



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00045/2021

Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34
Correo electrónico:

N.I.G. 37274 42 1 2019 0000565

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000531 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000163 /2019

Recurrente: BANCO SANTANDER SA
Procurador: RAFAEL CUEVAS CASTAÑO
Abogado: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: LAURA NIETO ESTELLA
Abogado: AITOR MARTÍN FERREIRA

S E N T E N C I A N° 45/2021

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. JOSÉ RAMÓN GONZÁLEZ CLAVIJO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA M^a CARMEN BORJABAD GARCIA

DON EUGENIO RUBIO GARCIA

En la ciudad de
Salamanca a veinte de
enero de dos mil
veintiuno.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento ORDINARIO N° 163/2019 del Juzgado de Primera Instancia N° 9 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 531/2020**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante-apelado [REDACTED] representada por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del **Letrado Don Aitor Martín Ferreira** y como demandado-apelante-apelado **BANCO SANTANDER S.A.** representada por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño y bajo la dirección del Letrado Don Manuel Muñoz García-Liñán.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 16 de junio de 2020 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 9 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Que **estimando parcialmente** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. LAURA NIETO ESTELLA en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], contra BANCO SANTANDER S.A, representado por el Procurador de los Tribunales D. RAFAEL CUEVAS CASTAÑO, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula Quinta de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el día 30 de noviembre de 2004, por la que se atribuye a la parte prestataria el abono de la totalidad de los gastos y tributos que se deriven del otorgamiento de la escritura de préstamo y condeno a la demandada a restituir a la actora la cantidad de 189,72 euros en concepto de gastos de notaría, 66,63 euros en concepto de aranceles derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad y 116,00 euros en concepto de gastos de gestoría.

Las cantidades indicadas se verán incrementadas en el interés legal correspondiente a contar desde la fecha en que la prestataria procedió al pago de cada una de ellas.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia"

2º.- Contra referida sentencia se interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación por ambas partes, alegando la representación jurídica de la parte demandante como motivos del recurso: indebido pronunciamiento en cuanto a las costas en primera instancia con infracción de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 en relación con lo dispuesto los artículos 394 y 395 LEC. y suplica se revoque la sentencia de

instancia concretamente en el pronunciamiento relativo en materia de costas, en el sentido de imponer las costas de primera instancia a la parte demandada por los motivos y argumentos esgrimidos en el presente recurso de apelación y en aplicación de los artículos 394 y 395 L.E.C. en relación con la jurisprudencia del TJUE, y la representación jurídica de la parte demandada alega como motivos del recurso: ilicitud de declarar la nulidad de una cláusula de un contrato extinguido; indebida determinación de la cuantía del procedimiento que debe quedar fijada en la cantidad de 678,07 euros y suplica se dicte sentencia por la que, estimando el recurso interpuesto por esta parte, revoque la sentencia de instancia desestimando en su integridad, en consecuencia, la demanda en su día interpuesta por la actora contra mi representada, todo ello con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la actora, así como las de esta alzada en caso de oponerse.

Dado traslado de dichos escritos, por las representaciones jurídicas de ambas partes se presentaron escritos en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado de adverso.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **veintiuno de diciembre de dos mil veinte** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **D. JOSÉ RAMÓN GONZÁLEZ CLAVIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva en un contrato cancelando.*

1. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia 662/2019, de 12 de diciembre, si bien en relación con la nulidad de una cláusula suelo incorporada a un contrato de préstamo hipotecario, señalando: " *No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa.*

2. *Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una cláusula, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato ya extinguido. Pero en el caso objeto del recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la cláusula suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento que condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una cláusula que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva.*

3. *En los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato. Así lo hemos declarado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero.*

4. *Esto muestra que la extinción del contrato no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad del propio contrato o de alguna de sus cláusulas.*

5. *Como recuerda la sentencia de este tribunal 546/2019, de 16 de octubre , la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse , C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores ; de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones , C-40/08 , apartado 42; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo , asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 ; de 26 de enero de 2017, Banco Primus , C-421/14 ; y auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost , C-76-10 , apartado 50) afirma que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (que establece la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas) debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto.*

6. *Por tanto, en el presente caso no existen obstáculos al ejercicio de tal acción derivados del transcurso del plazo de ejercicio de la acción o las exigencias de la buena fe".*

7. La sentencia de esta Audiencia Provincial de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APSA:2020:511) se ha pronunciado ya en relación con esta cuestión, y, ante la escritura pública de 30 de noviembre de 2004 en la que se ejercita una acción de nulidad absoluta por abusividad de la cláusula incorporada al contrato, según resulta de la propia demanda, con fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Directiva 93/13 y en los arts. 8, y 89 de la LCGC, (manteniendo que la cláusula suelo es una condición general de la contratación abusiva y no transparente) no existiría plazo alguno de caducidad para su ejercicio, y la acción deviene imprescriptible.

8. *El plazo para reclamar la nulidad de una cláusula inserta en un préstamo hipotecario dependerá, fundamentalmente, de los términos (causa de pedir) en los que se haya planteado la demanda de nulidad, de modo que, en principio, puede sostenerse que sería de aplicación el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC . en los casos en que se demande la nulidad de una cláusula con fundamento en un error o vicio del consentimiento, (nulidad relativa o anulabilidad), quedando fijado el dies a quo para el cómputo del plazo en el momento de la consumación del contrato, coincidente con el momento en que hayan terminado los efectos del mismo, (es decir, cuando se han realizado todas las obligaciones o cumplidas las prestaciones de ambas partes, STS de Pleno de 12 de enero de 2015); por lo que presentada la demanda fuera de dicho plazo cabría estimar la caducidad de la acción, incluso de oficio. Mientras que, solicitada la nulidad absoluta o*

radical de la cláusula, la acción, como hemos dicho, sería imprescriptible.

9. En el presente caso la declaración de nulidad de la cláusula se ha producido por la falta de transparencia de la cláusula suelo por lo que nos encontramos ante una nulidad absoluta y por tanto es imprescriptible.

10. Tampoco puede prosperar la alegación sobre la existencia de retraso desleal, ya que sobre cuestión viene manteniendo el Tribunal Supremo (S 24 de abril de 2019), que " para apreciar retraso desleal no basta con el mero transcurso del tiempo, sino que es preciso que concurra algún acto que pudiera hacer creer al demandado que la acción no iba a ejercitarse".

11. Pues bien, en este caso entendemos que no cabe aplicar aquí la mencionada doctrina, ya que por el hecho de haber soportado los prestatarios consumidores durante años la aplicación de la cláusula controvertida sin reclamación, ello no convierte la impugnación posterior en un acto de mala fe, contrario a lo que la otra parte podría racionalmente esperar, pues, como se desprende de todo lo que se acaba de exponer, la abusividad de la cláusula era una cuestión compleja y dudosa, así como los efectos retroactivos de la misma, cuestión cuyo criterio jurisprudencial no se asentó hasta años después de estar consolidada la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de la cláusula suelo . El banco demandado no ha acreditado en modo alguno la superación del control de transparencia y la comprensibilidad de la cláusula de gastos incorporada a la escritura de préstamo hipotecario, siendo insuficiente con la remisión genérica a la propia escritura y a la mera ratificación de la misma ante notario.

Segundo. *Determinación de la cuantía del procedimiento.*

12. La fijación de la cuantía del presente procedimiento como indeterminada es conforme a derecho desde el momento en que se está ejercitando, por una parte la acción de declaración de nulidad de la cláusula de gastos incorporada a la escritura de préstamo hipotecario y, por otra la de condena a restituir las cantidades indebidamente abonadas por la demandante en atención al contenido de la citada cláusula.

13. Ha venido manifestando esta Audiencia reiteradamente que la acción que de manera principal se ejercita por la demanda es la de nulidad de una cláusula y ello es independiente del alcance y efectos que pueda producir dicha nulidad para el caso de que prosperase dicha acción, lo que sería una consecuencia necesaria de esa misma nulidad.

14. Además, por razón de la materia nos encontramos en un asunto que ha de tramitarse a través del procedimiento declarativo ordinario, con independencia de cuál fuera la cuantía, por lo que no nos encontraríamos ante una excepción procesal y así lo puso de manifiesto el juez de instancia en el acto de la audiencia previa.

Tercero. *Costas.*

15. En relación con el único motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandante, debemos tener presente que la demanda se interpuso el 20 de enero de 2019, esto es, con anterioridad a las cinco sentencias de Pleno de la Sala Primera del TS de 23 de enero de 2019, por lo que los criterios de distribución de los gastos asociados a la

escritura de préstamo hipotecario aún no eran suficientemente claros.

16. No obstante, la parte actora, el 22 de febrero de 2019, antes de la contestación a la demanda por la entidad bancaria, presentó un escrito en el que procede a cambiar el suplico de la demanda para ajustarlo a los criterios establecidos por las sentencias del TS de 23 de enero de 2019, a las que nos hemos referido anteriormente.

17. En el acto de la audiencia previa el letrado de la entidad bancaria se opuso a esta modificación del suplico de la demanda sin tener en cuenta lo previsto los artículos 286 y 426.4 LEC que permiten la alegación de hechos nuevos ante una nueva noticia siendo evidente que cinco sentencias de Pleno de la Sala de lo Civil del TS dictadas tres días después de la fecha de presentación de la demanda, constituyen un hecho nuevo de gran relevancia que permite a la parte demandante modificar el suplico, pues mantener al anterior podría considerarse hasta temerario.

18. No se produce indefensión alguna por la presentación del escrito de 22 de febrero de 2019 ya que del mismo se dio traslado a la parte demandada según lo acordado en providencia de 7 de marzo de 2019, de modo que el objeto de la controversia era, por una parte, la procedencia o improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y, por otra parte, si el consumidor demandante tenía derecho a percibir las cantidades que concreta en el escrito de 22 de febrero de 2019.

19. La contestación a la demanda, efectuada por la representación de la entidad bancaria el 19 de marzo de 2019,

invoca como causas de oposición a la misma la falta de litisconsorcio activo necesario o defecto de legitimación activa o legitimación incompleta, la improcedente determinación de la cuantía y el consentimiento prestado voluntariamente y con conocimiento de sus consecuencias respecto de la cláusula debatida según consta en la escritura litigiosa.

20. No consta en las actuaciones que se efectuase reclamación previa alguna por la demandante a la entidad bancaria pero, en cualquier caso, la contestación a la demanda se produce casi dos meses después de que se dictasen las cinco sentencias del TS de 23 de enero de 2019 en las que se fijan los criterios de distribución de las cantidades satisfechas indebidamente por los consumidores como consecuencia de la inclusión en la escritura pública de préstamo hipotecario de una cláusula abusiva desde el momento que impone el pago de todos los gastos al cliente y cuando ya era doctrina jurisprudencial reiterado que este tipo de cláusulas eran abusivas.

21. Por lo tanto, la entidad bancaria demandada tuvo ocasión de allanarse a las pretensiones de la actora y, dado que no lo hizo, una vez reducido el importe de las cantidades reclamadas, conforme a los criterios establecidos por TS, y estimándose tanto la acción declarativa de nulidad de la cláusula como la acción de condena como está en su integridad, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 LEC, deben imponerse las costas a la entidad bancaria demandada.

22. Por otra parte, debemos tener en cuenta la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 relativa al efecto disuasorio que podría producir en los consumidores condicionar el resultado de la distribución de las costas en un procedimiento de esta

índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena, por lo que, en atención al principio de efectividad, los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, de cláusulas abusivas debe interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor haga frente a parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas ante la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo.

23. En consideración a todo ello, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandante revocando parcialmente el fallo de la sentencia de instancia para imponer el pago de las costas a la entidad bancaria demandada.

24. La desestimación del recurso interpuesto por la entidad bancaria, según lo establecido en el artículo 398 LEC, obliga a imponer a esta las costas de la segunda instancia.

25. Estimado el recurso apelación interpuesto por la representación de Doña Leonor Martínez de Pisón Aparicio, no ha lugar a hacer pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por dicho recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución.

F A L L A M O S

La Audiencia Provincial de Salamanca desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco de Santander imponiendo a esta entidad bancaria las costas derivadas de su recurso y estima el

recurso de apelación interpuesto por la representación de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y revoca parcialmente la sentencia de instancia de 16 de junio de 2020, en el sentido de imponer las costas de primera instancia a la entidad bancaria demandada, manteniendo inalterado el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso interpuesto por la demandante.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 tutelar 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.