



Roj: **STS 3906/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3906**

Id Cendoj: **28079110012023101332**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2023**

Nº de Recurso: **1816/2021**

Nº de Resolución: **1346/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.346/2023

Fecha de sentencia: 03/10/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1816/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ÁVILA SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Sentencia de señalamiento adicional

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1816/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1346/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 3 de octubre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Plácido , representado por el procurador D. Jorge Vázquez Rey, bajo la dirección letrada de D. Jaime Concheiro Fernández, contra la sentencia n.º 429/2020, de 19 de noviembre, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila en el recurso de apelación núm. 256/2020, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 881/2018 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ávila. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Jaime Quiñones Bueno y bajo la dirección letrada de D. Manuel Ballesteros Martínez de Medinilla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

En nombre y representación de D. Plácido , se interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ávila, contra la entidad Banco Santander S.A. que concluyó por sentencia n.º 3/2020, de 14 de enero, con el siguiente fallo:

"Que, estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dª. María Teresa Jiménez Herrero en nombre y representación de D. Plácido contra la entidad mercantil Banco Popular Español S.A. - actualmente Banco de Santander S.A.-:

"1º) DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario multidivisa formalizado en escritura pública de fecha 24 de marzo de 2.004 ante el notario D. Luis Enrique García Labajo bajo el número 364 de su protocolo y la posterior escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria de fecha catorce de noviembre de 2.008 ante la notaria Dª María Bernardina Pillado Torres (número 1.564 de protocolo) en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa; y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar a la parte actora la cantidad pagada por ésta de más por aplicación del referido clausulado multidivisa respecto a si la hipoteca referida se hubiera concedido en euros y hubiera tenido como índice de referencia al euribor hipotecario más el diferencial pactado , desde su inicio, con la compensación correspondiente para el caso de que hubieran existido cuotas abonadas por el prestatario inferiores a la determinada en euros, en ambos casos con el interés legal correspondiente conforme a las bases expuestas en el fundamento de derecho quinto, así como DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad bancaria a la devolución a la parte actora del importe correspondiente a las comisiones de cambio que en su caso se hubieren devengado, incrementada por los intereses legales correspondientes desde que las mismas se abonaran o fueran cargadas a la parte prestataria; cantidades a determinar en su caso en incidente liquidatorio en ejecución de sentencia, sobre las bases expuestas, referidas en el fundamento de derecho quinto, para el caso de que extrajudicialmente existiera controversia sobre cuál sea la cantidad procedente.

"2º) DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de las cláusulas quinta y octava contenidas respectivamente en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en la posterior escritura de novación de préstamo con garantía hipotecaria identificadas en la demanda en lo relativo a la imposición a la hoy parte actora de la obligación de pago de la totalidad de los gastos derivados de la constitución de la hipoteca así como de los gastos procesales y preprocesales referidos en la cláusula 5.1.4 de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandada.

2.- El recurso fue resuelto por la sentencia n.º 429/2020, de 19 de noviembre, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila en el recurso de apelación núm. 256/2020, con el siguiente fallo:

"Que, estimando totalmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la sociedad mercantil Banco de Santander S.A. contra la sentencia de fecha catorce del mes de enero del año 2.020 dictada por el juzgado de primera instancia número dos de Ávila en los autos de procedimiento civil ordinario registrados con el número 881/2.018, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y en su lugar acordamos:

1.- Absolvemos a la parte demandada la sociedad mercantil Banco de Santander S.A. de la totalidad de las pretensiones ejercitadas por la parte actora D. Plácido .

2.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en la primera instancia.

3.- No se hace especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta segunda instancia."

TERCERO.- *Interposición y tramitación de recurso de casación*



1.- En nombre y representación de D. Plácido , se interpuso recurso de casación ante la sección 1 de la Audiencia Provincial de Ávila.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Plácido contra la sentencia dictada con fecha 19 de noviembre de 2020, por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 256/2020 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 881/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ávila."

3.- La parte recurrida presentó escrito de oposición en el plazo concedido al efecto, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- D. Plácido formuló en diciembre de 2018 demanda frente a Banco Santander S.A., solicitando la nulidad del clausulado multivisa, y de las estipulaciones de gastos del préstamo hipotecario, contenidas inicialmente en la escritura de 24 de marzo de 2004, novado el catorce de noviembre de 2.008, y después cancelado en marzo de 2012.

2.- El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda, y las pretensiones ejercitadas.

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandada, apreciando la existencia de retraso desleal, estableciendo:

"...cabe concluir que existe un ejercicio desleal o tardío del derecho al ejercitar la pretensión esgrimida cuando el préstamo fue amortizado el día ocho del mes de marzo del año 2.012 y la demanda rectora fue presentada ante el decanato de los juzgados de primera instancia de Ávila el día dieciocho del mes de diciembre del año 2.018, esto es, con el transcurso de un lapso temporal más que suficiente para fundar la deslealtad que sustenta la teoría del abuso del derecho, lo que no hace sino determinar respecto de este punto la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la totalidad de las pretensiones de la parte actora."

SEGUNDO.- *Decisión del recurso.*

Motivo único de casación.

1.- "Al amparo del art. 477.2 3º y 477.3 de la LEC, (interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial), infracción del art. 7.1 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en relación con la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de acciones. La sentencia recurrida vulnera dicha doctrina, al entender que existió un retraso desleal por parte de mi representado al interponer la acción de nulidad parcial del préstamo multivisa y su novación el día 18 de diciembre de 2018, habiendo sido cancelado dicho préstamo el día 8 de marzo de 2012."

Decisión de la Sala

1.- La apreciación de la doctrina del retraso desleal exige que, además del transcurso de un dilatado plazo temporal, por más que no exceda del plazo de caducidad o de prescripción, concurra una conducta que, objetivamente haya creado en la otra parte la confianza en que la acción no se ejercitará y convierta en desleal el ejercicio de la acción. Entre las más recientes, la sentencia 112/2022, de 15 de febrero, con cita de las sentencias 616/2021, de 21 de septiembre y 783/2021, de 15 de noviembre declaró:

"La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería".

2.- En la sentencia 467/2023 de 11 de abril, examinando cuestión similar, estimando el recurso de casación, dijimos que, "el único elemento en el que la Audiencia Provincial basa la aplicación de la doctrina del retraso



desleal es el transcurso de un lapso temporal que considera excesivo entre la cancelación del préstamo y la interposición de la demanda. Pero falta el elemento de la conducta del acreedor objetivamente apta para suscitar en el deudor la confianza en que no se ejercitará la acción y que convierta en desleal el ejercicio de la misma, puesto que tal deslealtad no puede derivarse exclusivamente del lapso temporal pues en tal caso estaríamos creando un nuevo plazo de caducidad o de prescripción sin apoyatura legal."

3.- Por otra parte, tomando en consideración que el demandante ya había reclamado por la cláusula multidivisa y gastos al banco en noviembre de 2018, y que en los años 2015 y 2017 se dictaron por este tribunal sentencias que declararon el carácter abusivo de las cláusulas no negociadas que atribuían al consumidor el pago de gastos del préstamo hipotecario y la nulidad por abusivas de las estipulaciones multidivisa que no superaban el control de transparencia, no se aprecia deslealtad porque en el año 2018 el prestatario decidiera ejercitar las acciones destinadas a obtener la declaración de nulidad de tales cláusulas y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de las mismas.

4.- Por tanto, procede la estimación del recurso de casación y como la Audiencia Provincial, al haber apreciado el retraso desleal, no examinó el resto de los motivos del recurso de apelación, deben devolverse las actuaciones para que dicte nueva sentencia. Es decir, el pronunciamiento de esta sala debe limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que la Audiencia Provincial, como órgano de segunda instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del recurso de apelación, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar el retraso desleal de la acción ejercitada en la demanda. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

TERCERO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con el art. 398.2 LEC.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Plácido contra la sentencia n.º 429/2020 de 19 de noviembre, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila en el recurso de apelación núm. 256/2020, que casamos y anulamos.

2.º- Devolver las actuaciones al referido tribunal de apelación para que, una vez declarado que no existe óbice al ejercicio de la acción derivado del tiempo transcurrido entre la cancelación del préstamo y la presentación de la demanda, dicte nueva sentencia resolviendo las restantes cuestiones de hecho y de derecho objeto del recurso de apelación. La apelación y el eventual recurso extraordinario que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.