



Roj: **SAP BU 208/2023 - ECLI:ES:APBU:2023:208**

Id Cendoj: **09059370022023100064**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **23/03/2023**

Nº de Recurso: **76/2023**

Nº de Resolución: **105/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

SENTENCIA: 00105/2023

Modelo: N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Teléfono: 947 25 99 30 **Fax:** 947 25 99 33

Equipo/usuario: MNA

N.I.G. 09059 42 1 2022 0007510

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000076 /2023

Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000836 /2022

Recurrente: BANKINTER SA

Procurador: BLANCA LUCIA HERRERA CASTELLANOS

Abogado: LUCÍA MARTÍNEZ LAVARA

Recurrido: Coro , Cirilo

Procurador: JAVIER FRAILE MENA, JAVIER FRAILE MENA

Abogado: FRANCISCO GARCIA DOMINGUEZ, FRANCISCO GARCIA DOMINGUEZ

S E N T E N C I A Nº 105/2023

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS/AS SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

MAGISTRADOS/AS:

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON NICOLAS GOMEZ SANTOS

SIENDO PONENTE: DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ



SOBRE: JUICIO ORDINARIO NULIDAD CLAUSULA GASTOS-PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN.

LUGAR: BURGOS

FECHA: VEINTITRES DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES

En el Rollo de Apelación nº 76 de 2023, dimanante de Juicio Ordinario Contratación-249.1.5 nº 836/2022, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2022, siendo parte demandado apelante BANKINTER, S.A., representado ante este Tribunal por la Procuradora Doña Blanca Lucía Herrera Castellanos y defendido por la Letrada Doña Lucía Martínez Lavara; y como demandantes apelados DOÑA Coro y DON Cirilo, representados ante este Tribunal por el Procurador Don Javier Fraile Mena y defendidos por el Letrado don Francisco García Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fraile Mena en nombre y representación de D^a Coro y D. Cirilo frente a BANKINTER, S. A, representado por la Procuradora Sra. Herrera Castellanos, debo declarar y declaro la nulidad de, dentro de **QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA**, contenida en la escritura de 31 de octubre de 2000.

Debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de doscientos ocho euros con cuarenta y siete céntimos (208,47 euros), ciento veintidós euros con sesenta y cuatro céntimos (122,64 euros) y ciento setenta y cuatro euros con veintinueve céntimos (174,29 euros), lo que hace un total de QUINIENTOS CINCO EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (505,40 euros) más los intereses legales desde la fecha en que se pagaron las mencionadas cantidades.

Se imponen las costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de BANKINTER, S.A., se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 23 de Marzo de 2023.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación legal de Bankinter SA (parte demandada) formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 20-12-2022 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Burgos por la que se estimaron íntegramente las pretensiones formuladas por Coro y Cirilo de declaración de abusividad de la cláusula 5ª de gastos contenida en la escritura de 31-10-2000 y de reclamación de gastos.

La sentencia apelada estima la abusividad de la cláusula de gastos indicada, rechazando la excepción de prescripción de la acción restitutoria de los gastos reclamados, considerando, en síntesis, que no debe computarse el plazo de la acción restitutoria desde la celebración del contrato y que el propio TS en la cuestión prejudicial planteada con relación a esta cuestión ante el TJUE, no tiene en cuenta la fecha del 23-12-2015, sino otras posteriores, desde cuya fecha no ha transcurrido el plazo de prescripción.

La parte apelante solicita la desestimación de las pretensiones de la demanda respecto de la acción restitutoria de gastos que fue ejercitada. Invoca, en síntesis, como motivo del recurso que la acción de restitución ha prescrito (S. TJUE 16-7-2020). Las acciones de nulidad y restitutoria son dos acciones distintas y la restitutoria está sujeta a un plazo de prescripción, de 5 años desde la entrada en vigor de la Ley 42/2015 por aplicación el artículo 1964.2CC con el límite del 28-12-2020 (por la suspensión de plazos derivada de la declaración del estado de alarma). Considera que el plazo de prescripción comienza en el día que se abonan la totalidad de los gastos o en el momento en que pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, conocimiento que existía con carácter general en 2013 o, como tarde, con la difusión de la S. del TS de 23-12-2015.

SEGUNDO.-Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse su desestimación.

Respecto de la prescripción de las acciones ejercitadas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2021 ha señalado que es contrario al Derecho europeo protector de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de contratos concertados con profesionales, que el plazo de prescripción de la acción para reclamar la cantidades indebidamente pagadas por razón de la aplicación de tal cláusula inicie su computo antes que el consumidor afectado por la misma tenga conocimiento del carácter abusivo de la susodicha cláusula.



Asimismo, la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 2021*, señala:

1º) La acción para solicitar la nulidad de tales cláusulas debe considerarse no sujeta a prescripción, lo cual es conforme con la doctrina de la jurisprudencia española que se señala que la acción de nulidad absoluta no está sujeta a plazo de prescripción.

2º) La acción para solicitar la restitución por el consumidor de las cantidades pagadas de forma indebida por la aplicación de la cláusula declarada abusiva puede estar sujeta a plazo de prescripción, siempre que tal plazo sea razonable en el sentido de no hacer imposible o sumamente difícil el ejercicio de la reclamación o devolución de las cantidades indebidamente pagadas, señalando el citado Tribunal que un plazo de cinco años debe considerarse a tales efectos como razonable.

3º) Que la fecha inicial para el computo del plazo de prescripción (*dies a quo*) no debe ser la fecha en que se concertó el contrato o en que se hicieron los pagos cuya devolución se solicita, sino la fecha en que el consumidor es consciente que la cláusula en cuestión tiene el carácter abusivo, lo cual es conforme con la doctrina jurisprudencial española que atendiendo al art. 1.969 del CC señala que el plazo inicial de la prescripción debe ser el momento en que la acción puede ser ejercitada.

El art. 1969 del Código Civil dispone que " *el tiempo para el ejercicio de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*"

Aunque existe controversia en la doctrina, sobre cuál debe ser el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas indebidamente por aplicación de una cláusula suelo abusiva, consideramos que el inicio de tal computo nunca debe ser anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, ya que fue ésta la que se pronunció por primera vez, estableciendo la doctrina de la nulidad por ser abusiva de la cláusula que de forma indiscriminada imputaba el pago de todos los gastos generados por un contrato de préstamo hipotecario al prestatario, por lo que antes de dictarse tal Sentencia, el consumidor no era consciente de su carácter abusivo, siendo muy difícil que ejercitara la correspondiente acción.

En todo caso, el Tribunal Supremo en su Auto de 22 de julio de 2021 en el que formula ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial sobre el plazo inicial para aplicar el plazo de prescripción, se plantea como momento inicial para el computo del mismo, bien la propia sentencia que declara la nulidad, bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 en la que establece la distribución de los gastos del préstamo hipotecario, bien la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 que admite la prescripción de la acción de restitución de gastos pagados indebidamente.

TERCERO.- Lo cierto es que, efectuada, en el presente caso, reclamación extrajudicial el 8-9-2022 (documento 8 de la demanda) e interpuesta la demanda en fecha 19-10-2022, es claro que en cualquiera de los tres supuestos valorados en la cuestión prejudicial planteada como de posible inicio del cómputo del plazo de prescripción, la acción de restitución de gastos no ha prescrito.

Por ello, y no pudiendo apreciar la prescripción de la acción, procede con desestimación del recurso, confirmar los pronunciamientos de la sentencia apelada.

CUARTO.-Costas.-Ante la desestimación del recurso y en aplicación del artículo 398.1LEC, se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Bankinter SA contra la sentencia dictada en fecha 20-12-2022 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Burgos, acordamos su confirmación, haciendo expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante

Dese al depósito en su caso consignado para recurrir el destino legal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la LEC.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Mauricio Muñoz Fernández, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.



NOTA.- Véase en el Libro Registro de Resoluciones al folio 92 vltto.

NOTA.- Queda puesta certificación en el Rollo de Apelación.- Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ