



Roj: **SAP B 270/2019 - ECLI: ES:APB:2019:270**

Id Cendoj: **08019370152019100084**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **23/01/2019**

Nº de Recurso: **1234/2017**

Nº de Resolución: **92/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA PESQUEIRA CARO**

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

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0830742120178028738

Recurso de apelación 1234/2017 -3

Materia: Juicio verbal

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Vilanova i la Geltrú

Procedimiento de origen:Juicio verbal (250.2) (VRB) 342/2017

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA

Procurador/a: M^a TERESA MANSILLA ROBERT

Abogado/a:

Parte recurrida: Juan Miguel , Mariana

Procurador/a: NURIA FRAILE ANTOLIN

Abogado/a: Antonio Alvarez Perez

Cuestiones.- Nulidad de cláusula de gastos a cargo de prestatario. Prescripción acción devolución cantidades

SENTENCIA núm. 92/2019

Ilmos. Sres. Magistrados

JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL

Marta Pesqueira Caro

En Barcelona a veintitrés de enero de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A

-Letrado: David Viladecans Jiménez

-Procuradora: M^aTeresa Mansilla

Parte apelada: Mariana y Juan Miguel .

**Resolución recurrida:** Sentencia

-Fecha: 10 de julio de 2017

-Demandante: Mariana y Juan Miguel

-Demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que, ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Nuria Fraile Antolín, en nombre y representación de D. Juan Miguel y de Mariana, frente a la entidad financiera Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A (BBVA, S.A):

DECLARO la nulidad de la cláusula QUINTA, de la escritura de préstamo hipotecario suscrito inter partes de fecha 20 de diciembre de 2004.

CONDENO a la entidad demandada a restituir a la parte actora la cantidad de TRES MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS EUROS Y VEINTIOCHO CÉNTIMOS (3. 226, 28), más el interés legal devengado desde la demanda hasta el completo abono de la suma.

Todo ello con imposición de las costas devengadas del procedimiento a la entidad demandada."

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. La parte demandante no compareció ante la Audiencia Provincial de Barcelona.

TERCERO. Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 9 de enero de 2019.

Es ponente la magistrada Marta Pesqueira Caro.

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

1 . La parte actora interpuso demanda de nulidad de la cláusula de gastos contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado en fecha 20 de diciembre de 2004, alegando que es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, solicitando como efecto de la nulidad la restitución de 3.226,28 euros.

2 . La demandada se opuso a la demanda alegando, por un lado, la excepción de prescripción de la acción por el transcurso del plazo de diez años contemplado en el artículo 120- 20 de la Ley 29/ 2002, de 30 de diciembre, del Código Civil de Catalunya. Por otro lado, negó que la cláusula de gastos fuera abusiva y, por último, se opuso a la restitución de las distintas partidas reclamadas.

3 . La sentencia, tras rechazar la excepción de prescripción, estimó la demanda, declarando la nulidad de la cláusula de gastos por abusiva. En cuanto a los efectos de la nulidad, condena a la demandada a la devolución íntegra de los gastos de notaría, registros, gestoría y tributos, esto es, 3. 226, 28 euros.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandada que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en la contestación.

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

5 . La demandada considera prescrita la acción de devolución por el transcurso de diez años desde que se firmó la escritura y se abonaron los gastos en las condiciones pactadas, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 120.20 del Código Civil de Catalunya. La sentencia apelada rechaza la prescripción y condena a la demandada a la devolución íntegra de las cantidades abonadas por la parte actora. Analizaremos, por tanto, en qué medida la acción de nulidad de una cláusula por abusiva está sujeta a plazo de prescripción y si es posible diferenciar un distinto régimen jurídico: uno, para la acción de nulidad, y otro, para la restitución de los efectos o la remoción de las consecuencias jurídicas derivadas de la cláusula abusiva.

6 . 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).

7 . 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).

8 . 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).

9 . 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 19.4 º). 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.

10 . 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, cuestión que suscita serias dudas de derecho. 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.

11 . 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.

12. 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. Dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

"Que si la cuestión de la prescripción es de ordinario, como reconoció la Sentencia de esta Sala de 10 abril 1947 (RJ 1947\601) "delicada y confusa", con las dificultades inherentes a ellos, éstas suben de punto, cuando se trata de aplicarla en relación con actos jurídicos tachados de vicio de nulidad, pues entonces hay que examinar la naturaleza de tales actos, el carácter absoluto o relativo del defecto imputado, su repercusión respecto a las acciones ejercitadas para pedir su cumplimiento o anulación, en relación con la figura de la prescripción y las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, respecto al lapso de tiempo transcurrido, interrupción del mismo, etcétera;

(...)

" Que en la Sentencia últimamente citada de 7 enero 1958, proclamó esta Sala que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial, reconocen la existencia de la prescripción, como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que sólo era de mero hecho, ya que, sin este medio, la propiedad y los derechos todos, se hallarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia, con cuyas afirmaciones, se confirmaba la doctrina, ya hecha constar en anteriores Sentencias, entre otras en las de 8 mayo 1903 , 2 marzo 1912 , 26 marzo 1915 y 13 abril 1956 (RJ 1956\1560), de que dado el concepto y fundamento de la prescripción, está la Institución encaminada, especialmente, a dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas, no se ajusten siempre a estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce 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, 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 párr. 2º del art. 1930, se declara la prescriptibilidad de los "derechos y acciones, de cualquier clase que sean": en los arts. 1295 y 1306 , 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 art. 1965 ; 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 aceptada 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."

13. La jurisprudencia, sin embargo, no es uniforme en este sentido, pues 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- dijo lo siguiente:

"En este motivo Chiota, SA y Puerto Deportivo de Alicante, SA denuncian la infracción del artículo 1964 del Código Civil .

Argumentan que, si bien la acción declarativa de una simulación no prescribe- como había establecido el Tribunal de apelación-, sí lo hace la restitutoria, implícitamente ejercitada con aquella y dirigida a restablecer, respecto de los bienes objeto del contrato nulo, el estado posesorio anterior a su celebración.

A partir de tal afirmación añaden que el plazo fijado en el artículo 1964 para la prescripción de la acción específicamente dirigida a producir ese efecto restitutorio -en cuanto personal y no sometida a un régimen especial- había vencido cuando se interpuso la demanda, contando el tiempo desde que el contrato se celebró.

II. No tienen en cuenta las recurrentes que el Tribunal de apelación declaró que la enajenación de las acciones fue simulada y, por tal, que sólo existió en apariencia, tanto en su génesis, como en su ejecución.



En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, 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" -.

Precisamente el negocio simulado se define como aquel en el que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto -"colorem habet substatiam vero alteram" -o puede no ocultar nada-" colorem habet, substatiam vero nullam" -.

Este último es el supuesto de simulación que el Tribunal de apelación declaró convenido entre Otachi, SA y Chiota, SA, de modo que, por ser la simulación absoluta, no hubo más que apariencia de negocio y nada oculto."

14 . Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, a favor de la prescripción de la acción restitutoria o de reclamación de cantidad de los gastos abonados en aplicación de una cláusula nula por abusiva se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 , que distingue entre la acción declarativa de nulidad (imprescriptible) y la acción de condena a la restitución, sujeta al plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil (en su redacción anterior a la Reforma efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre), a contar desde el momento en que realizaron los pagos indebidos. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017. En contra, la Sentencia de la AP de Alicante, Sección 8ª, de 26 de marzo de 2018 .

15 . Pues bien, aun cuando, como hemos dicho, 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.

16 . 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 sólo ha tenido ocasión de pronunciarse, hasta el momento, 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...).

17 . 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, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, 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 (sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).

70. No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal -como es un plazo razonable de prescripción- de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

18. 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 largos de prescripción de las acciones personales (artículos 1964 del Código Civil o 121.20 del Código Civil de Catalunya).

19. 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.

20. En el presente caso 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*", no siendo en absoluto pacífica tal cuestión, 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, sin embargo, que, efectivamente, es aplicable dicho plazo de prescripción 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). Así dicha Sentencia dice al respecto lo siguiente:

"Así, en las STSJCat de 12 de septiembre de 2011 o de 14 de noviembre de 2016 dijimos que el actual sistema de fuentes viene establecido en el art. 111-1 a cuyo tenor "El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio, aunque la costumbre solo rige en defecto de ley aplicable", precepto complementado por el artículo 111-5 cuando dice que las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras.

El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.

De ahí que las normas relativas a la prescripción contenidas en los artículos antes citados sean de aplicación general y preferente en Cataluña aunque la totalidad de la relación jurídica a la que resulte aplicable no venga regulada en el Código civil catalán sino en el CC.



En consecuencia, hemos aplicado la normativa catalana sobre prescripción a los contratos de obras con o sin suministro de materiales (STSJCat 26 de mayo de 2011, 13 julio de 2015 o 16 de junio de 2016) y a un contrato de préstamo (STSJCat de 12 de septiembre de 2011)."

21 . La excepción se encuentra en los plazos de prescripción previstos en las leyes especiales de carácter estatal que sean de aplicación en Cataluña. Así lo señala la Sentencia citada en los siguientes términos:

"Sin embargo, el mismo Preámbulo de la Primera ley del CCCat, en cuanto se refiere al carácter preferente de las disposiciones del derecho civil de Cataluña, salva los supuestos en que sean directamente aplicables normas de carácter general y hemos hecho referencia en la STSJCat de 26 de mayo de 2011 a que los plazos generales de los artículos 121-20 a 121-22 no prevalecen sobre aquellos que vienen dispuestos en leyes especiales aplicables en Cataluña. [A raíz de lo que se ha expuesto, no es justificable que ante una voluntad legislativa de regulación autónoma y completa de la institución de la prescripción (salvando los supuestos de leyes especiales) se opte para obviar la aplicación de la norma y acudir a otra regulación vigente en el territorio nacional por el solo hecho que la institución a la que se tiene que aplicar no esté directamente regulada en el CCCat.]"

22. La Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2017 , en relación con los accidentes de circulación, declara preferente en Cataluña el plazo de un año previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos, aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 29 de octubre, como norma especial de contenido obligatorio también en Cataluña, frente al plazo de tres años del artículo 121-21 d) del CCCat , tanto en la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora, como en la dirigida contra el causante del daño o contra el propietario. Esa preferencia se justifica en el carácter especial de la Ley y en la competencia exclusiva del Estado sobre la materia, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1- 6º de la Constitución .

23 . En este caso, el TRLGDCU de 2007 convive con el Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, dictada en cumplimiento de las competencias que le atribuye el Estatuto de Cataluña en materia de consumo (artículo 123). El Código de Consumo contempla normas en materia de créditos y préstamos hipotecarios (artículo 261-1º a 263-2º o 123-10º) o sobre exclusión de cláusulas abusivas en los contratos. Y lo que es más relevante, a estos efectos, el TRLGDCU no establece un plazo especial de prescripción para las acciones individuales. Por todo ello estimamos que es de aplicación la normativa prevista en los artículos 121-1º y siguientes en materia de prescripción de las acciones, de conformidad con la doctrina expuesta, frente a la aplicación supletoria del Código Civil español.

24. 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 . "

25 . En este caso, la 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 el 20 de diciembre de 2004. 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. Reproducimos al efecto los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 , que hacemos nuestros por su claridad y acierto:

"Desde ya se rechaza que el día inicial fuera el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015 , del Pleno, que declaró que la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario es nula por abusiva por varias razones: una, y principal, porque las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo completen con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada o la que se dictó sobre la "cláusula suelo", STS de 9 de mayo de 2013 ; segundo, porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción aunque fuera la de nulidad (no se olvida que no se ejercitaba la acción de restitución en ese caso).

También se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no sólo la acción de



nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, "de aquí a la eternidad", resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo.

Descartadas las anteriores opciones, si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos."

26. Por todo ello, interpuesta la demanda el 24 de mayo de 2017, esto es, trece años después de haber realizado el gasto, 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.

TERCERO.- Sobre la acción declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos .

27 . El recurso, además de invocar la prescripción de la acción, alega que la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos notariales, registrales y de gestión, así como el pago de todos los impuestos, no es abusiva, dado que proporcionó al consumidor información suficiente.

28. Tras haber declarado prescrita la acción para reclamar lo pagado en concepto de gastos de notaría, registro, gestoría y de Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la acción pretendida, declarativa de nulidad de la cláusula de gastos ha perdido todo el interés derivado del mismo, por lo que no ha lugar a analizar la misma.

CUARTO.- Costas del recurso .

29 . De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se imponen las costas de esta alzada por la apreciación de dudas de derecho.

30. Al modificar así la sentencia de instancia, en el sentido de suprimir la condena dineraria a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A impuesta por la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, se modifica el pronunciamiento en costas efectuado en la instancia, dejándolo sin efecto, de conformidad con lo prevenido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, contra la sentencia dictada en fecha 10 de julio de 2017 , que revocamos en parte, en el sentido de dejar sin efecto la condena a la demandada a la restitución de 3. 226, 28 euros, por estimar prescrita la acción de reclamación de cantidad, así como la condena en costas ahí efectuada, y sin costas en esta alzada, y con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir, así como dejando sin efecto la condena en costas efectuada en primera instancia.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos 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.