



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO DE APELACIÓN Nº 733/22
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE GRANADA
ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 1025/2021
PONENTE SR. LÓPEZ FUENTES.-

SENTENCIA Nº 273

ILTMOS/A. SRES/A.
PRESIDENTE
D. JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES
MAGISTRADO/A
D^a CRISTINA MARTÍNEZ DE PÁRAMO
D^a M^a JOSÉ FERNÁNDEZ ALCALÁ

Granada a 30 de junio de dos mil veintitrés.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº 733/2022, en los autos de juicio ordinario nº 1025/2021, del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granada, seguidos en virtud de demanda de **don** [REDACTED], representados por la procuradora doña Carolina Cuadros López y defendidos por el letrado don Juan Carlos Galván Barceló; contra **CAIXABANK, S.A.**, representado por el procurador don Cecilio Castillo González y defendido por el letrado don Joaquín Cardenes Paiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 22 de marzo de 2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Que estimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cuadros López, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la entidad CAIXABANK, S.A. debo declarar y declaro el carácter abusivo y consiguiente nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos contenida en la escritura de compraventa con subrogación y novación hipotecaria de fecha 4 de marzo de 2003, otorgada ante la Notario D^a. María Soledad Gila de la Puerta con el nº 573 de su protocolo; así como, la nulidad de la cláusula gastos contenida en la escritura de cancelación y novación de fecha 21 de febrero de 2013 otorgada ante la citada Notaria con el nº 311 de su protocolo; en los términos de esta resolución; teniéndolas por no puestas y condenando a la demandada a abonar a la demandante la cantidad de 734,75 euros, más el interés legal desde la



Código Seguro De Verificación:	[REDACTED]
Firmado Por	[REDACTED]
Url De Verificación	[REDACTED]



*fecha de pago de cada factura y hasta su íntegra restitución.
Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.”.*

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 14 de julio 2022 y formado rollo, por providencia de fecha 28 de septiembre de 2022 se señaló para votación y fallo el día 1 de junio 2023, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Luis López Fuentes.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia declara la abusividad de la cláusula “gastos” inserta en las escrituras de fechas 4 de Marzo de 2003 y 21 de Febrero de 2013, condenando a la entidad demandada CAIXABANK S.A. a abonar a la actora la suma recogida en la sentencia, más los intereses y costas.

Frente a dicha resolución, la parte demandada interpone recurso de apelación alegando la prescripción de la acción de restitución.

La parte actora-apelada se opuso al recurso interpuesto y solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo en el Auto de Pleno de 22 de julio de 2021, por el que se plantea la cuestión prejudicial, descarta que el día inicial del plazo de prescripción de estas acciones sea el día de celebración del contrato o la fecha en que se hicieron los pagos indebidos y baraja las siguientes opciones, respecto de las cuales plantea sus consultas al TJUE:

1. Que el día inicial del plazo de prescripción sea el de la Sentencia que declare la nulidad de la cláusula en concreto.

2. Que el día inicial sea el de las Sentencias de 23 de enero de 2019 que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios o las posteriores del TJUE en las que se tratan los plazos de prescripción (entre ellas la STJUE 16/07/2020).

Debemos igualmente señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya declaró en el apartado 63 de su STJUE de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y C-197/14, que "un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno (...), no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia



Código Seguro De Verificación:	
Firmado Por	
Url De Verificación	



por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial.

En nuestra sentencia de 22 de Marzo de 2022 hemos dicho:

"En cuanto a la prescripción alegada, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la devolución de cantidades, en cuanto a la aplicación del art. 1303 CC., en materia de cláusula de gastos. En concreto entre otras, en el Rollo 455/2019 de 11 de octubre de 2019, donde la demandada interesaba la desestimación de la demanda por la misma excepción, y se acordaba: "Respecto de la prescripción de la acción restitutoria ya se ha pronunciado este Tribunal acordándose la ausencia de prescripción de los efectos restitutorios como consecuencia de la nulidad de las cláusulas financieras de gastos. Para rechazar la tesis del recurso basta con recordar el artículo 1301.4 CC y la doctrina del Tribunal Supremo, por todas STS de 19 de febrero de 2018, que establece, en los casos de anulabilidad, el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad, cuando se consuma o extingue el contrato, sin que por tanto la cancelación del préstamo o los pagos realizados por él sean óbice para emitir un pronunciamiento sobre ineficacia o nulidad contractual, y en consecuencia sobre la cláusula objeto del litigio y sus consecuencias, sin existir, por otra parte, ningún acto concluyente e inequívoco que permita establecer el compromiso del prestatario para no entablar la acción que nos ocupa.

Estamos ante una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13), No es posible otorgar al consumidor, como señala la STS de 16 de octubre de 2017 "una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea".

El Tribunal Supremo ha declarado, en reiteradas ocasiones que la nulidad absoluta o de pleno derecho en la que nos encontramos es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (STS 19 de noviembre de 2015, incluyendo las que en ella se citan y STS de 16 de octubre de 2017, entre otras), sin que por tanto la acción sea susceptible de prescripción. La jurisprudencia ha afirmado que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico (o una estipulación del mismo) las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto "ex lege" [derivado de la ley], al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez. Así se ha afirmado en sentencias de la Sala Primera como las núm. 920/1999, de 9 de noviembre, 81/2003, de 11 de febrero, núm. 1189/2008, de 4 de diciembre, núm. 557/2012, de 1 de octubre, y núm. 102/2015, de 10 de marzo." Conforme a la propia jurisprudencia, STS 22 de abril de 2015 y 21 de diciembre de 2007, la restitución de las prestaciones es un efecto ex lege de la declaración



Código Seguro De Verificación:	
Firmado Por	
Url De Verificación	



de nulidad (art. 1303 CC), sin que la devolución solicitada en nuestro caso responda al ejercicio de otra acción sujeta a plazo de prescripción, por ello debe desestimarse el recurso."

Y en la sentencia de fecha 19 de Junio de 2019, dictada en el Rollo de Apelación número 1.077/18, dijimos:

"Estamos ante una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13), No es posible otorgar al consumidor, como señala la STS de 16 de octubre de 2017 "una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea", sin que por tanto la acción sea susceptible de prescripción.

En palabras de la STS de 19 de diciembre de 2018 "decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico", y no cabría estimar prescrita la acción, ya que antes de la declaración de nulidad no podía ejercitarse acción reclamando la restitución de lo pagado por la cláusula nula, sin que por tanto, artículo 1969 CC, pueda estimarse prescrita la acción.

Para dar efectividad al art. 6.1 de la Directiva 93/13, entendemos que es improcedente no restablecer la situación de hecho y de derecho, a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva, nula de pleno derecho, dejando al consumidor indemne de su aplicación, sin que proceda eximir a la entidad financiera del pago, moderando indebidamente las consecuencias de la declaración de nulidad, y su efecto disuasorio, teniendo en cuenta la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión.

*Con la condena al abono de lo pagado a terceros por la nulidad de la cláusula gastos, se obliga al profesional que ha obtenido la ventaja por la imposición de una estipulación abusiva a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido, **naciendo esta obligación desde la declaración de nulidad, sin que el día a quo para el cómputo del plazo de prescripción invocado en el recurso podamos fijarlo en el momento de la firma de la escritura.***

No existe la imposibilidad alegada por la recurrente, indicando que no es factible emitir un pronunciamiento de nulidad cuando el contrato se ha extinguido. No compartimos esta valoración, destacando que, en todo caso, el préstamo se suscribió vigente la Ley de Consumidores de 1984. Para rechazar la tesis del recurso basta con recordar el artículo 1301.4 CC y la doctrina del Tribunal Supremo, por todas STS de 19 de febrero de 2018, que establece, en los casos de anulabilidad, el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad, cuando se consuma o extingue el contrato, sin que por tanto la cancelación del



Código Seguro De Verificación:	
Firmado Por	
Url De Verificación	



préstamo sea óbice para emitir un pronunciamiento sobre ineficacia o nulidad contractual, y en consecuencia sobre la cláusula objeto del litigio y sus consecuencias, reiterando que no resulte aplicable el plazo de caducidad previsto para las acciones de anulabilidad”.

Por otra parte, en la sentencia de 13 de Febrero de 2020 expresamos (Ponente Sr. Pinazo):

“Estamos ante una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13), No es posible otorgar al consumidor, como señala la STS de 16 de octubre de 2017 “una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea”.

Siguiendo los razonamientos del voto particular de la Sentencia de 11 de septiembre de 2019 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, señalamos:

En la STS de 25 de marzo de 2013, la parte recurrente planteaba al Tribunal Supremo que, si bien la acción declarativa de nulidad absoluta de un contrato no prescribe, sí lo haría, en cambio, la acción restitutoria dirigida a restablecer el estado posesorio respecto de los bienes que habían sido objeto de aquel, siendo tajante la respuesta del Alto Tribunal estableciendo que “la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada - " ex nihilo nihil".

El Tribunal Supremo no suele distinguir entre “nulidad” e “inexistencia” del contrato. Así, la STS de 14 de marzo de 2002 nos dice que “Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio ‘quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere’, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles”. Por otra parte la doctrina emanada del TJUE se inclina a incardinar la ineficacia propia de las cláusulas abusivas más en el ámbito de la “inexistencia”, que en el de la nulidad propiamente dicha (la STJUE de 14 de marzo de 2019 nos dice, con cita de otras, que el Art. 6-1 de la Directiva 93/13 “...debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido...”), si bien no parece que el tribunal europeo establezca distinciones dogmáticas entre las categorías en cuestión (nulidad e inexistencia). No obstante, parece evidente la equivalencia que cabe advertir entre la abusividad y otras modalidades de inexistencia contractual como lo es la fundada en hipótesis de simulación absoluta.

Por tanto, no puede considerarse respetuosa con el “principio de equivalencia”, tantas veces proclamado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la doctrina que establece que a las pretensiones de restablecimiento



Código Seguro De Verificación:	
Firmado Por	
Url De Verificación	



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

patrimonial vinculadas a cláusulas abusivas no es de aplicación el régimen de imprescriptibilidad que se dispensa a otras hipótesis de nulidad o de inexistencia (por ejemplo, la proveniente de simulación absoluta).

Nos dice al respecto, entre otras muchas, la STJUE de 31 de mayo de 2018 “... que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia)...”

No es extraño, por ello, que en la STS número 558/2017 de 16 de octubre se indique con extraordinaria claridad lo siguiente: “3.- (...) No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea”.

TERCERO.- La desestimación del recurso interpuesto por CAIXABANK S.A conlleva la imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente alzada (artículo 398.1 de la LEC).

En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por CAIXABANK S.A. contra la Sentencia de fecha 22 de Marzo de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granada en los autos de juicio ordinario 1.025/2021, debíamos confirmar y confirmábamos íntegramente la citada resolución, imponiendo a la apelante las costas causadas en la presente alzada y la pérdida del depósito constituido.

Contra esta resolución cabe recurso de casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Código Seguro De Verificación:	
Firmado Por	
Url De Verificación	



**ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA**

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



Código Seguro De Verificación:	[Redacted]		
Firmado Por	[Redacted]		
Url De Verificación	[Redacted]		