



NOTIFICACIÓ LEXNET 13/04/2023

RPR. SÒNIA RODRÍGUEZ OLIVER

AUTOS RECURS D'APEL·LACIÓ 109/2023-2 AUDIÈNCIA PROVINCIAL GIRONA (P. O 221/2022 LB 4)

ADVOCAT SR LLUIS FERRER DE NIN/PROCURADORA MONTSE CABELLO PANEQUE

Sentència desestima el recurs de la part demandada. L'imposen les costes de segona Instància/ Estima el recurs d'apel·lació interposat per la part demandant i disposa imposar les costes de Primera Instància a la part demandada.

Secció núm. 02 Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Plaça Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona
17001 Girona

Tel. 972942368

Fax: 972942373

A/e: upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

NIG 1702242120228099556

Recurs d'apel·lació 109/2023 2

Matèria: Condicions generals de la contractació

Òrgan d'origen: Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4 de la Bisbal d'Empordà (UPSD)

Procediment d'origen: Procediment ordinari (Contractació - art. 249.1.5) 221/2022

Entitat bancària: **Banc de Santander**

Per a ingressos en caixa, concepte: 1647000012010923

Pagaments per transferència bancària: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Beneficiari: Secció núm. 02 Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Concepte: 1647000012010923

Part recurrent / Sol·licitant: SÒNIA [REDACTED]
OLIVER

Procurador/a: Montserrat Cabello Paneque

Advocat/ada: Lluís Ferrer De Nin

Part contra la qual s'interposa el recurs: CAIXABANK,
S.A.

Procurador/a: Pere Ferrer Ferrer

Advocat/ada: Ignacio Benejam Peretó

SENTÈNCIA NÚM. 265/2023

Il·lms. Srs.:

MAGISTRATS

Sr. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

Sra. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

Sr. JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 5 d'abril de 2023

FETS

PRIMER. El 16 de març de 2023 es van rebre les actuacions de Procediment ordinari (Contractació - art. 249.1.5) 221/2022, procedents del Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 4 de la Bisbal d'Empordà (UPSD), a fi de resoldre el recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Montserrat Cabello Paneque, en representació de Sònia [REDACTED] contra la Sentència de data 2 de novembre de 2022, en què consta com a part apel·lada el procurador Pere Ferrer Ferrer, en representació de Caixabank S.A.





SEGON. El contingut de la decisió de la Sentència objecte de recurs és el següent:

"Que ESTIMANDO la demanda formulada por la representación procesal de D^a. SONIA [REDACTED] contra "CAIXABANK,S.A." DECLARO LA NULIDAD de las cláusulas de imputación de gastos de la Novación de Hipoteca protocolo 1.165, cláusula financiera SEGONA. Despeses a càrrec de la prestatària, y de la Hipoteca protocolo 1.166 pacto CINQUÈ, así como de la cláusula de comisión de apertura que contiene la Cláusula QUARTA. Comisiones I Compensaciones por amortización anticipada, apartat a) Comissió d'obertura, de la escritura con protocolo 1.166

Y como consecuencia declaro no incorporadas al contrato las referidas cláusulas y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la citada demandada a satisfacer a la actora la cantidad de NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA CENTIMOS (996,60€) por la mitad de los gastos de Notario y totalidad de gastos de gestoría y registro asumidos más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de su abono por la actora y la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS (352,50€) de gastos asumidos por la comisión de apertura más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de su abono por la actora. No procede condena en costas."

TERCER. El recurs es va admetre i es va tramitar de conformitat amb la normativa processal per a aquest tipus de recursos.

Es va assenyalar la data per dur a terme la deliberació, votació i decisió, que han tingut lloc el 05/04/2023.

QUART. En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals essencials aplicables al cas.

Es va designar com a ponent el magistrat Joaquim Fernández Font.

FONAMENTS DE DRET

Tema litigiós.

PRIMER. La part demandant va signar un contracte de préstec amb garantia hipotecaria amb CAIXA D'ESTALVIS PROVINCIAL DE GRONA, actualment, CAIXABANK.

En aquest procediment reclama la nul·litat per abusives de diverses clàusules incorporades al contracte.





També sol·licita la devolució de les quantitats pagades a causa de l'aplicació de les clàusules que considera nul·les.

SEGON. La sentència de primera instància ha declarat la nul·litat de les clàusules impugnades i ha condemnat al banc demandat a retornar els imports percebuts per la seva aplicació.

En el que ara ens interessa per resoldre el recurs, la resolució impugnada argumenta que la clàusula d'obertura del préstec és nul·la per abusiva.

Igualment explica que no s'ha produït la prescripció de l'acció per reclamar la devolució de les quantitats pagades en aplicació de les clàusules declarades nul·les.

Malgrat la desestimació íntegra de la demanda, no ha imposat al banc demandat les costes de la primera instància per l'existència de sentències contradictòries sobre la nul·litat de les clàusules impugnades, el que motiva l'existència de dubtes jurídics.

TERCER. La part demandant no està d'acord a la no imposició de costes malgrat l'estimació íntegra de la seva pretensió de nul·litat de determinades clàusules del contracte.

La societat financera demandada també discrepa d'aquelles decisions.

El seu recurs es fonamenta en la jurisprudència del Tribunal Suprem, que ha declarat la validesa de la clàusula d'obertura del préstec.

Pel que fa a la prescripció, es basa en la distinció entre la pretensió de nul·litat de determinades clàusules i la de devolució de les quantitats pagades per la seva aplicació.

Considera que aquesta darrera acció està prescrita, perquè el dia inicial del còmput s'ha de fixar en el moment en què el client va fer els diversos pagaments derivats de les clàusules nul·les.

QUART. Per raons de lògica i sistemàtica, entrarem a valorar primer els motius del recurs presentat pel banc demandat

RECURS DEL BANC DEMANDAT.

Clàusula d'obertura del préstec.

CINQUÈ. La jurisprudència del Tribunal Suprem, en diverses sentències de data 23 de gener de 2.019, ha admès la validesa d'aquesta clàusula contractual.





Aquestes resolucions argumenten que la clàusula d'obertura forma part del preu del contracte, el que fa que resti exclosa d'un control de contingut.

Per altra banda, aquesta clàusula està específicament admesa i regulada per la legislació espanyola.

Té com a finalitat remunerar diversos serveis que presta el banc amb caràcter previ a la concessió del préstec.

Per aquesta raó no és necessari demostrar un servei que és inherent a aquella concessió.

Aquelles sentències argumenten:

"la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios...

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)...

la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura...

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones "inherentes al negocio bancario" que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo...

Por tanto, el principio de "realidad del servicio remunerado" no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo...

no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia...

21.- En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido".

SISÈ. El plantejament d'una qüestió prejudicial davant del TJUE sobre el possible caràcter abusiu d'aquesta clàusula, va provocar que aquest Tribunal europeu dictés la sentència de 16 de juny de 2.020, on explicava:





“Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este...”

debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este...

una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente”.

SETÈ. La interpretació d'aquest criteri sobre la base de la primacia del Dret de la Unió i de la jurisprudència del TJUE, ha provocat decisions contradictòries entre les diferents Audiències que l'han aplicat.

Això ha motivat que el Tribunal Suprem, en la seva interlocutòria de 10 de setembre de 2.021, decidís plantejar al seu torn una qüestió prejudicial al TJUE sobre la possible nul·litat d'aquesta clàusula.

Segons la interlocutòria esmentada, la manera com es va explicar la normativa interna i la jurisprudència del Tribunal Suprem en la qüestió prejudicial avantdita, distorsionava tant el criteri d'aquest Tribunal com la normativa interna aplicable.

Per aquesta raó, les preguntes que aquella resolució sotmet a la valoració del TJUE són les següents:

“ 1 .º- ¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación específica de la comisión de apertura en el Derecho nacional...considera que la cláusula que establece tal comisión regula un elemento esencial del contrato, pues constituye una partida principal del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido extensivo que ha establecido la jurisprudencia del TJUE?.

2 .º- ¿Se opone al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato de préstamo o crédito hipotecario toma en consideración elementos tales como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad





financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, la especial atención que le presta el consumidor medio por ser una partida del precio que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo y constituir una parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo, y que la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permitan apreciar que constituye un elemento esencial del contrato?

3. °- ¿Se opone al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual como la controvertida en el litigio principal, relativa a la comisión de apertura... no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato?”.

VUITÈ. La sentència del TJUE de 16 de març de 2.023 ha resolt l'esmentada qüestió prejudicial.

El tribunal comença reiterant que no ens trobem davant d'una clàusula que determini una prestació essencial del contracte, el que impediria entrar a valorar la seva abusivitat:

“el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio”.

A continuació, s'ocupa de determinar els requisits que han de tenir aquestes clàusules per valorar la seva claredat:

“el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen”.

Pel que fa a la ponderació de si la comissió d'obertura genera un desequilibri important al consumidor, explica:

“En cuanto a la existencia de un posible desequilibrio importante, su examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante solamente puede resultar de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una





restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de una imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51”)...

Una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen los requisitos fijados por la referida normativa nacional en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que deberá realizar el juez competente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato...

una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo.

Procede puntualizar asimismo que sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional. En efecto, esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen, de acuerdo con esa disposición, de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión y, por consiguiente, no garantizaría un efecto pleno de los preceptos establecidos por la Directiva”.

Sobre la base d'aquestes premisses, conclou:

“el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula contractual que, de acuerdo con la normativa nacional pertinente, estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, cuyo destino es remunerar los servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

NOVÈ. Aquesta jurisprudència sembla prou clara i concloent.





No podem passar per alt que la concessió d'un préstec no és una operació que beneficiï només al prestatari.

És cert que per aquest via obté un finançament i una capacitat adquisitiva que no tindria sense ella.

També ho és, però, que el banc igualment n'obté un benefici, derivat de la retribució per la via del cobrament d'uns interessos com a conseqüència de la disponibilitat d'uns diners pel prestatari.

Els estudis i les gestions de l'entitat financera previs a la concessió del préstec, que la clàusula d'obertura pretén retribuir, no es fan només en benefici del prestatari, sinó també del banc.

Amb aquests estudis i gestions prèvies, mira d'assegurar-se de la solvència del seu client als efectes que pugui retornar-li la quantitat manlevada i pagar els interessos convinguts.

En definitiva, està cobrant per uns serveis la finalitat dels quals també l'afavoreixen.

Per tant, d'acord amb el criteri del TJUE, haurà de demostrar que les actuacions fetes afavoreixen al prestatari, de manera que pugui cobrar-li una comissió per un servei prestat.

La realització d'aquest servei no ha quedat demostrada.

Per altra banda, de la lectura de la clàusula qüestionada, no resulta cap informació sobre quin servei (estudis, gestió...) està remunerant.

Per tot això, la declaració de nul·litat de la clàusula contractual que estableix la comissió d'obertura, s'ha de confirmar.

Prescripció de la pretensió de restitució.

DESÈ. La distinció als efectes de la prescripció entre la pretensió de declaració de nul·litat per abusives de les clàusules incorporades a un contracte entre un professional i un consumidor (que per definició és imprescriptible) i la de devolució de les quantitats pagades en virtut d'aquestes clàusules, ha estat acceptada per la jurisprudència del TJUE.

La seva sentència de 21 de desembre de 2.016, admet la possible prescripció de la pretensió dirigida a obtenir la devolució del que s'hagi pagat en aplicació d'una clàusula nul·la per abusiva, sempre que la normativa interna no s'oposi als principis d'equivalència i d'efectivitat de la norma i de la jurisprudència comunitàries.

Aquesta resolució argumenta:

"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 octubre de 2009)...

Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de





hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula...

No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) y 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...

De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad....

el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución”.

ONZÈ. Partint de la base de l'admissibilitat de la prescripció de l'acció de restitució, el següent problema que es planteja és quan s'ha d'entendre que comença a córrer el termini prescriptiu.

La sentència del TJUE de 10 de juny de 2.021, fa un resum de la seva jurisprudència sobre aquesta qüestió jurídica.

La de 16 de juliol de 2.020, reiterada per la de 10 de juny de 2.021, ha considerat que s'oposa al principi d'efectivitat situar el dia inicial del còmput en el de la signatura del contracte perquè:

“puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente, viola el principio de efectividad”.

La sentència de 22 d'abril de 2.021, també exclou que es fixi en el dia en què s'ha produït el pagament de la quantitat derivada de l'aplicació de la clàusula nul·la per abusiva perquè, igualment, és factible que si es compta el termini d'aquesta manera, faci que el consumidor tampoc s'hagi assabentat de la nul·litat de la clàusula.

Finalment, la sentència de 9 de juliol de 2.020, tampoc admet que el dia inicial de la prescripció sigui el del compliment íntegre del contracte.

DOTZÈ. Cap d'aquestes resolucions determina exactament quan s'ha d'entendre iniciat el còmput de la prescripció de l'acció de restitució.





Davant d'aquesta situació, el Tribunal Suprem, en la seva interlocutòria de 21 de juliol de 2021, va decidir plantejar una qüestió prejudicial al TJUE amb la finalitat de determinar un dia inicial que no s'oposi als principis d'equivalència i d'efectivitat.

L'esmentat Tribunal planteja dues opcions, fent esment dels problemes que cadascuna presenta:

"a) Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.

b) Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato. Igualmente, puede decirse, no respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino desde la propia jurisprudencia del TJUE, cuando admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción.

Este criterio, que no contradice la prescriptibilidad de la acción de restitución, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia".

Les preguntes de la qüestió prejudicial plantejada han estat:

"1.- ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?

2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019)?

3.- Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, CaixaBank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que confirma la anterior?".





TRETZÈ. La següent qüestió a decidir és quina ha de ser la normativa aplicable per determinar el termini de prescripció, més concretament, si ho és la del Codi civil espanyol o la del català.

La normativa de protecció de consumidors i de condicions generals de la contractació és estatal.

Ara bé, que la norma que reguli l'aspecte substantiu d'una determinada institució jurídica no s'inclogui dins del dret civil català, no exclou que la llei aplicable a la prescripció hagi de ser el Codi civil de Catalunya.

Aquest és el criteri del TSJC en la seva sentència de 4 de desembre de 2.017, que argumenta.

"En cuanto a la regulación de la prescripción en el derecho civil de Cataluña esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de 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.

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".

CATORZÈ. Partint de la base de l'aplicació del termini general de 10 anys de l'article 121.20 del CCCat, el problema plantejat en realitat no té cap transcendència pràctica.

La Secció Primera d'aquesta Audiència, en moltes sentències, ha considerat que no és possible la devolució de les quantitats pagades fent aplicació de clàusules del contracte declarades nul·les, fins que no s'ha produït aquesta declaració de nul·litat.

Per tant, l'inici de la prescripció s'ha de situar en el dia que s'ha declarat la seva nul·litat.

Si s'aplica aquesta tesi, és evident que no s'hauria produït la prescripció.

Descartat pel TJUE que l'inici del còmput del termini es pugui situar en el dia del pagament o en el de l'extinció del contracte, l'aplicació





de qualsevol altra opció, singularment la plantejada pel Tribunal Suprem en la qüestió prejudicial avantdita, respecte de la data del coneixement generalitzat de la seva jurisprudència o la del TJUE, ens portaria al mateix resultat.

Des que un o altre d'aquests Tribunals s'ha pronunciat sobre la nul·litat de certes clàusules contractuals, és evident que tampoc hauria passat el termini prescriptiu de 10 anys que esdevé aplicable.

QUINZÈ. De conformitat amb l'article 398.1 de la LEC, imposem les costes de la segona instància derivades del seu recurs a la part que l'ha presentat.

RECURS DE LA PART DEMANDANT.

Costes de la primera instància.

SETZÈ. És cert que les diverses Audiències resolen les qüestions que acabem d'examinar de manera diferent.

Igualment, el Tribunal Suprem manté un criteri sobre la comissió d'obertura que sembla oposar-se a la del TJUE.

Però també és cert que la Secció Primera d'aquesta Audiència Provincial ha mantingut des de fa temps el mateix criteri que el jutge d'instància, amb el qual coincideix aquesta Secció Segona, que recentment és igualment competent per resoldre sobre les pretensions basades en la nul·litat de les condicions generals de la contractació.

Malgrat el coneixement per part del banc apel·lant d'aquell criteri reiterat, ha obligat a la part demandant a acudir als tribunals per obtenir el reconeixement del seu dret.

Per tot això, les decisions del jutge d'instància s'ajusten a les d'aquest tribunal, el que fa que la condemna en costes s'hagi de mantenir.

DISSETÈ. D'acord amb l'article 398.2 de la LEC, no imposem les costes de la segona instància derivades d'aquest recurs.

DECISIÓ.

PRIMER. Desestimem el recurs d'apel·lació presentat en nom de la part demandada contra la sentència de primera instància i la confirmem íntegrament.





SEGON. Estimem el recurs presentat per la demandant contra la mateixa sentència, i la revoquem en el sentit d'imposar les costes de la primera instància al banc demandat.

TERCER. Imposem a CAIXABANK SA les costes de la segona instància derivades del seu recurs.

QUART. No imposem les costes que resultin del recurs presentat per la part demandant.

És procedent retornar a la part apel·lant el dipòsit que va constituir amb la finalitat de recórrer la resolució de primera instància.

Contra aquesta resolució es pot presentar recurs de cassació d'acord amb allò que estableix l'article 477.2.3 de la LEC, si s'acredita el seu interès cassacional, i per infracció processal de conformitat al que preveu la disposició final setzena de la mateixa llei processal.

Serà competent per a la seva resolució el Tribunal Suprem i s'haurà de presentar davant d'aquesta Secció de l'Audiència en el termini de vint dies des de la seva notificació.

En el moment d'interposar-los s'haurà de fer, si escau, el pagament del dipòsit preceptiu.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i, una vegada ferma, retorneu les actuacions originals al Jutjat de Primera Instància i Instrucció d'on procedeix.

Així ho ha decidit la Sala, integrada pels II·lms. Srs. Magistrats indicats, els quals, a continuació, signen.

Podeu consultar l'estat del vostre expedient a l'àrea privada de sejudicial.gencat.cat.

Les persones interessades queden informades que les seves dades personals s'han incorporat al fitxer





d'assumpes de l'oficina judicial, sota la custòdia i responsabilitat d'aquesta, on es conservaran amb caràcter confidencial i es tractaran amb la màxima diligència.

Així mateix, queden informades que les dades que conté aquesta documentació són reservades o confidencials i que el tractament que se'n pugui fer queda sotmès a la legalitat vigent.

Les parts han de tractar les dades personals que coneguin a través del procés de conformitat amb la normativa general de protecció de dades. Aquesta obligació incumbeix als professionals que representen i assisteixen les parts, així com a qualsevol altra persona que intervingui en el procediment.

L'ús il·legítim de les dades pot donar lloc a les responsabilitats establertes legalment.

Amb relació al tractament de les dades amb finalitat jurisdiccional, els drets d'informació, accés, rectificació, supressió, oposició i limitació s'han de tramitar conforme a les normes que siguin aplicables en el procés en què s'obtinguin les dades. Aquests drets s'han d'exercir a l'òrgan o oficina judicial en què es tramita el procediment i n'ha de resoldre la petició qui en tingui la competència atribuïda en la normativa orgànica i processal.

Tot això de conformitat amb el Reglament EU 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, la Llei orgànica 3/2018, de 6 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals i el capítol I bis del títol III del llibre III de la Llei orgànica 6/1985, de l'1 de juliol, del poder judicial.

