2007 de Defensa de Consumidores y Usuarios califica en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. Y especifica respecto a la compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, resalta la citada S.T.S. 705/2013) una serie de supuestos concretos. Así, a) la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) y c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

Por lo que no cabe duda de la nulidad de la cláusula que genéricamente atribuye todos los gastos al prestatario.

SEGUNDO.- La resolución del Alto Tribunal en su apartado "g) Séptimo motivo (cláusula de gastos del préstamo hipotecario) " desarrolla dos principios que, a juicio de este tribunal, resultan paradigmáticos a los efectos de



imputar la obligación de su pago: a) el *del interés principal* respecto a la concreta actuación de que se trate y b) *la distribución* de la carga tributaria según lo dispuesto en la legislación fiscal.

Todo ello sin olvidar que nos encontramos ante el examen abstracto de condiciones generales de contratación. Sin perjuicio de las circunstancias excepcionales que recogió la S.T.S. 171/17, 9-3 (negociaciones individualizadas).

Esta Sala ya se había pronunciado en los mismos términos con ocasión de las *sentencias nº 264/2016, de 4 de mayo, la nº 560/2016, de 22 de noviembre, y el auto nº 17/2017, de 5 de enero.*

Las recientes *sentencias del Pleno del TS nº 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo* ambas, han reiterado esta declaración de nulidad en los términos argumentados.

Por tanto, dicha cláusula con arreglo a los precedentes citados ha de estimarse nula.

TERCERO. - Prescripción de la acción de nulidad

Estima la entidad financiera y se acoge en la sentencia de la instancia que la acción tendente a reclamar los efectos de la nulidad ha prescrito *ex art. 1.964 del CC*.

No es discutido en el presente caso que la demanda ha sido presentada el 4 de octubre de 2017, que hubo una reclamación extrajudicial de fecha 14 de julio de 2017 ni que entre dicha fecha y las de las facturas que justifican los gastos hayan transcurrido más de 15 años -todas ellas se satisfacen a lo más tardar en el año 1999-.

La *sentencia de esta Sala nº 173/2018, de fecha 27 de febrero*, ha mantenido sustancialmente que:

Caducidad y prescripción .-Tratándose de una declaración de nulidad radical como se infiere de los *arts. 83 T.R.L.G.C.U y 8-2 de la L.C.G.C.*, no puede hablarse de prescripción ni de caducidad, pues no estamos ante una resolución contractual ni ante un supuesto de anulabilidad del art. 1301 Civil.

Por lo que, según la máxima "*quod nullum est nullum producit effectum*", la acción es imprescriptible (art. 19-4 LCGC).

Incluso en sede de derecho nacional eminentes autores estiman, con fundamento en doctrina antigua, que la acción de nulidad absoluta, tal es el caso, es imprescriptible. En cuanto a sus efectos, estima la Sala que, aun de estimarse que la acción para exigirlos prescribe, su plazo sería, con arreglo al *art. 1964 del CC*, el de las acciones personales que no tienen señalado termino especial. Este era de quince años, si bien tras la *Disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que modificó dicho artículo se rebaja a cinco años; conforme a la disposición transitoria quinta de la misma norma, que remite al 1939 del CC*, el plazo será el de 5 años desde la entrada en vigor de la citada modificación del *art 1964 del CC*.

En este sentido, se trata el presente de un supuesto en el que entre los pagos y la reclamación han transcurrido más de 15 años.

Efectivamente, concluimos que la declaración de nulidad no prescribe, si bien los efectos de tal declaración están sujetos al plazo de prescripción citado. Eso es así conforme a la más reputada doctrina jurídica (Diez Picazo). La *STS de 27 de febrero de 1964* así parece concluir al reconocer que:

"si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que lo originariamente inválido cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro *Código Civil la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del artículo 1.930 se declara la prescriptibilidad de los "- derechos y acciones, de cualquier clase que sean"; en los artículos 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1.965; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca -y dicho queda que este Tribunal la estima acertada- no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y admitida en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción el recurrente denuncia.*



En el mismo sentido, las *SAP de Valencia (Sección Novena) n° 66/2018, de 1 de febrero* ; de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Cuarta) de 29 de noviembre de 2017 y la *SAP de Barcelona (Sección Decimoquinta) n° 547/2018 de 25 de julio* .

Por tanto, conforme a lo razonado y la teoría de la *actio nata* la acción para reclamar la devolución de los gastos está prescrita.

Lo anterior supone la desestimación del recurso de la actora.

CUARTO Costas procesales

Esta Sala se ha pronunciado en supuestos similares en numerosas resoluciones, valgan por todas las sentencias de esta Sala n° 463/2018, de 11 de junio; n° 468/2018, de 12 de junio; n° 479/2018, de 15 de junio; n° 703/2018, de 24 de octubre; n° 97/2019, de 5 de enero; n° 314/2019, de 12 de junio y n° 342/2019, de 24 de abril. En todos ellos, se apreció la prescripción de la acción de reclamación de las cantidades abonadas por el consumidor como consecuencia de la aplicación de la cláusula nula. Estima la Sala que su resolución era razonablemente previsible al tiempo de interposición del recurso y, en consecuencia, conforme a los arts. 394 y 398 de la LEC, las costas del recurso se impondrán a la recurrente.

En virtud de lo expuesto,

FALLO

La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA Otilia y D. Sebastián** contra la sentencia de 24 de junio de 2019 dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 12 bis de Zaragoza al que el presente rollo se contrae, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos. Las costas del recurso se impondrán a la recurrente.

Dese a los depósitos el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación y extraordinario por interés casacional, ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (n° 4887)) en BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.