



FACULTAD DE DERECHO

La prescripción de la acción restitutoria de las cantidades abonadas por los usuarios en concepto de gastos hipotecarios declarados abusivos en el marco de préstamos hipotecarios: estado de la cuestión.

Autora: Lucía Morrás Lorenzo

5º E-3 Analytics

Área de Derecho civil

Tutor: José Ramón García Vicente

Madrid

Abril 2023

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS MECANISMOS DE CONTROL.....	5
1. CLÁUSULAS ABUSIVAS: CONCEPTO.....	6
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS: MECANISMOS DE CONTROL	7
3. CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.....	10
3.1. <i>Concepto</i>	10
3.2. <i>Declaración de abusividad</i>	11
CAPÍTULO II. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA.....	12
1. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA	12
1.1 <i>Aplicación de disposiciones supletorias</i>	13
1.2 <i>Posibilidad de aplicación de cláusulas contractuales abusivas</i>	13
1.3 <i>Restitución de ventajas obtenidas</i>	13
1.3.1. Origen comunitario de la acción de restitución	13
1.3.2. La acción de restitución	14
a) Distinción entre la acción de nulidad y la acción de restitución ...	15
2. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.....	15
2.1. <i>Distribución de gastos como consecuencia de la nulidad de la cláusula</i>	15
2.2. <i>Regulación actual de la distribución de gastos hipotecarios</i>	17
CAPÍTULO III. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS GASTOS HIPOTECARIOS	18
1. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN.....	18
2. DURACIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: SOBRE LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN	19
3. CONSIDERACIONES GENERALES DEL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN	23

3.1. <i>Consideraciones del TJUE y sus implicaciones</i>	24
3.1.1. Determinación del <i>dies a quo</i> por el TJUE	26
CAPÍTULO IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DEL <i>DIES A QUO</i>	29
1. EL PLAZO COMIENZA EL DÍA QUE SE HICIERON LOS PAGOS .	30
2. EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN COMIENZA CON LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA	36
3. EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN COMIENZA CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE DECLARA LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS	39
4. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN	44
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	49
1. LEGISLACIÓN.....	49
2. JURISPRUDENCIA.....	49
3. OBRAS DOCTRINALES	58
4. RECURSOS DE INTERNET	59

ABREVIATURAS

LCGC - Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

LGCU - Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

LCCI - Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

AP – Audiencia Provincial

AAPP – Audiencias Provinciales

TS - Tribunal Supremo

p./pp. - Página páginas

par.- Párrafo

TJUE - Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

SAP – Sentencia de la Audiencia Provincial

INTRODUCCIÓN

Resolver cuestiones interpretativas en el derecho es uno de los quehaceres más complejos, más es así cuando entran en ponderación las resoluciones emanadas de diferentes órganos jurisdiccionales (TS, TJUE).

La cuestión que en este trabajo se va a abordar gira en torno a la determinación del *dies a quo* de la prescripción de la acción de restitución derivada de la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios.

Es preciso, para comenzar esta investigación, realizar un análisis acerca de qué son y dónde se enmarcan las cláusulas abusivas y de su razón de ser y fundamento dentro de las situaciones jurídicas actuales. Debe comprenderse bien cuáles son las consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula inserta en un contrato, cuyo máximo es la nulidad y qué consecuencias derivan de esta, en esencia la acción de restitución.

La acción de restitución en el derecho español puede verse desde diferentes vértices, para lo que hay que abordar: su razón de ser, su duración y el comienzo del plazo de esta, que es el objeto principal de este trabajo.

La controversia analizada aquí, hace referencia a los préstamos hipotecarios perfeccionados antes del 16 de junio de 2019, que es la fecha de entrada en vigor de la LCCI. A partir de entonces se regula en la propia ley la distribución de gastos hipotecarios y por tanto la cláusula como tal desaparece.

En este trabajo se tratará de abordar el estado de la cuestión acerca de qué posiciones existen a la hora de determinar el *dies a quo* del art.1964.2 CC, es decir, qué argumentaciones existen ante la posibilidad del ejercicio que exige el art.1969 CC para estas acciones. Para ello se va a abordar desde un aspecto tanto jurisprudencial, entendiendo las argumentaciones de las diferentes AAPP, como doctrinal, haciendo referencia a los autores más notorios. Para añadir ponderaciones ante las diferentes maneras de interpretar el contenido del CC.

CAPÍTULO I. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SUS MECANISMOS DE CONTROL

Hay que situarse en el frenético tráfico jurídico actual para entender la razón de ser de las condiciones generales de la contratación, que dan lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, califica como “un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico” (FJ2). Esta ya habitual realidad, se aleja de la forma de contratar formulada en la Teoría General de los Contratos, que se basa en la autonomía de la voluntad, siendo cada vez menos común la negociación individualizada. Esto es consecuencia de como bien indica la STS 241/2013, de 9 de mayo, “los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado conlleva (...), unido al elevado volumen de operaciones que se realizan” (par.139).

Así pues, y debido a que la mayoría de las relaciones jurídicas se dan entre empresas y particulares (*Business to Consumer, B2C*) se ha desarrollado una legislación *ad hoc* para este tipo de relaciones jurídicas consideradas desequilibradas¹. En este contexto, son de vital importancia la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación que transpone la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores (en lo sucesivo, Directiva), que regula las condiciones generales de la contratación; y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Como se desprende del Preámbulo de la LCGC, la regulación nace con el fin de proteger la igualdad de los contratantes, pues se ve necesario reequilibrar la posición del consumidor frente al empresario, ya que se considera al primero más débil en cuanto a lo que capacidad de negociación se refiere. En esta línea recuerda nuestro Tribunal Supremo en su STS 241/2013, de 9 de mayo que “el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las

¹ Navarro Mendizábal, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 245-249.

condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas” (par.108).

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS: CONCEPTO

Las condiciones generales de la contratación marcan el punto de partida para el nacimiento de las cláusulas abusivas, en tanto que las cláusulas abusivas recogidas en la LGDCU aplican a los consumidores o usuarios, que en esencia no han podido negociar las cláusulas del contrato. Por tanto, en consonancia con la definición prevista en el art. 1.1 LCGC son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

El concepto de cláusula abusiva incluye “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” en virtud del art. 82.1 LGDCU.

Es necesario resaltar la importancia del término consumidor o usuario, debido a que es una condición esencial (*vid.* art.2 LGDCU) para que puedan aplicarse los mecanismos de control de cláusulas abusivas previstos en la Directiva. En caso contrario, habría de estar a lo dispuesto en la LCGC y a las normas generales de obligaciones y contratos del CC. El término consumidor, queda delimitado en el art. 3 LGDCU con la nueva redacción dada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica como “personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS: MECANISMOS DE CONTROL

Existen dos mecanismos de control que determinan la potencial abusividad de una cláusula, a los que se hará referencia de manera sucinta en este apartado, y son el control de transparencia y el de abusividad. Son las autoridades nacionales, en concreto los órganos jurisdiccionales nacionales quienes deben evaluar la transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales específicas a la vista de las circunstancias de cada caso². El TJUE ha reiterado en numerosas ocasiones, entre otras la STJUE de 1 de abril de 2004, Asunto C-237/2, *Freiburger Kommunalbauten* que su función es la de ofrecer directrices y parámetros sobre la interpretación de ambos controles, el de abusividad y el de transparencia.

El control de transparencia hace alusión a la exigencia para los profesionales de redactar las cláusulas con un lenguaje claro y comprensible, hasta el punto de que los consumidores puedan entender las consecuencias que de ellas derivan para no ser consideradas abusivas. El control de abusividad en sentido estricto hace referencia a si una cláusula causa un desequilibrio importante entre las partes, llegando a valorar si el consumidor de manera individual hubiera aceptado la misma.³ A continuación, se va a exponer el ámbito de aplicación y requisitos de cada control para considerar una cláusula abusiva.

Para poder someter al control de abusividad una cláusula contractual, se ha de comprobar en primer lugar que se está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, delimitado en su art. 4.2. Para que una cláusula esté dentro de dicho ámbito, no puede ni referirse al objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución.

En segundo lugar, para determinar si una cláusula es abusiva se ha de estar a lo previsto en los art. 3.1 y 4.1 de la Directiva y el art. 82 LGDCU en relación con el art. 8 LCGC como se había adelantado. Del análisis relativo de los artículos enunciados y la

² Unión Europea. “Comunicación de la Comisión (C-323/04). Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.” *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº62, 27 de septiembre de 2019. p. 22. (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&from=PL); última consulta: 3/4/2023)

³ *Ibid.*, pp.25-29

doctrina jurisprudencial confirmada por la STS 241/2013, de 9 de mayo se deben extraer los siguientes requisitos para la declaración de abusividad:

- i) Debe tratarse de condiciones generales de la contratación, en los términos ya definidos, siendo no negociadas, predispuestas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos. (*cfr.* par.233)
- ii) La cláusula debe ser contraria a las exigencias de la buena fe objetiva. (*cfr.* par.233)
- iii) La cláusula debe causar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, en perjuicio del consumidor (*cfr.* par. 233). Pudiendo este desequilibrio darse en cualquier momento de la vida del contrato, desde su oferta hasta su ejecución (*cfr.* par. 245).

Los preceptos mencionados no contienen ninguna definición sobre lo que ha de entenderse por “buena fe” o “desequilibrio importante”. No obstante, el Decimosexto Considerando de la Directiva recoge una mención respecto a cómo los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe, así es “tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, ha aportado determinadas indicaciones de interpretación de los conceptos en su doctrina jurisprudencial, en concreto en las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11 *Aziz* (par. 68-69); de 26 de enero de 2017, C-421/14, *Banco Primus* (par.58-60) y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, *CIB Bank* (par.49-51) que recogen:

- a) Para determinar si una cláusula causa un “desequilibrio importante” entre las partes en detrimento del consumidor deben tenerse en cuenta las normas aplicables del derecho nacional cuando en defecto de pacto. Con ello el juez podrá valorar en qué medida queda el consumidor en una situación menos desfavorable comparado con el derecho vigente, teniendo en consideración los medios de los que dispone el consumidor conforme a la normativa nacional para que cede el uso de cláusulas abusivas.
- b) Para entender en qué circunstancias el desequilibrio se causa el desequilibrio “contrario a las exigencias de la buena fe” debe ponderarse si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el

consumidor, este aceptaría la cláusula en el marco de una negociación individual.

Estos criterios interpretativos han sido reiterados por nuestro TS en sentencias como la STS 265/2015, de 22 de abril⁴.

La valoración acerca de la abusividad de las cláusulas ha de ser puesta en conexión con el requisito de transparencia enunciado en los art. 4.2 y 5 de la Directiva (transpuesto en los art. 5.5 y 7 LCGC), además de en el Vigésimo Considerando de esta. Este principio reza así, “los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable”, y es aplicable a todas las cláusulas, tanto del contenido principal como el accesorio.

La Comisión Europea ha detallado una serie de factores que sirven para valorar si una cláusula es transparente en el sentido de la Directiva. Dichos preceptos comprenden⁵:

- i) Si el consumidor tuvo la oportunidad real conocer y entender una cláusula en un contrato antes de adherirse al mismo. Esto implica que se le permitió leer y revisar dicha cláusula y cualquier referencia a otros documentos o anexos en los mismos términos.
- ii) La claridad y precisión del lenguaje utilizado en cada cláusula del contrato, y en algunos casos, considerar la interacción con otras cláusulas de este. También es importante tener en cuenta la perspectiva de los consumidores a quienes se dirigen dichas cláusulas, incluyendo su nivel de familiaridad con el idioma utilizado en el contrato.
- iii) El modo en que se presentan las cláusulas contractuales. Incluyendo aspectos como la claridad de presentación visual, la estructura del contrato y la disposición de sus cláusulas.

⁴ En ella se declara la abusividad de una cláusula de los intereses de demora argumentando que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio.

⁵ Unión Europea, “Comunicación de la Comisión...”, *op. cit.*, pp. 25-26.

Además de los preceptos mencionados, la Comisión hace alusión al requisito de transparencia sustantiva, también llamada transparencia “material”, que emana de la doctrina de los tribunales.⁶ Este requisito alude a que la transparencia requiere que las cláusulas contractuales sean más que inteligibles formal y gramaticalmente, e implica que los consumidores deban poder evaluar las consecuencias económicas de una cláusula o contrato. Es importante entender, que no superar el filtro de transparencia no convierte la cláusula en abusiva, sino que esta debe someterse al control de abusividad expuesto. En palabras de la Comisión Europea “la falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1”, sin perjuicio de que el Derecho nacional pueda establecerlo como consecuencia inmediata, como así sucede en España (*vid.* art 83. 2º LGDCU).⁷

3. CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

3.1. Concepto

Dentro del contrato de hipoteca podemos encontrar diferentes tipos de cláusulas que lo conforman, que se suelen dividir en tres grupos, cláusulas financieras, cláusulas de garantía y otras estipulaciones.⁸ Las cláusulas financieras, son la base del contrato estipulan el coste del préstamo, además de las condiciones que se deben cumplir antes y durante la vida del préstamo.⁹ Entre las más destacables de estas se encuentra la de comisión de apertura, la comisión por impago, los intereses de demora, las cláusulas suelo o cláusulas de imposición de los gastos de formalización del préstamo hipotecario entre muchas otras. Esta última, comúnmente llamada cláusula de gastos hipotecarios es la central para el propósito de esta investigación debido a su importancia en el tráfico jurídico, al ser una cláusula presente en todos los contratos hipotecarios. Su inclusión se debe entre otros motivos a la necesidad de llevar a cabo la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, siendo este es uno de los gastos que se incluye en ella. La cantidad a la que asciende la cláusula en cuestión en muchas ocasiones pasa desapercibida, dado que se trata de una cantidad relativamente pequeña para los usuarios;

⁶ Unión Europea, “Comunicación de la Comisión...”, *op. cit.*, pp.26-27

⁷ Unión Europea, “Comunicación de la Comisión...”, *op. cit.*, p.34

⁸ Beltrán, A., ¿Qué cláusulas tiene un contrato hipotecario?, *Hipotecas Plus*, 2019 (disponible en: <https://www.hipotecasplus.es/blog/que-clausulas-tiene-un-contrato-hipotecario/>, última consulta:1/4/2023)

⁹ *Id.*

en comparación con el montante del préstamo. En cambio, para las entidades financieras supone una cifra millonaria, pues concentra la suma de unos pocos miles de euros en infinidad de ocasiones, siendo vital resolver quién debe abonar el gasto.

La cláusula de gastos hipotecarios está formada por los gastos que se generan a la hora de suscribir un préstamo, se incluyen aquí: gastos de tasación del inmueble, gastos de gestoría, aranceles notariales, gastos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad e impuestos (IAJD en concreto) como así enumera la LCCI. Dicha ley incluye actualmente la distribución del pago de los gastos entre prestamista y prestatario en España, asumiendo cada uno los que le son imputables.

3.2. Declaración de abusividad

La STS 705/2015, de 23 de diciembre, declaró la nulidad de las cláusulas de gastos tal y como están incluidas en la mayoría de los préstamos hipotecarios, en el sentido en que imponen todos los gastos al prestatario de la operación de manera indiscriminada y general, lo que se consideró abusivo. El principal argumento al que hace referencia el Tribunal (FJ 4º g) es el art. 89.3.2º LGDCU, ya que se considera abusiva en todo caso “la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”, y en estos casos el interesado es el prestamista (ejemplo claro es la inscripción de la hipoteca para ser oponible), de manera que deja al prestatario en una situación de desequilibrio relevante, contraviniendo el art. 89.2 y 3 de la LGDCU.

La declaración de abusividad de la cláusula por el Tribunal Supremo en 2015, no establece un criterio uniforme acerca de cómo deben distribuirse los gastos entre prestamista y prestatario a falta de pacto, puesto que el caso se resolvió en el seno de una acción colectiva y no procedía determinar las cantidades concretas a reintegrar.

CAPÍTULO II. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA

La declaración de abusividad de una cláusula contractual no negociada individualmente conlleva la nulidad de pleno derecho de esta en virtud del art. 8 LCGC y art. 83 LGDCU, es decir, se tendrá por no puesta. No obstante, nuestro Derecho amparándose en el principio de conservación del negocio jurídico indica que la declaración de nulidad de determinadas cláusulas no es óbice para la subsistencia del contrato principal, siempre que pueda hacerlo sin ellas. Esta consecuencia emana del art. 83 TRLGDCU ya mencionado y del art. 10 LCGC, donde se explicita que será la sentencia que declare la nulidad de la cláusula la que debe pronunciarse sobre la posibilidad de subsistencia del contrato.

El juez encargado de evaluar una cláusula contractual abusiva únicamente está obligado a declararla inválida para que no tenga efecto vinculante sobre el consumidor, mas no tiene la autoridad para modificar su contenido, como así confirma la jurisprudencia del TJUE¹⁰. En caso de que los jueces pudieran revisar las cláusulas contractuales abusivas estarían por ende declarándose parcialmente vinculantes, y por tanto los profesionales se verían beneficiados de haber incluido la cláusula. Esta posibilidad reduciría la eficacia del art. 6.1 Directiva además de eliminar el efecto disuasorio y de protección de los intereses del consumidor, que el propio apartado y el art. 7.1 pretenden conseguir.¹¹

1. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA

Del art.6.1 de la Directiva, se desprende que las cláusulas declaradas abusivas no vincularán al consumidor y en virtud del derecho nacional serán declaradas nulas. Esta nulidad puede llevar aparejada diferentes efectos consecuencia de la misma. Las posibilidades contempladas por el Derecho Comunitario son tres: aplicación de la cláusula abusiva como tal, aplicación de disposiciones supletorias y la restitución de ventajas obtenidas. A continuación, se va a analizar la interpretación de los Tribunales para tales efectos.

¹⁰ Referencia a las sentencias STJUE, Asunto C-421/14, *Banco Primus*, de 26 de enero de 2017, par. 71 y STJUE Asunto C-618/10 *Banco Español de Crédito S.A.*, de 14 de junio de 2012, par. 65.

¹¹ Unión Europea, “Comunicación de la Comisión...”, *op. cit.*, pp.37-39

1.1 Aplicación de disposiciones supletorias

Hasta septiembre de 2019, del art.6.1 de la Directiva, parece dilucidarse que la aplicación de disposiciones supletorias de derecho nacional derivadas de la inaplicación de cláusulas abusivas que no produzcan la nulidad del contrato en su totalidad no está admitida, pues supondría una revisión de la cláusula por parte del juez.¹²

Sin embargo, pronunciamientos posteriores del TJUE han confirmado esta posibilidad. En esta línea la STJUE de 16 de julio de 2020, Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, establece que “[...]el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes” (par.54).

1.2 Posibilidad de aplicación de cláusulas contractuales abusivas

El TJUE en ha reiterado en diferentes ocasiones cómo puede subsistir la aplicación de una cláusula contractual declarada abusiva: siempre que el órgano jurisdiccional haya informado al consumidor del carácter abusivo y por ende no vinculante de la misma, siendo casos en los que el contrato pueda subsistir aun eliminando dichas cláusulas.¹³ En estos casos el consumidor puede optar por no confiar en la protección otorgada y que por tanto le sea de aplicación la cláusula, como así confirma la Comisión.¹⁴

1.3 Restitución de ventajas obtenidas

1.3.1. Origen comunitario de la acción de restitución

El TJUE también contempla la restitución de ventajas obtenidas por el empresario como consecuencia directa del carácter no vinculante de una cláusula abusiva.¹⁵ Por tanto, en caso de haber realizado pagos en virtud de cláusulas contractuales abusivas, los

¹² Unión Europea, “Comunicación de la Comisión...”, *op. cit.*, pp.42-43

¹³ SSTJUE de 4 de junio de 2009, Asunto C-243/08, *Pannon GSM.*, par. 35; de 21 de febrero de 2013, Asunto 472/11, *Banif Plus Bank*, par.27 y 35; de 9 de julio de 2020, Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18, *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*, par. 53; de 26 de marzo de 2019, Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, par. 63 y de 7 de noviembre de 2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18 y C-483/18, par. 47.

¹⁴ Unión Europea, “Comunicación de la Comisión...”, *op. cit.*, p.43

¹⁵ *Id.*

consumidores dispondrán del derecho al reembolso de los pagos realizados en virtud de esta. El TJUE confirma así la restitución de pagos entre otras en sus SSTJUE de 31 de mayo de 2018, Asunto C-483/16, *Sziber*, par. 34 y 53, y de 21 de diciembre de 2016, Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, par. 60-63; de donde se puede extraer:

“...la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en dicho contrato permite que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tales cláusulas abusivas, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de dichas cláusulas”.

1.3.2. La acción de restitución

El Código Civil en su art. 1303 establece como regla general de los efectos de la declaración de nulidad de un negocio jurídico o parte de él, la restitución de prestaciones. En el mismo sentido, siguiendo a DE CASTRO y DÍEZ-PICAZO la nulidad de pleno derecho debe llevar aparejada una reacción en caso de que el contrato haya surtido efectos en la realidad (como un desplazamiento patrimonial), de manera que los mismos deben ser eliminados para reestablecer la situación jurídica y de hecho anterior, como si el contrato nunca hubiera existido.¹⁶

De la misma forma, invocando los principios básicos tradicionales del derecho y la jurisprudencia se llega a la misma conclusión. *Quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), que determina la imposibilidad de que las cláusulas produzcan efecto jurídico alguno.¹⁷ De la misma forma se ratifica en la STS 467/2017, de 19 de julio, reiterando la doctrina de la STS 241/2013, de 9 de mayo, en materia de condiciones generales de la contratación declaradas abusivas, considerando que “la declaración de nulidad exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos”.

¹⁶ De Castro, F. *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p.483; Díez-Picazo, L. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Vol. I, 6ª ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2007 pp. 579-581

¹⁷ Díez-Picazo, L. *Fundamentos de derecho civil... op. cit.*, pp.579

a) Distinción entre la acción de nulidad y la acción de restitución

Para poder analizar la acción de restitución y su régimen, es preciso esclarecer la diferencia que existe entre la acción de nulidad y la acción de restitución, pues ambas tienen su origen en la declaración de abusividad de una cláusula. Las dos acciones están íntimamente ligadas, pues la acción de restitución encuentra su origen en la propia declaración de nulidad, ya que es debido a la nulidad que los pagos han sido hechos indebidamente. No obstante, se trata de dos acciones distintas, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, existe una acción de nulidad de naturaleza declarativa e imprescriptible y una acción de restitución que busca eliminar los efectos que la cláusula nula ha tenido sobre las partes, cuya finalidad es reestablecer la situación de hecho anterior.¹⁸ Esta idea, de que existen dos acciones diferentes, una de nulidad imprescriptible y otra de restitución es cuestión pacífica en nuestro ordenamiento, en virtud de la jurisprudencia del TS compatible con el derecho comunitario.¹⁹

2. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

2.1. Distribución de gastos como consecuencia de la nulidad de la cláusula

La doctrina del TS, en su STS 705/2015, de 23 de diciembre, declara la nulidad de la cláusula en su conjunto, y en virtud de lo expuesto daría lugar a la restitución completa de los pagos para el prestatario/consumidor/deudor para que prevalezca el principio de efectividad. No obstante, se debe atender a que se trata de pagos que han de realizarse a un tercero (registrador, Estado...) y la declaración de abusividad no puede dar lugar a que dejen de percibir lo que la ley les atribuye.²⁰

¹⁸ *Ibid.*, pp.578-583

¹⁹ Las SSTJUE de 16 de julio de 2020 Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A.* y *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.* (par.85), y de 9 de julio de 2020, Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 *Raiffeisen Bank* y *BRD Groupe Société Générale* (par. 89) declaran que es conforme a derecho comunitario la doctrina establecida en entre otras las STSS de 27 de febrero de 1964 [RJ 1964\1152]; 725/2018, de 19 de diciembre; 46/2019, de 23 de enero.

²⁰ Álvarez Royo-Villanova, S., “La cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios de consumidores: la abusividad y sus consecuencias. Comentario de cuatro Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (46, 47, 48 y 49/2019)” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n.11, 2019, pp. 66-67

Como ya se ha justificado previamente, la doctrina del TJUE ampara la aplicación de disposiciones que se hubieran aplicado a falta de pacto, y acorde a ello se sitúa el TS en su doctrina sentada por las STS 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019 de 23 de enero. En ellas se enfatiza que “el efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva exige el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas”(FJ2).

De lo expuesto se entiende que se debe imponer al prestamista el abono al prestatario de las cantidades que le hubieran correspondido en virtud de las disposiciones legales en defecto de pacto, y que ello equivale a volver a la situación de no imposición de la cláusula declarada abusiva como así exige la Directiva.

La doctrina acerca de qué pagos son exigibles para los contratos perfeccionados antes del 16 de junio de 2019 (entrada en vigor de la LCCI) que son los que para este estudio interesan, se recoge en las sentencias citadas y se resume a continuación, sin entrar a valorar las ponderaciones que hace el Tribunal acerca del interés de cada parte. Los gastos notariales se corresponderán por mitad, las copias de las escrituras corresponden a quien las solicite, los gastos de inscripción registral corresponden al prestamista y los gastos de gestión deben distribuirse por mitad. Por tanto, el prestatario puede exigir el reintegro de la mitad de los gastos de gestoría y notaría y la totalidad de los gastos registrales además del interés legal desde que se abonaron, si hubiera hecho los pagos en virtud de una cláusula de gastos que le impusiera todos los pagos a él.²¹

²¹ En este sentido el Tribunal se posiciona siguiendo a la doctrina de PASQUAU, que defiende que el fundamento de la restitución se encuentra en el enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido y en el art. 1303 CC, justificando así el pago del interés legal desde el abono efectivo de las cantidades. En Pasquau, M., “El reembolso de lo pagado por el impuesto de la hipoteca: ¿contra quién?¿en qué plazo? En

2.2. Regulación actual de la distribución de gastos hipotecarios

Tras la citada doctrina del TS se formalizó la consolidación de reparto de los gastos contenidos en la cláusula de gastos de formalización hipotecaria en la LCCI, más en concreto para el tema tratado en el art. 14.1.e) LCCI. Según este precepto legal, los gastos de formalización de la hipoteca han quedado distribuidos de la siguiente manera a partir de la entrada en vigor de la LCCI: los gastos de tasación corresponden al prestatario y los de gestoría al prestamista, los aranceles notariales de la escritura del préstamo hipotecario corren a cargo del prestamista y las copias a cargo de quien las solicite, los gastos de inscripción de garantías en el registro corren a cargo del prestamista, el ITPAJD corre a cargo de quien establezca la norma tributaria. De esta forma, los únicos gastos que pagará el prestatario son de la tasación de la finca además de las copias que solicite de la inscripción.

CAPÍTULO III. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS GASTOS HIPOTECARIOS

1. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

Nuestro derecho civil no recoge una previsión específica que acoja completamente la obligación al restablecimiento de la situación jurídica previa que impone el art. 7 de la Directiva 93/13. El art. 1303 CC presume la existencia de prestaciones recíprocas, situación que no se da en los pagos hechos en virtud de la cláusula abusiva de gastos, puesto que solo los ha realizado el prestatario. Sin embargo, esta disposición es aplicable a todas las situaciones de nulidad contractual a pesar de estar pensada para la compraventa, como así enuncian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, apoyándose en la jurisprudencia del Supremo.²²

Una situación más asimilable para el caso concreto sería la del enriquecimiento injustificado o sin causa, ya que la entidad financiera se ha lucrado indebidamente ahorrándose unos costes que legalmente le hubiera correspondido abonar.²³ Mediante el enriquecimiento injusto se corrige indirectamente la situación de empobrecimiento injusto, ya que la entidad bancaria ha de restituir al prestatario por el importe que debía haber abonado al tercero más los intereses. De esta forma hay que entender que la pretensión que fundamentaba la atribución patrimonial “ha decaído” y es “retroactivamente ineficaz”.

Sin embargo, la tesis acogida por nuestro Tribunal Supremo y por tanto a la que se seguirá, fundamenta el origen de la acción de restitución en virtud de la nulidad de una cláusula por abusiva en el cobro de lo indebido (art. 1895 y 1896 CC).²⁴ En este caso el prestatario realizó un pago indebido a un tercero, y la entidad bancaria es quien se ve beneficiada del mismo, debido a que se ahorró el pago de la parte que le correspondía en virtud de estipulación nula.

²² Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil* Vol.II, Tecnos, Madrid, 1985, p.158

²³ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op. cit.*, pp.605-608.

²⁴ Así se menciona en la STS 725/2018, de 19 de diciembre.

2. DURACIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: SOBRE LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Como ya se ha explicado previamente la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios da lugar a la posibilidad del ejercicio de la acción de restitución por parte del prestatario o deudor en los contratos de crédito con garantía real de hipoteca constituidos antes del 16 de junio de 2019 (entrada en vigor de la LCCI), ya que, a partir de entonces, las normas de distribución de gastos han de ser las contenidas en dicha ley.

De la misma forma que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad es cuestión pacífica en todos los sectores del ordenamiento jurídico español, la prescriptibilidad de la acción de restitución no.²⁵ Así, se pueden encontrar dos sectores, que son, aquel que entiende que dicha acción es imprescriptible y aquel que sostiene que debe estar sujeta al plazo previsto en el art. 1964.2 CC.

La doctrina jurisprudencial que declara la prescriptibilidad de la acción de restitución derivada de la nulidad es, o debería ser pacífica, y así se pone de manifiesto en los pronunciamientos judiciales.²⁶ El Auto del TS 10157/2021, de 22 de julio de 2021, de planteamiento de cuestión prejudicial sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios, que reitera doctrina, expone lo siguiente²⁷:

“7.- Por el contrario, apenas se ha planteado ante este Tribunal la cuestión de la prescripción de la acción de restitución de las cosas entregadas en aplicación del contrato cuya nulidad se ha solicitado en un litigio. Quizás la explicación se encuentre en que antes de la reforma del art. 1964 del Código Civil llevada a cabo por la ley 42/2015, de 5 de octubre, el plazo de prescripción de esta acción era de 15 años, por lo que no era fácil, en términos temporales, que el demandado pudiera oponer la prescripción de la acción de restitución.

²⁵ Díez-Picazo, L. *Fundamentos de derecho civil... op. cit.*, pp.578-579

²⁶ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *op. cit.*, p.606.

²⁷ La doctrina mencionada es la adoptada en la antigua STS de 27 de febrero de 1964 (RJ 1964\1152) y posterior STS 725/2018, de 19 de diciembre

8.- No obstante, en las pocas ocasiones en que tal cuestión se ha planteado, este Tribunal ha distinguido entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no prescribe en el caso de tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que es una acción de naturaleza personal sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil, que antes de octubre de 2015 era de 15 años y en la actualidad es de 5 años.

9.- En efecto, en la sentencia de 27 de febrero de 1964 y en la más reciente sentencia 747/2010, de 30 de diciembre, hemos distinguido entre la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato, que hemos considerado imprescriptible, y la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, a la que hemos aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales” (FJ4).

Más en concreto el mismo auto hace alusión a la cuestión de la cláusula de gastos de la siguiente manera:

“11.- El mismo razonamiento es aplicable, por concurrir una identidad de razón jurídica, a los supuestos en que la restitución no se debe realizar entre las partes contratantes, porque los pagos indebidos se hicieron a un tercero, como sucede en el presente caso, en que los receptores de los pagos indebidos hechos por el consumidor en aplicación de la cláusula abusiva fueron terceros (el notario, el registrador de la propiedad, el gestor) y no la parte causante de la nulidad (el prestamista predisponente de la cláusula), por lo que la acción de restitución ha sido calificada por este Tribunal Supremo como una acción derivada de un cobro de lo indebido, en los términos del antes transcrito artículo 1896 del Código Civil (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre)” (FJ4).

Sin embargo, existe un sector jurisprudencial menor, que, en contra de la postura del Supremo ya adelantada defiende la imprescriptibilidad de la acción. Esta postura es la acogida por diferentes AAPP entre las que se encuentran, la Sección 1ª de Albacete, como pone de manifiesto en la SAP Albacete (Sección 1.ª) 461/2019 de 21 de noviembre entre otras o la Sección 2.ª de Guipúzcoa, entre otras, en SAP Guipúzcoa (Sección 2.ª) 16/2021 de 11 de enero. También se acogen a esta tesis la Sección 5.ª de Cádiz, entre otras en la SAP Cádiz (Sección 5.ª) 4/2022 de 11 de enero y la Sección 3.ª de Granada, entre otras en SAP Granada (Sección 3.ª) 209/2019 de 20 de marzo, donde afirman que

la restitución de prestaciones no es más que una consecuencia de la declaración de nulidad y no una acción en sí misma.

En la misma línea se manifiesta RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, que entiende la acción como imprescriptible y lo fundamenta de la misma forma que la doctrina, entendiendo que “es más factible sostener que la nulidad comporte una obligación de naturaleza indemnizatoria”²⁸. Para DELGADO y PARRA es innegable que existen dos acciones distintas, sin embargo, defienden que las acciones correspondientes son imprescriptibles, puesto que la nulidad de un negocio jurídico no puede sanar por el transcurso del tiempo²⁹.

En este sentido, es preciso hacer alusión a las consecuencias que derivarían de la imprescriptibilidad de la acción de restitución. En primer lugar, y a favor de los consumidores, la declaración de nulidad nunca se vaciaría de contenido, pues siempre podría invocarse la restitución, que suele ser el fin último de la solicitud de la declaración de nulidad. Entonces, si la nulidad realmente opera *ipso iure* y si nada vas a obtener, ¿de qué sirve la confirmación de la nulidad de la cláusula por el órgano jurisdiccional? En segundo lugar, esta tesis opera en contra de uno de los principios generales del derecho, la seguridad jurídica, motivo por el cual existe la figura de la prescripción en nuestro derecho, pues no pueden pender todas las acciones indefinidamente. En este sentido cabe preguntarse, por qué si las acciones típicas antijurídicas, denotadas como delito,

²⁸ Rodríguez Achútegui, E., “Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, n.6, 2017, p.87-96. BIB 2017\2120 (disponible en : https://insignis-aranzadigital-es.eu1.proxy.openathens.net/maf/app/document?srguid=i0ad82d9b00000186c10821d79aad2762&marginal=BIB\2017\2120&docguid=I73ce69e04be911e7bb5a01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arzbiblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=; última consulta 20/02/2023) ; última consulta: 3/4/2023)

²⁹ Delgado Echeverría, J y Parra Lucán, M^a A. *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, 2005, pp. 184-191.

prescriben (como se establece en la prescripción penal), no deberían hacerlo las acciones a las que aquí nos referimos, retando por tanto a los autores recién mencionados.

Es por esto, que muchas de estas Audiencias Provinciales que venían defendiendo la imprescriptibilidad de la acción han modificado su criterio a partir del Auto del TS de 22 de julio de 2021 y ahora someten la acción de restitución al plazo general de prescripción de las acciones personales. Entre otras ha experimentado este cambio en su argumentación la Sección 1.ª de León, como se muestra en sus SAP León (Sección 1.ª) 221/2022 de 22 de marzo y SAP León (Sección 1.ª) 153/2022, de 25 de febrero, que tras haber considerado que la acción era imprescriptible, afirma: “de lo anterior resulta que la acción para exigir el reembolso de las sumas abonadas en aplicación de una cláusula nula, diferenciable de la propia acción de nulidad, está, a diferencia de ésta, sujeta a prescripción extintiva” (FJ3). También la Sección 1ª de Palencia ha modificado su criterio, pasando además a situar el *dies a quo* en el momento del pago, en la SAP Palencia (Sección 1ª) 399/2019, de 19 de noviembre (FJ2).

El TJUE también se ha pronunciado acerca de la compatibilidad de prescriptibilidad de la acción de restitución con el Derecho de la UE. Así las SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones* par.41, de 21 de diciembre de 2016, Asuntos acumulados C- 154/15 y C-307/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, par. 69; de 9 de julio de 2020 Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale* y de 16 de julio de 2020, Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, par.82, sostienen 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 [con los principios de no vinculación y efectividad de la Directiva 93/13]”.

Respecto al plazo concreto de 5 años que establece el art. 1964.2 CC el TJUE se ha pronunciado a favor de este. Ya que no parece que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva como así enuncia en sus SSTJUE de 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 y C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, par.42 y de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*

S.A., par.87. En este sentido declara el TJUE que el plazo debe ser materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo.³⁰

Con todo, no cabe duda de que la acción de restitución de prestaciones está sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales sin plazo especial, esto es, cinco años, tal y como establece del art. 1964.2 CC, reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que hasta entonces era de quince años. Sin embargo, a la luz de los pronunciamientos del TJUE y la ya rebosante litigiosidad, surge la problemática de la determinación del *dies a quo*, es decir el momento desde el cual comienza a correr el plazo de ejercicio de la acción de restitución de prestaciones. Ese aspecto es de gran importancia tanto jurídica como social, pues el momento que se escoja para delimitarlo puede derivar en indemnizaciones por parte de los bancos que asciendan a varios millones de euros.

3. CONSIDERACIONES GENERALES DEL COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

En este apartado se van a analizar las cuestiones generales en torno al *dies a quo*, incluyendo las interpretaciones que TJUE ha dado hasta la fecha que ilustran la interpretación del Derecho de la Unión y por tanto sientan las bases de la determinación del *dies a quo*. En el siguiente capítulo, se analizará la argumentación utilizada por cada sector de la doctrina y jurisprudencia para decantarse por un *dies a quo* u otro, dentro de las posturas principales que son: desde que se hicieron los pagos, desde la declaración de nulidad de la cláusula, o bien desde la declaración de nulidad por la jurisprudencia de la Sala del TS.

Para sentar las bases de la cuestión, es preciso aludir a que estamos ante una cuestión de actualidad jurídica aún por resolver, pues en el momento en que este trabajo se está realizando el TJUE todavía no se ha manifestado acerca de ninguna de las preguntas planteadas en las cuestiones prejudiciales sobre la cuestión³¹.

³⁰ Así se enuncia en la STJUE de 29 de octubre de 2015, Asunto C-8/14, *BBVA, S.A.*, par.28-29

³¹ Las cuestiones prejudiciales son las interpuestas por el Tribunal Supremo (ATS 10157/2021 de 22 de julio), por el Juzgado de Primera Instancia nº20 de Barcelona (AJPI 297/2021, de 22 de julio) y por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a (AAP B 9349/2021, de 9 de diciembre)

Antes de adentrarse en la cuestión, es preciso aludir a cómo el Código Civil hace referencia en su art. 1969 al *dies a quo*: “el tiempo para la prescripción [...] se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. Por tanto, la problemática reside en determinar cuándo empieza a correr este plazo de prescripción de cinco años del art. 1964. 2 CC, es decir ¿cuándo pudo ejercitarse la acción de restitución? Con todo, se habrá de estar a la argumentación y ponderación de intereses de las posibles y diversas interpretaciones que el art. 1969 CC ha suscitado en la cuestión de gastos hipotecarios.

3.1.Consideraciones del TJUE y sus implicaciones

Cuestión ya pacífica en la doctrina es la ya mencionada compatibilidad de la prescripción con el Derecho de la Unión, sin embargo, el TJUE no especifica claramente qué debe tenerse en cuenta a la hora de determinar el inicio de dicho plazo. A continuación, se van a analizar los criterios que impone el Tribunal a la hora de interpretar el alcance real de los principios de equivalencia y eficacia, a los que ya se ha hecho mención (Capítulo III.2) para expresar su conformidad. Analizando así, la influencia de algunas resoluciones recientes a la hora de predecir cuál será la respuesta ante las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles acerca de la cuestión.

En primer lugar, el plazo de prescripción de la acción de restitución debe cumplir ciertos requisitos para ser válido, como indica la STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*, par. 40: “ese plazo [de prescripción] no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad)”. Más en concreto, las SSTJUE de 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, y de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, par.92, añaden y enfatizan que el plazo de prescripción que determine el derecho nacional no será contrario a la Directiva “siempre que ni el momento en que el plazo empieza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución”.

A priori, no hay obstáculos para la conformidad del plazo de prescripción con el Derecho de la Unión bajo el principio de equivalencia, ya que el régimen al que está sujeto no es menos beneficioso que el que se obtendría al aplicar leyes nacionales.³² Sin embargo, es el principio de efectividad el que presenta dificultades, en cuanto a la duración (a la que ya nos hemos referido, Capítulo III.2) y al inicio del cómputo.

Además de los principios de efectividad y equivalencia, el Derecho de la Unión obliga a tener en cuenta otros factores. Así lo recuerda el Abogado General Szpunar en sus conclusiones de 9 de junio de 2014, acerca del asunto C-447/13 (posterior STJUE de 13 de noviembre de 2014, asunto C-447/13, *Nencini*) enfatizando que tanto el plazo de prescripción como su fecha de inicio deben ser fijados por vía legislativa (par.89), puesto que la conjunción de ambos es lo que equilibra los intereses del acreedor y deudor (par.81-83).³³ De esta manera, hay que enfatizar que el Derecho de la Unión establece que compete a los Estados establecer el plazo de prescripción y el *dies a quo* en aras de la seguridad jurídica siempre que se respeten los principios de efectividad y equivalencia, no obstante el TJUE nunca impondrá ni un plazo ni un *dies a quo* específicos.

En la misma línea recuerda el TJUE, que deben tomarse en consideración todos los elementos que conforman el régimen de prescripción a la hora de analizar el *dies a quo*.³⁴ Por tanto, la posibilidad de interrupción y la duración del plazo son elementos esenciales, entendidos como “peculiaridades y desarrollo dentro del procedimiento”, como así se recuerda en las SSTJUE de 15 de marzo de 2017, Asunto C-3/16, *Aquino* par.53; de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*, par.60 y de 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 y C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, par.30.

En este sentido, el CC contempla la interrupción del plazo de prescripción por reclamación extrajudicial (art. 1974 CC). A diferencia de otros ordenamientos como el alemán, en el derecho español, no se contempla un plazo máximo de prescripción,

³² Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español”, *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, n. 42, 2022, p. 95. <https://doi.org/10.18239/RCDC.2022.42.3098>

³³ *Cfr.* Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre...”, *op.cit.*, pp.96-97

³⁴ STJUE de 28 de marzo de 2019, Asunto C-637/17, *Cogeco Communications Inc.*, par.45

dilatando en el tiempo la extensión del plazo de manera potencialmente indefinida.³⁵ Estos factores, perjudican al prestamista inicial del contrato, posponiendo el término de la potencial reclamación y deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el *dies a quo* y ponderar los intereses de las partes, puesto que generan inseguridad jurídica.

3.1.1. Determinación del *dies a quo* por el TJUE

Aquí se analizarán las diferentes opciones que han sido planteadas ante el Tribunal y sus resoluciones para determinar dónde parece indicar el TJUE que debe situarse el *dies a quo* del plazo de cinco años para no vulnerar el principio de efectividad. Las opciones planteadas incluyen: desde la celebración del contrato, desde el abono de las cantidades y desde la fecha de finalización del contrato.

En primer lugar, para el TJUE, que el *dies a quo* comience desde “la celebración del contrato” (distinto a desde “que se abonan los pagos”) no puede ser compatible con el principio de efectividad de la Unión Europea, como así afirma en la SSTJUE 16 de julio de 2020, Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, par.91 y de 10 de junio de 2021, Asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, par.47 donde se argumenta: “pues bien (...) no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo 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 [5 años desde la celebración del contrato] 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 (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, apartado 91)”. Con todo, para el TJUE la cuestión primordial es si transcurre todo el plazo sin que el consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, pues si así sucediera sería contrario al principio de efectividad.

En segundo lugar, establecer la fecha de inicio del *dies a quo* desde que “se produce el enriquecimiento indebido”, es decir desde el “abono de cantidades”, tampoco parece ser compatible con el Derecho de la Unión, pues como se explica en la STJUE 22

³⁵ El derecho alemán en su § 199.4 BGB contempla que la acción tiene un máximo de 10 años, para garantizar la seguridad jurídica

de abril de 2021, asunto C-485/19, *Profi Credit Slovakia*: “ existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor interesado no invoque, durante el plazo impuesto, los derechos que le confiere el Derecho de la Unión” (par. 60) y “la prescripción tiene lugar aun cuando el consumidor no pueda apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión” (par. 61). Por tanto, una vez más el TJUE hace especial énfasis en que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para no ser contrario a los principios de efectividad y tutela judicial efectiva.

En tercer lugar, la “fecha de finalización del contrato” tampoco puede ser compatible con el Derecho de Unión ya que según el TJUE en su STJUE de 9 de julio de 2020 Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*: “el principio de efectividad se opone a que la acción de restitución quede sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha en que finaliza el contrato en cuestión [ ntegramente], con independencia de si para esa fecha el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato, en el que fundamenta la acción, dado que estas reglas de prescripción pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor conferidos por la Directiva 93/13”(par.75). En este sentido se entiende que lo que hace contrario al principio de efectividad este momento de determinación es que haya transcurrido el plazo íntegramente sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula.

Por último, parece que se puede concluir que con todo lo expuesto, que el TJUE considera que para respetar el principio de efectividad el *dies a quo* no puede correr sino cuando el consumidor conozca de los derechos que dispone (*cf.* STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 y C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, par.48) entendiendo esta sentencia en consonancia con la jurisprudencia previa del TJUE. A lo sumo, el TJUE parece vincular el *dies a quo* al conocimiento potencial por el acreedor del derecho que le concede la Directiva, de manera que se invocari  un plazo subjetivo, para lo que merecería la pena concretar cuándo el consumidor conoce o puede conocer de estos derechos. No obstante, primero habrá de establecerse si realmente el TJUE ha querido establecer el conocimiento potencial como requisito para comienzo del

cómputo, contestando a la segunda pregunta de la cuestión prejudicial planteada por la AP Barcelona (Sección 15.^a).³⁶

³⁶ Reproduzco la pregunta para mayor claridad: “¿En qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva, antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?”

CAPÍTULO IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*

Para entender bien las implicaciones de cada tesis de determinación del *dies a quo* hay que comprender el origen de la problemática. En la doctrina existen diferentes maneras de interpretar el artículo aplicable (art. 1969 CC), en clave objetiva y subjetiva.³⁷ Por tanto, el “desde que pudieron ejercitarse” ya era una cuestión controvertida en nuestro ordenamiento.

Hasta la reforma de la prescripción de 2015 (que acorta el plazo de prescripción general de 15 a 5 años) el plazo, indudablemente, comenzaba a correr desde que se reunían los requisitos de la situación jurídica que desencadena la pretensión, es decir, desde que se puede ejercitar la acción, desde que ha tenido lugar, siguiendo la teoría de la *actio nata*³⁸. A partir de la reforma de 2015, la generalidad de la doctrina ha comenzado a alejarse de un *dies a quo* objetivo para entender uno en términos subjetivos.³⁹ El establecimiento de un plazo más corto de prescripción parece encajar más con un *dies a quo* en clave subjetiva.⁴⁰ Esta forma de entender el art. 1969 CC se fundamenta en que el acreedor necesita además de la posibilidad objetiva de ejercer su derecho (nacimiento de la pretensión), la posibilidad efectiva de ejercer su derecho; que indudablemente lleva aparejado el conocimiento o posibilidad de ejercicio de la pretensión.⁴¹ Las recientes reformas del derecho comparado también abogan por entender plazos cortos de

³⁷ Marín López, M.J., “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”, *Centro de Estudios del Consumo*, 2017, p.8 (disponible en: [Prescripcion de la accion de nulidad de la clausula de gastos.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com) (centrodeestudiosdeconsumo.com); última consulta: 3/4/2023)

³⁸ Díez-Picazo, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p.129. En esta línea señala que “cuando se dice que para que el tiempo de prescripción pueda comenzar a contarse es necesario que la acción haya nacido, lo que quiere decirse en realidad es que el titular del derecho pueda ejercitar la acción y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio de la acción para la actuación o para la defensa de su derecho”.; Domínguez Martínez, P., “Comentario al art. 1969 del CC”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1. <http://aranzadi.aranzadigital.es>; última consulta: 3/4/2023)

³⁹ Rivero Hernández, F., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, pp.122-123.; Marín López, M.J., “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil” en *La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014., pp.56 y ss, 86-90; Ureña Martínez, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil*, Comares, Granada, 1997.

⁴⁰ Marín López, M.J., “El *dies a quo* del plazo ...” *op.cit.*, pp.56-70

⁴¹ *Ibid.*, pp.86-90

prescripción desde una perspectiva subjetiva, si bien muchos, como el Derecho alemán, cuentan con una cláusula de cierre para garantizar la seguridad jurídica para todas las partes, como bien explica DEL OLMO⁴².

La disparidad que existe a la hora de entender el art. 1969 CC y su “desde que pudieron ejercitarse” en el derecho español, es lo que ha desencadenado la incesante y variada argumentación acerca del *dies a quo* de la prescripción de acción de restitución que ahora será analizada.

1. EL PLAZO COMIENZA EL DÍA QUE SE HICIERON LOS PAGOS

Encaja en esta postura un sector conservador del derecho, que entiende el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos hipotecarios de una manera objetiva, siguiendo el criterio defendido por DÍEZ-PICAZO⁴³.

Como MARÍN LOPEZ explica, el análisis literal de los arts. 1969 y 1964.4 CC conlleva una obligada lógica, en la que el “desde que pudieron ejercitarse” debe interpretarse como que la acción de restitución nace cuando el consumidor abona los gastos hipotecarios. Por tanto, el *dies a quo* correspondiente, es el día en que el consumidor conoce, o debía haber conocido de haber actuado con la diligencia debida, los hechos que fundamentan la pretensión (el abono de los gastos) y la identidad de la persona contra la que reclamar (el prestamista).⁴⁴ Se explicitan de manera clara los requisitos que deben darse para que comience a correr el plazo de prescripción, que son:

“(i) que exista la posibilidad jurídica de ejercitar la pretensión, esto es, que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) que el acreedor conozca, o debiera haber conocido si hubiera con la diligencia debida, los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar; y (iii) que el acreedor

⁴² Cfr.; Del Olmo, P., “Nulidad de pleno derecho y prescripción”, *Almacén de Derecho*, 2021. (Disponible en: <https://almacendederecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion>; última consulta el 30/03/2023)

⁴³ Díez-Picazo, L., *La prescripción op.cit.*, pp.125-135

⁴⁴ Marín López, M.J., “El *dies a quo* del plazo ...” *op.cit.*, pp. 96 y ss.

tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar.”⁴⁵

Haciendo un análisis de los requisitos mencionados, cabe analizar la controversia en torno al segundo, ya que estamos utilizando un criterio subjetivo para la fijación del *dies a quo*, en la medida en que se determinen qué hechos debe conocer el acreedor. El mismo MARÍN LOPEZ que, siguiendo a su maestro CARRASCO PERERA, fundamenta el momento de la cognoscibilidad del pago (es decir recepción de las facturas, una vez abonadas las cantidades correspondientes) como *dies a quo* basándose en que⁴⁶: “el conocimiento requerido ha de ser sobre los hechos, y no sobre el derecho (...) El acreedor debe saber que se han producido determinados hechos (los que provocan el nacimiento de la pretensión), pero no que esos hechos le otorgan o atribuyen un derecho o pretensión. Y es que la ignorancia sobre la existencia del derecho no impide que el plazo de prescripción empiece a correr” (...) “Esta solución se justifica en que la ignorancia de la ley, aunque no pueda evitarse ni con un comportamiento diligente, está en el ámbito de los riesgos del acreedor, y no debe recaer sobre las espaldas del deudor.” (...) “En efecto, no forma parte del material cognoscible la norma o fuente del derecho, en general, en que se funde el derecho del reclamante. Es evidente que si el actor no sabe que dispone de una acción en caso de contrato nulo o no sabe que el plazo de prescripción es uno determinado, este riesgo no lo puede desplazar al legitimado pasivo de la acción (deudor) mediante un retraso en el *dies a quo* del plazo de prescripción. Y ello, aunque el desconocimiento sea excusable. Es un riesgo del titular de la acción la calificación jurídica del contrato (cláusula) como nulo, calificación que resulta de una determinada interpretación de los hechos y las normas. Además, el art. 1969 CC (la naturaleza subjetiva del inicio del plazo) no conduce a la necesidad de que el titular del derecho pueda contar en todo caso con un precedente en derecho que le ilumine sobre la existencia de su acción”⁴⁷. En conclusión, para CARRASCO PERERA, el derecho no es un elemento constitutivo del material cognoscible a efectos del art. 1969 CC, ni aun cuando

⁴⁵ *Ibid.*, pp.101 y ss.

⁴⁶ Carrasco Perera, A., “A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios”, *web del Centro de Estudios de Consumo*, 2017. (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf ; última consulta: 30/3/2023)

⁴⁷ Marín López, M.J., “El *dies a quo* del plazo ...” *op.cit.*, pp.129-135

dicho desconocimiento sea excusable.⁴⁸ En la misma línea se posiciona DÍEZ-PICAZO arguyendo que “el desconocimiento del titular del derecho respecto a la posibilidad de ejercicio tampoco debe, por lo general, ser tomado en consideración”.⁴⁹

Los argumentos que han seguido las diferentes Audiencias Provinciales se analizan ahora, muchos coincidiendo con la doctrina recién expuesta y tomando en consideración doctrina del TJUE.

En primer lugar, como bien expone la Sección 28.^a de Madrid⁵⁰, el momento en que se puede ejercitar la acción, es el momento en que nace la acción, y esta nace con el abono efectivo de las cantidades, en la misma línea que MARÍN LÓPEZ. Así lo explican entre otras en SAP Madrid (Sección 28.^a) 929/2019, de 11 de septiembre o SAP (Sección 28.^a) 779/2020, de 19 de marzo, donde entiende que: “el plazo de prescripción comienza en el momento en el que el consumidor abona de modo efectivo los gastos del contrato que le fueron impuestos por la cláusula anulada. Ello es así porque el perjuicio patrimonial para él, y el correlativo enriquecimiento para la entidad bancaria, exonerada injustamente de gastos que debería haber asumido, surge con dicho abono, no con la perfección del contrato en cuyo seno se encuentra la cláusula nula. Es ese abono el que conlleva efectivamente la disminución patrimonial para el consumidor, la cual debe ser restaurada mediante el ejercicio de la acción correspondiente, que desde tal momento puede ser ejercitada” (FJ2).

En este sentido, completa la argumentación la Sección 8.^a de Alicante entre otras en SAP Alicante (Sección 8.^a) 1256/2020 de 23 de noviembre y en SAP Alicante (Sección 8.^a) 1484/2020 de 30 de diciembre, donde dispone: “[l]os elementos fácticos y jurídicos que posibilitan el ejercicio de la acción por parte del prestatario-consumidor ya concurren en el momento del pago indebido [...]. No se exige ningún elemento adicional para el ejercicio de la acción ni tampoco el transcurso de ningún plazo. Además, como ya hemos

⁴⁸ Carrasco Perera, A., *op.cit.*, p.5

⁴⁹ Díez-Picazo, L., *La prescripción...op.cit.*, p.132

⁵⁰ A diferencia de la postura escogida por la Sección 8^a de la misma AP, que elige el momento en que se declara la nulidad de la cláusula como *dies a quo*, entre otras en SAP Madrid (Sección 8^a) núm. 191/2018 de 7 de mayo

dicho, la cobertura legal para el ejercicio de la acción ya existía desde la entrada en vigor de la LGDCU (1984)” (FJ2).

Un segundo argumento al que hace alusión la misma SAP Alicante (Sección 8.^a) 1484/2020, de 30 de diciembre dice así: “[a]demás, es coherente esta posición con el pronunciamiento también contenido en la STS de 19 de diciembre de 2018 que condena a la entidad prestamista al pago de los intereses legales desde la fecha del pago indebido o desde que se produjo el beneficio indebido: [...] Si la entidad financiera es condenada al pago de los intereses legales desde el momento del pago indebido porque impuso una cláusula abusiva al prestatario hasta el punto de equiparlo a una conducta incurra en mala fe, igual momento habrá que fijar como inicio del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de lo indebidamente abonado por el prestatario-consumidor que está basada también en el carácter abusivo de la cláusula de gastos” (FJ2). Este argumento es el mismo escogido por REDONDO TRIGO en su comentario a la STS de 725/2018 de 19 de diciembre.⁵¹

En segundo lugar, es preciso hacer alusión a cómo encaja la tesis dentro del principio de efectividad del Derecho de la Unión, pues a mi juicio erró el TS en el planteamiento de su cuestión prejudicial, obviando esta posibilidad al haber interpretado mal la STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, *Profi Credit Slovakia*. Esto se debe a que no fueron tomados en consideración aspectos diferenciales con la sentencia, como la facilidad de interrupción del plazo en el derecho español. En este sentido, la Sección 9.^a de Valencia, en SAP Valencia 9.^a 66/2018 de 1 de febrero y más reciente SAP Valencia 9.^a 586/2019, de 8 de mayo y la Sección 15.^a de Barcelona, entre otras en la reciente SAP Barcelona 15.^a 1354/2021, de 5 de julio, reiteran en la última los argumentos que defienden la armonía de esta tesis con el principio de efectividad, de la siguiente manera:

“25. Ahora bien y desde otra perspectiva más jurídica, a la que también alude el Tribunal (fundamento 90), el plazo, computado en la forma establecida en el Derecho Nacional, debe permitir al consumidor disponer el tiempo suficiente para discernir que la

⁵¹ Redondo Trigo, F., “La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018)” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n.10, 2018

cláusula es abusiva o conocer la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13, para lo cual debe ponderarse de nuevo la duración del plazo de prescripción y el momento desde que se cuenta, junto con todas las circunstancias concurrentes que considere el tribunal nacional.

[...]

27. En definitiva, en la Sentencia del TJUE subyace la idea de que cuanto mayor sea el plazo efectivo, más posibilidades tendrá el consumidor de percibir el carácter abusivo de la cláusula y de ejercitar la acción. Y esa posibilidad existía con mucha antelación a que el Tribunal Supremo dictara la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en la que, interpretando las mismas normas jurídicas que estaban a disposición de las partes al tiempo de celebrarse el contrato, concluyó que la cláusula de gastos era abusiva. De hecho, el procedimiento en el que el Tribunal Supremo fijó su criterio se inició cinco años antes. Esta misma Sección dictó su primera Sentencia sobre nulidad de la cláusula gastos antes que el propio Tribunal Supremo (Sentencia de 18 de noviembre de 2015), en un procedimiento iniciado a principios del año 2013 y cuando proliferaban este tipo de acciones. Es más, el plazo de prescripción ha discurrido, al menos parcialmente, en un contexto de litigación en masa, iniciado al menos en el año 2013, contexto estimulado por agresivas campañas de publicidad y en el que los consumidores han dispuesto de las máximas facilidades para ejercitar su acción. La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, sobre gastos, o la anterior de 9 de mayo de 2013, sobre cláusula suelo, tuvieron una enorme repercusión, contribuyendo decisivamente al conocimiento generalizado de la posible abusividad de las cláusulas.

28. Consideramos, por tanto, aplicando los criterios de la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, que el plazo de diez años, que dobla en duración al analizado por dicha Sentencia, contado desde que el consumidor satisface la última de las facturas y conoce todas las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de la cláusula (y no desde la celebración del contrato), en el contexto descrito de litigación en masa (circunstancia que no pudo valorar el Tribunal), que queda garantizado el principio de efectividad, sin merma de la seguridad jurídica, pues no existe ni "imposibilidad práctica" ni "dificultad excesiva" para el ejercicio del derecho a solicitar la restitución.

29. A todo ello debe añadirse una última consideración, que tampoco ha podido ser valorada por el Tribunal, como es la facilidad con la que en nuestro Ordenamiento Jurídico se interrumpe la prescripción de las acciones. Basta con una mera reclamación extrajudicial para que el plazo se vuelva a computar en su integridad (artículo 1973 del Código Civil)” (FJ2).

Además, algunas AAPP que defienden esta tesis se esfuerzan por explicar porqué otras tesis no serían aplicables, como así hace Madrid en SAP (Sección 28.ª) 779/2020, de 19 de marzo, donde aclara que “ni la sentencia que resuelva la acción individual, ni el pronunciamiento del TS suponen actos constitutivos de la nulidad de la cláusula, que ya lo es en origen, sino meras declaraciones de ello, o actos habilitantes para el ejercicio de las acciones de restitución y remoción de efectos” (FJ2).

En la misma línea, la Sección 4ª de Murcia en la SAP Murcia (Sección 4.ª) 753/2021, de 24 de junio, se acoge a la línea argumental invocada por la AP de Valencia Sección 9.ª y refuerza la idea de que la “fecha de declaración de nulidad de la cláusula” no puede ser acogida como fecha para fijar el *dies a quo* argumentando lo siguiente:

“i) Que las sentencias del TS - y de igual forma las del TJUE- se limitan a aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y alcance del Derecho, tal como debe o debería haber sido entendido y aplicado desde la fecha de su entrada en vigor, por lo que no podemos tomar la fecha en que se dicta una sentencia como *dies* para el ejercicio de una acción que ya se tenía antes, pues esa sentencia del TS que se invoca carece de efectos constitutivos. ii) Que para el ejercicio de la acción de reclamación no es necesaria la previa declaración judicial de nulidad, que solo se hará si ésta se cuestiona; ello es característico de la nulidad de pleno derecho (se produce ‘ipso iure’, por sí misma y sin necesidad de intervención judicial, como decía De Castro) y que explica que sea posible su control registral, sin exigencia de previa declaración judicial (RDGRN de 22 de julio de 2015 y 19 de julio de 2018, entre otras), por lo que no es cierto que no quepa su ejercicio sin previa declaración judicial, y iii) Que el nuevo art 1.964 CC, que no es aplicable pero que sirve de guía o parámetro exegético, aclara que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben ahora a los cinco años ‘desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan’. Por tanto, se considera que puede

ejercitarse desde que puede exigirse su cumplimiento, y este momento no es otro que desde que se hizo el pago impuesto de forma abusiva. [...] compartimos la opinión doctrinal que apunta que para fijar ‘el *dies a quo*’ lo determinante es que, objetivamente, la acción pueda ejercitarse (art 1.969CC) o exigirse el cumplimiento de la obligación (art 1.964CC), que no significa ‘seguridad de éxito’, por ser la reclamación ajustada al parecer jurisprudencial. Antes de la actual doctrina jurisprudencial la acción ya podía ejercitarse; otra cosa es que pudiera estimarse o no, pero ya hemos dicho que la fijación de doctrina jurisprudencial no produce efectos *ex tunc*. Así, la STC 82/2015 de 30 de abril de 2015” (FJ2).

Se pronuncian también a favor de esta tesis, la Sección 5.^a de Baleares, en la más reciente SAP Baleares (Sección 5.^a) 1404/2022 de 18 de julio que reitera sus pronunciamientos de las SSAP (Sección 5.^a) 363/2017 de 12 de diciembre y 563/2020 de 31 de julio y la Sección 4.^a de A Coruña, entre otras en las SAP A Coruña (Sección 4.^a) 118/2021 de 24 de marzo.

Decantarse por esta opción de determinación liberaría de ambigüedad al art.1969 CC y sentaría unas bases interpretativas en favor de la seguridad jurídica, ya que son cada vez más las excepciones en la prescripción extintiva.⁵² Además, retrasar el *dies a quo*, vinculándolo al conocimiento del derecho del actor, generaría un nuevo desequilibrio ya que le situaría en una situación más beneficiosa que la que ya le otorga el ordenamiento.⁵³

2. EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN COMIENZA CON LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA

Diversas AAPP defienden que la fecha de la declaración judicial de la nulidad de la cláusula para cada caso concreto debe ser tomada como *dies a quo*. Son variadas las argumentaciones aducidas por las Audiencias, a las que ahora se hace referencia.

En primer lugar, aun acogiendo a la teoría de la *actio nata*, aducen que el nacimiento de la acción de restitución está supeditado a la declaración judicial de la

⁵² Veiga Copo, A.B., “La prescripción extintiva en un contexto de reformas. Vigencias y desfases” en *Estudios sobre Derecho Privado Europeo: un paso adelante hacia su unificación*, n.61, 2019 (Disponible en <https://doi.org/10.18543/ced-61-2019pp129-165>; última consulta:3/4/2023)

⁵³ Cfr. Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre el inicio...”, *op.cit.*, pp.142-144

nulidad, siendo así accesoria la primera a la segunda. Así lo argumenta, la Sección 1ª de Ciudad Real, argumenta en su SAP Ciudad Real (Sección 1.ª) 559/2020, de 23 de octubre, disponiendo: “...la acción de restitución es en todo caso, accesoria a la acción de nulidad -puesto que, sin ésta última, la acción de restitución no existiría-, por lo que resulta adecuado considerar que el plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción quede subordinada a la declaración judicial de nulidad. Y así, ejercitadas en el mismo proceso acciones de nulidad y acciones de restitución, ninguna de estas se encontraría prescrita, por la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción de nulidad y por la accesoriadad de las segundas” (FJ2).

Sigue la misma línea argumental la Sección 2ª de Lleida, entre otras en SAP Lleida (Sección 2.ª) 808/2020 de 11 de diciembre, SAP Lleida (Sección 2.ª) 47/2022, de 21 de enero y SAP Lleida (Sección 2.ª) 80/2020 de 31 de enero que sostiene que “hasta su declaración de nulidad nada podían reclamar los prestatarios precisamente por los propios efectos de la citada disposición contractual, de forma que el plazo de prescripción para poder reclamar su reintegro, que constituye una acción personal, no puede empezar a contar hasta que se produce su declaración de nulidad pues es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción en virtud del principio de la ‘actio nata’ (...) la teoría de la realización, sosteniéndose el nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo al que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, (...) si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuario’...”(FJ2). Si bien olvida la AP Lleida, que la nulidad existe desde el inicio y la sentencia que la declara es meramente declarativa, retrotrayendo sus efectos al nacimiento de la pretensión de base nula.

En segundo lugar, se argumenta también para defender esta tesis que el art.1969CC se refiere al conocimiento de derecho y no de los hechos de la posibilidad del consumidor para reclamar. Así lo hace la Sección 1ª de Pontevedra, en su SAP Pontevedra (Sección1ª) 228/2022, de 9 de marzo donde reitera la doctrina de la SAP 226/2019 de 23

de abril⁵⁴ y 570/2019 de 24 de octubre, donde dispone: “[p]or tanto, y por una parte, es claro que el plazo deberá empezar a contar no desde la fecha del contrato (lo excluye el TJUE) sino desde que se hacen los pagos, pues solo a partir de ese momento se puede pedir la restitución, pero además es necesario que el reclamante conozca la posibilidad de reclamar. Pero la posibilidad de ejercicio que menciona el artículo 1.969 C.c. es la "posibilidad legal" o "posibilidad objetiva", de manera tal que una imposibilidad puramente subjetiva no es tomada en consideración, ni por ella queda impedido el comienzo de la prescripción” (FJ2).

La misma SAP Pontevedra (Sección 1.ª) 570/2019, de 24 de octubre, clarifica que a su juicio, fijar el *dies a quo* en la fecha de las Sentencias del Supremo que declaran la nulidad o clarifican doctrina acerca de la abusividad de la cláusula de gastos, va en contra de la normativa vigente española, pues: “las Sentencias de los Tribunales no crean *ex novo* derechos, sino que reconocen o declaran derechos previamente existentes, careciendo del efecto que con esta segunda opción apuntada se le atribuye (vid. STJE13/12/2018, asunto C-385/17). Además, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.6 C.c., la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino que solamente tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, precisamente, a través de la interpretación y aplicación de las que verdaderamente lo son. Esto es, se atribuiría a la Jurisprudencia una función ‘positiva’ que no tiene atribuida en el derecho nacional” (FJ2).

También, se explica cómo fijar el inicio del cómputo de prescripción de la acción de restitución de cantidades derivadas de la nulidad en el momento de los pagos “es tanto como someter a prescripción la propia acción de nulidad, ya que, de nada serviría declarar que es imprescriptible si sometemos la reclamación de cantidad consecuencia de dicha nulidad a un plazo de prescripción a contar desde el contrato o los respectivos pagos, porque con ello no se garantizaría la efectividad de la nulidad y el pleno resarcimiento del consumidor” (FJ2) en la SAP Málaga (Sección 6ª) 90/2022, de 20 de enero, reiterando la SAP Málaga (Sección 6ª) 1524/2019 de 31 de julio.

⁵⁴ En dicha sentencia, se hace especial énfasis en cómo “la acción de restitución de las consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato o una cláusula contractual exige, como presupuesto esencial, que se haya admitido por las partes o declarado por sentencia judicial la nulidad en cuestión, ya que, hasta ese momento, el contrato o la condición general de la contratación despliega todos sus efectos obligacionales. No es posible el ejercicio autónomo de una acción de reposición si, previa o simultáneamente, no se ejercita la acción de nulidad del contrato o la cláusula” (FJ2).

Si bien como la AP Valencia enuncia, en su SAP Valencia (Sección 9.ª) 66/2018 de 1 de febrero: “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” (FJ2).

Por otro lado, también alude a no vaciar de contenido la declaración de nulidad la Sección 1ª AP Toledo⁵⁵ en sus SSAP Toledo (Sección 1.ª) 1317/2021, de 13 de octubre y 83/2022, de 25 de enero; la Sección 1ª AP La Rioja en su SAP Logroño (Sección 1.ª) 1ª 357/2021, de 22 de julio⁵⁶; la Sección 5.ª de Cádiz, entre otras, en SAP Cádiz (Sección 5.ª) 114/2021, de 5 de febrero; Sección 1.ª de Teruel, en SAP Teruel (Sección 1.ª) 15/2019 de 28 de enero, y la Sección 1.ª de Zamora, en SAP Zamora (Sección 1ª) 374/2019, de 9 de septiembre.

En este sentido se pronuncia también ACHÓN BRUÑÉN, que rebate el principal argumento en contra de esta determinación del *dies a quo*, la imprescriptibilidad implícita de la acción de restitución. Se entiende que es la declaración de nulidad la que hace nacer el derecho a reclamar la restitución de las cantidades, puesto que hasta entonces mantenía la apariencia de eficacia.⁵⁷

3. EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN COMIENZA CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE DECLARA LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

Los precursores de esta tesis entienden que la capacidad de ejercicio a la que alude el art.1969 CC engloba un conocimiento potencial del derecho por parte de los

⁵⁵ Esta Sección enfatiza que no se puede situar el momento de cognoscibilidad en fecha de las sentencias del TS puesto que no se puede dar por sentado que la población general conoce de dichas sentencias que declaran la nulidad y distribución de la cláusula de gastos

⁵⁶ No obstante, en sentencias previas, entre otras SAP La Rioja (Sección 1ª) 59/2018, de 21 de febrero, la Sala establecía el matiz argumental para el cómputo del plazo en el art. 1971 CC y no en el art. 1969 y 1964.2 CC del plazo de las acciones personales, que como ha sido explicado es cuestión pacífica.

⁵⁷ Achón Bruñén, M. J., Problemática acerca del cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor por gastos hipotecarios. *Diario La Ley*, N.º 9445, Sección Tribuna, 27 de junio de 2019. Wolters Kluwer. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFXMTQqAIBBA4du4HpUsFy4ij-A-qJlgCByxH-j21SborR8fI4aY4Ml4B41TJ9WNJQcD2oPTWmVBSnEIR0ZaOBO-Cy9XIDldhcJeDII0iaw_aPwA3vpSqpyED2osWOh027Q34Esn83oAAAA=WKE#nDT0000296056_NO_TA37; última consulta: 15/3/2023)

consumidores. Por tanto, sitúan el comienzo del *dies a quo* en el momento en que a su juicio el consumidor medio pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. Las fechas más remarcadas en este aspecto son el 23 de diciembre de 2015, cuando el TS declara la nulidad de la cláusula gastos y el 6 de enero de 2019, cuando el TS sienta doctrina acerca del reparto de gastos. Una parte minoritaria de la jurisprudencia menor se acoge a esta postura, siguiendo la línea del Ministerio de Consumo, en la primera edición de su Nota informativa de 17 de noviembre de 2020.⁵⁸ Sin embargo, es abundante la cantidad de AAPP que han virado sus argumentaciones en este sentido recientemente (*vid.* Capítulo III.2), pues el auto del TS de planteamiento de cuestión prejudicial parece sólo dejar abierta esta posibilidad.⁵⁹

Esta postura sustenta su defensa (indistintamente de las diferentes fechas escogidas) en que el consumidor ha de poder conocer la abusividad de la cláusula y las acciones que de ello derivan. Esto solo pudo darse desde que pudieron tener la certeza de la nulidad, esto estrictamente sería con la publicación de la STS 705/2015 de 23 de diciembre, publicada en la web del Consejo General del Poder Judicial el 21 de enero de 2016.

Así lo argumenta la Sección 1ª de Lugo, entre otras en sus SAP Lugo (Sección 1ª) 47/2021 de 3 de febrero, SAP Lugo (Sección 1ª) 421/2020 de 17 de septiembre, y SAP Lugo (Sección 1ª) 8/2021 de 11 de enero, y SAP Lugo (Sección 1ª) 283/2019 de 2 de mayo. En concreto en la última, argumenta que fijar el *dies a quo* en la fecha que se abonaron los gastos posiciona al consumidor en una situación de indefensión, pues este no conocía “la abusividad de la cláusula, su nulidad, ni las acciones que de ello derivan” (FJ 2), a la par que constriñe la declaración de nulidad, quedando vacía de contenido

⁵⁸ La primera nota dice así: “[e]l plazo para solicitar la devolución de gastos derivados de una cláusula declarada abusiva es de cinco años, plazo que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no podría comenzar a computar hasta que la persona afectada pudiese haber tenido conocimiento razonablemente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. En relación con la cláusula de gastos ya declarada abusiva (la que incluye los gastos de gestoría, registro de la propiedad y notaría, así como el impuesto AJD), se puede entender que se pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la misma desde el momento que se hizo pública la Sentencia del Tribunal Supremo, el 21 de enero de 2016” en Ministerio de Consumo, “Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero”, *web del Ministerio de Consumo*, 1ª versión, 17 noviembre 2020, (disponible en <https://www.mscbs.gob.es/consumo/pec/docs/preguntasFrecuentesGastosHipotecarios.pdf> última consulta: 3/4/2023). No obstante, en la segunda versión del documento de 4 de marzo de 2021, se matiza la tesis sin determinar un *dies a quo* concreto.

⁵⁹ Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre el inicio...”, *op.cit.*, p.119

económico, meramente adscrita al efecto declarativo de la misma. Por otro lado, también rechaza fijar el *dies a quo* en el momento de la declaración de abusividad, pues “comporta ‘*de facto*’ una acción de enriquecimiento injusto imprescriptible lo que no es la solución adoptada por nuestro derecho interno” (FJ 2). Por todo ello decide optar por la completa declaración de nulidad y sus consecuencias por la jurisprudencia del TS, argumentando⁶⁰:

“[...T]al sentencia [23 de diciembre de 2015] no marcó con la debida concreción los efectos de la nulidad que fue algo que no se produjo por nuestro Tribunal Supremo sino hasta la sentencia de 23 de enero de 2019 en la que ya el Tribunal Supremo sienta en plenitud doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de gastos y los efectos derivados de la misma. Por todo ello, esta Sala partiendo de que la acción de nulidad es imprescriptible sienta el criterio de que: a) La acción de restitución derivada de los efectos de la nulidad está sometido al plazo de prescripción genérico de 5 años. b) El inicio del cómputo en estos supuestos de gastos hipotecarios se sitúa en el 23 de enero de 2019”. (FJ 2)

En este sentido la Sección 3ª de Valladolid⁶¹, en su SAP Valladolid (Sección 3.ª) 676/2020 de 21 de octubre, sitúa el *dies a quo* bien el 23 de diciembre de 2015 o bien el 23 de enero de 2019 indistintamente, puesto que debe ser el legislador quien lo determine o bien se fije un criterio que sea capaz de evitar la inseguridad jurídica (FJ 4).

La AP de Zaragoza Sección 5ª, en su SAP Zaragoza (Sección 5.ª) 11/2021 de 4 de enero o SAP Zaragoza (Sección 5.ª) de 395/2021 de 5 de abril, fija el *dies a quo* de la prescripción el 9 de mayo de 2013, cuando se publica la STS 241/2013, ya que justifica que dicha sentencia, y la STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11) fueron los dos principales sucesos que crearon impacto en la opinión pública acerca de la potencial nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, y por ello “al consumidor medio, atento y perspicaz no se le podía exigir antes de esa fecha un conocimiento razonable de sus derechos y la amplitud de los mismos respecto a las cláusulas abusivas, siendo hasta entonces excesivamente difícil aprehender el contenido de los derechos que le concedía

⁶⁰ En este sentido la AP de Lugo da un giro jurisprudencial propio, ya que defendían que la fecha de inicio del cómputo debía ser el 21 de enero de 2016, fecha de publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015, que marca para la Sala el momento de cognoscibilidad del carácter abusivo de la cláusula por los usuarios (SAP Lugo (Sección 1ª) 371/2019 de 11 de septiembre)

⁶¹ Esta sección optó en un primer momento por la tesis de la imprescriptibilidad de la acción (SAP Valladolid Sección 3.ª 524/2019, de 10 de diciembre de 2019), por lo que la tesis que más encaja en su criterio es esta, la que más dilata la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación.

la Directiva Comunitaria (apartados 90 y 91 STJUE 16-7-2020). Partiendo de esta premisa, considera este tribunal que el *dies a quo* ha de coincidir con la fecha de publicación de la citada STS 9-5-2013 que -salvo error- tuvo lugar el 10-5-2013. A partir de cuya fecha, un plazo de 15 años (posteriormente 5, a partir de la reforma del art. 1964 CC por ley 42/2015, de 5 de octubre) se considera suficiente y apto para la protección del consumidor, en sintonía con la reiterada STJUE 16-7-2020” (FJ 2 de la SAP Z 11/2021, de 4 de enero).

En este sentido encontramos que la solución invocada por la AP de Zaragoza acoge de pleno los argumentos invocados por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán, en adelante BGH) alemán en su doctrina de la inexigibilidad, aunque la normativa española sea diferente pues los supuestos de suspensión e interrupción son más laxos en nuestra legislación.⁶²

Como arguye MARÍN LÓPEZ hasta el año 2010 existía en Alemania jurisprudencia consolidada que negaba al consumidor el derecho a reclamar la devolución de esos gastos, sin embargo, a partir del 2010/11, el consumidor medio podía conocer que el escenario jurídico era más favorable y que por tanto existía la posibilidad de que su pretensión fuera favorable.⁶³ Es por esto por lo que en Alemania el BGH se aleja del sentido literal del Código Civil alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, en adelante), e invoca la doctrina de la inexigibilidad para resolver la cuestión de la reclamación de gastos. Fue en 2014 cuando el Tribunal Supremo alemán dicto por primera vez jurisprudencia⁶⁴ que declaraba abusiva esta cláusula, no obstante, el mismo ha decidido fijar el *dies a quo* (retrasándolo con respecto a su criterio subjetivo general de conocimiento de los hechos) en 2011, pues es entonces cuando se genera un escenario suficientemente favorable para permitir entender la posibilidad de reclamación judicial

⁶² Esta doctrina fundamenta una excepción al sistema de prescripción subjetivo invocado por el derecho alemán en el caso de situaciones jurídicas opacas y confusas; tan es así que el tercero bien informado no habría formulado razonablemente la reclamación vista la situación jurídica del momento. Es en situaciones como esta en la que el BGH alemán acepta aplazar el inicio del cómputo de la prescripción hasta que la situación jurídica pueda acoger una aceptación de pretensión, pues no era exigible demandar en el momento. Así lo explica RUIZ ARRANZ en Ruiz Arranz, A. “El *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería?” *Almacén de Derecho*, 2021 (disponible en: <https://almacendederecho.org/el-dies-a-quo-para-calculer-el-plazo-de-prescripcion-se-puede-mover-la-porteria/> última consulta 15/03/2023)

⁶³ Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre el inicio...”, *op.cit.*, pp. 85-94.

⁶⁴ SBGH de 13 de mayo de 2014

de la pretensión. El BGH hace especial énfasis en que el consumidor no debe poder conocer de *iure* que su pretensión va a ser estimada, sino que conforme con el panorama existente, considera que puede serlo, es decir ha de tener un conocimiento de *facto*, situando el momento de cognoscibilidad del consumidor en el de un consumidor perspicaz que no incurra en negligencia grave.⁶⁵

En este sentido se pronuncia un sector de la doctrina entre los que se encuentran DEL OLMO o ZUMAQUERO. Ambos defienden un *dies a quo* normativo-subjetivo, en el que la acción de restitución nace con la realización de los pagos, pero adecuando el *dies a quo* al momento en el que consumidor conoce o podría conocer los derechos que le otorga la Directiva 93/13. Para estos dos autores, este momento en el que es razonable exigir al consumidor conocer la abusividad de la cláusula de gastos es desde la publicación de la STS 705/2015 de 23 de diciembre.⁶⁶ Si bien, DEL OLMO precisa que podría fijarse el *dies a quo* en sentencias anteriores de segunda instancia o relevantes del TS en materia de cláusulas abusivas de los contratos hipotecarios en general.⁶⁷

En este sentido AGÜERO también defiende y argumenta que el *dies a quo* debe situarse el 21 de enero de 2016, si bien basa su argumentación en la STJUE de 16 de julio de 2020 (posteriormente reproducida por entre otras STJUE 22 de abril de 2021), puesto que entiende que acorde a la jurisprudencia del TS el conocimiento es de hechos y no de derechos y rechazaba así la tesis ahora defendida con la paradoja de “si la acción no ‘pudo’ ejercitarse sino desde la STS de 23 de diciembre de 2015 ¿cómo pudo ser ejercitada previamente por otros consumidores?”.⁶⁸ Sin embargo, posteriormente entiende que la jurisprudencia del TJUE incluye como requisito del *dies a quo* que el

⁶⁵ Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre el inicio...”, *op.cit.*, pp.85-94

⁶⁶ del Olmo, P., *op.cit.*; Zumaquero Gil, L., La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecario. *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018)

⁶⁷ del Olmo, P., *op.cit.*

⁶⁸ Agüero Ortiz, A. en Curso de verano “Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro”, celebrado en Cuenca los días 3 y 4 de julio de 2017. *Acta del Curso de Verano. Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.22, 2017, pp.15. (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6081234.pdf>; última consulta:11/4/2023)

consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula, momento que sitúa en el 21 de enero de 2016.⁶⁹

4. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

A lo sumo, en virtud de la normativa vigente en España y conforme a los criterios jurisprudenciales que se han venido utilizando, al menos hasta la fecha, a mi juicio es indudable que del tenor literal de los arts. 1964.2 y 1969 CC, los aplicables al caso, el plazo comienza a correr desde que el consumidor conoce la realización de los pagos.⁷⁰

No obstante es cierto que el plazo puede llegar a correr en su totalidad sin que el consumidor haya razonablemente podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, y que esto suceda es requisito para que se agote el plazo de prescripción de la acción como se dilucida de la doctrina del TJUE⁷¹. Es aquí cuando entra la gran cuestión, ¿cómo articular un *dies a quo* afín a la legislación vigente y sus criterios interpretativos, que respete los principios de la Unión? Con todo, la solución no es fácil, como se ha visto muchos son los autores que han ido modificando su solución propuesta, como así hemos visto que AGÜERO hacía. Sin embargo, a mi juicio MARÍN LÓPEZ concluye con una meticulosa solución que podría acabar con el debate de una vez por todas. Se va a exponer de manera sucinta esta solución y sus beneficios en la ponderación de intereses, que en esencia comparto.

De esta forma como ya se ha explicado, para MARÍN LOPEZ es ineludible que en concordancia con el derecho español vigente del CC no se puede dilucidar otra respuesta que no sea que el *dies a quo* comienza desde que el consumidor tuvo conocimiento de los pagos (recepción de las facturas).⁷² Sin embargo, en concordancia con la doctrina del TJUE ya citada, el plazo de prescripción no puede agotarse sin que el consumidor haya tenido posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula. De esta

⁶⁹ Agüero Ortiz, A., “Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020, p. 16. (disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf, última consulta:3/4/2023)

⁷⁰ Siguiendo en esta línea la postura adoptada por MARÍN LÓPEZ y CARRASCO PERERA

⁷¹ En sus SSTJUE 9 de junio de 2020, 16 de julio 2020, 22 de abril 2021 y 10 de junio 2021.

⁷² Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre...”, *op.cit.*, pp.147-156

forma, e inspirándose en parte en el Derecho alemán ya enunciado, el potencial conocimiento por el consumidor de la abusividad de la cláusula podría establecerse como una causa de suspensión de la prescripción y no como requisito para su inicio.⁷³ Así, el plazo no correrá en su totalidad hasta que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo, y una vez acontezca el caso, se reanuda el cómputo de este. Juzgar la posibilidad de conocer del consumidor medio informado será cuestión del TS, decidir a partir de cuándo es exigible al consumidor medio ser consciente de la posible abusividad de la cláusula, y diferentes argumentos han sido ya enunciados para las potenciales fechas.⁷⁴ De esta forma el plazo correría con normalidad, hasta que fuera a comenzar el “periodo de seguridad”, este hace referencia a la parte del plazo de 5 años de prescripción que no puede correr sino desde que el consumidor pudo haber tomado conciencia de la cláusula, la parte final del plazo de prescripción.⁷⁵ Otra incógnita sería determinar de cuánta duración debe ser este plazo de seguridad. Como el autor ha argumentado con jurisprudencia del TJUE, un plazo de dos años con total seguridad respetaría el principio de efectividad, no obstante, lo idóneo en aras de la seguridad jurídica, sería optar por un plazo de 1 año, puesto que “el consumidor podrá ejercitar la pretensión de manera cómoda y rápida”, en este sentido destacar que puede hacerlo de forma extrajudicial sencillamente.⁷⁶ Optar por el plazo de un año además sería congruente con otras soluciones del derecho español, como la indemnización por daños extracontractuales (art. 1968.2º CC), sería holgadamente adecuado teniendo en cuenta ejemplos internacionales como los Principios de Derecho Contractual Europeo, que establecen un plazo de 6 meses.⁷⁷

A pesar de que la STJUE de 10 de junio de 2021 parezca entender que el conocimiento del consumidor de la posible abusividad de la cláusula sea un requisito del *dies a quo*, no queda perfectamente claro, puesto que utiliza la misma argumentación que en sentencias previas, y deberá ser el TJUE quien lo aclare gracias a la cuestión prejudicial

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Tanto desde la publicación de la STS 23 de diciembre de 2015, como la STS 39,40,412 de enero de 2019, incluyo la STS de 2013 de cláusulas suelo y hasta antes en 2009 con el auge de las demandas colectivas (pues la que dio lugar a la STS 705/2015, fue iniciada en 2010)

⁷⁵ Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre...”, *op.cit.*, pp.147-156

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

planteada por la AP Barcelona. Es esto por lo que el autor defiende que sea causa de suspensión y no requisito del *dies a quo*, basándose principalmente en que la suspensión incide menos en el cómputo del plazo y es la que menos interfiere en el régimen de la prescripción.⁷⁸ Además, esta solución es más coherente con la doctrina del TJUE, que requiere que sea el legislador y no la jurisprudencia quien fije el punto de partida del plazo de prescripción. Asimismo, que la normativa sobre la prescripción no está armonizada en la Directiva 93/13, por lo que el TJUE no puede imponer un régimen de prescripción concreto. Por último, que configurar el conocimiento de los hechos como una hipótesis de suspensión también respeta el principio de efectividad, ya que no resulta imposible ni excesivamente difícil para el consumidor ejercer su derecho y es coherente con el derecho español vigente.⁷⁹

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

CONCLUSIONES

(I) La acción de restitución de cantidades derivada de la nulidad de la cláusula gastos hipotecarios está sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales de cinco años (1964.2 CC). Sin embargo, es cuestión controvertida determinar a partir de cuándo empieza a correr dicho plazo, es decir el análisis del “desde que pudieron ejercitarse” del art.1969 CC. Se han acogido cuatro posibles tesis para resolver *dies a quo* y son: imprescriptibilidad de la acción, que el plazo comience el día que se abonaron los pagos, que comience el día que se declara judicialmente la nulidad de la cláusula o que comience con la sentencia del TS que declara la nulidad de la cláusula.

(II) La mayoría de la doctrina defiende que el *dies a quo* debe situarse en el momento de la realización de los pagos, postura a la que me sumo. Esto se debe a que es la consecuencia lógica obtenida, siguiendo el tenor literal de los arts. 1969 y 1964.2 CC y la doctrina clásica. Que algunos entiendan que esta postura vacía de contenido la declaración de nulidad muestra en efecto que la prescripción como institución no ha sido bien entendida.

(III) El sector que defiende la declaración judicial de nulidad de la cláusula inserta en el contrato como *dies a quo* considera en esencia que la acción de restitución es accesoria a la de nulidad y que por tanto el nacimiento de la primera está supeditado al ejercicio de la segunda. No obstante, fijar el *dies a quo* aquí quebraría con la seguridad jurídica, pues convertiría la acción de restitución en imprescriptible, por ser consecuencia del ejercicio de una acción que tiene dicho carácter.

(IV) Un sector minoritario de la doctrina y jurisprudencia menor sitúa el *dies a quo* en el día de publicación de las sentencias del TS sobre la abusividad de la cláusula de gastos. Argumentan así, que la posibilidad de ejercicio lleva intrínseco el conocimiento o posibilidad del carácter abusivo de la cláusula y que esta situación no pudo darse, sino cuando fue declarada nula por el TS. Las diferencias que existen dentro de la misma opinión son acerca de cuándo se considera que el consumidor perspicaz pudo tomar conciencia de los derechos que le confiere la Directiva y por tanto de la abusividad de la cláusula. No obstante, olvidan que a la jurisprudencia no se le puede atribuir una función positiva y que puesto que el contexto de litigación en masa en materia de cláusulas

abusivas se da desde 2013 (como tarde), ¿cómo es posible que unos consumidores pudieran conocer y otros no?

(V) En sus últimos pronunciamientos parece que el TJUE ha dictaminado que el plazo de prescripción no puede correr en su totalidad sin que el consumidor haya razonablemente podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. Por tanto, si esto se confirmara habría que modificar o bien la redacción del CC o bien articular un plazo de suspensión, que a mi juicio es la postura más acertada; pues no incide en el entendimiento de la prescripción como tal y permite acoger las exigencias del Derecho de la Unión.

(VI) Será la aplicación que nuestro Tribunal Supremo haga de la STJUE derivada de las cuestiones prejudiciales planteadas por los diferentes tribunales españoles la que termine con la controversia que suscitó el problema. Ante esto solo cabe esperar, y en caso de estar pendiente de una potencial reclamación por préstamos firmados antes del 16 de junio de 2019, realizar la correspondiente en el menor plazo posible.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores (DOCE de 21 de abril de 1993)

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 14 de abril de 1998)

Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 6 de octubre de 2015)

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE 16 de marzo de 2019)

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007)

Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE 1 de marzo de 2022)

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (BOE 25 de julio de 1889)

2. JURISPRUDENCIA

TJUE

Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Spuznar, asunto C-447/13, *Nencini*, de 9 de junio de 2014 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2014:2022] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5.^a), Asunto C-237/2 *Freiburger Kommunalbauten*, de 1 de abril de 2004 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2004:209] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.^a), Asunto C-243/08 *Pannon GSM*, de 4 de junio de 2009 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2009:350] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, de 6 de octubre de 2009 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2009:615] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asunto C-618/10 *Banco Español de Crédito S.A.*, de 14 de junio de 2012 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2012:349] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asunto C-472/11 *Banif Plus Bank*, de 21 de febrero de 2013 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2013:88] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-415/11 *Aziz contra Caixa*, de 13 de abril de 2013 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2013:164] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.^a), Asunto C-447/13, *Nencini.*, de 13 de noviembre de 2014 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2014:2372] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asunto C-8/14, *BBVA, S.A.*, de 29 de octubre de 2015 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2015:731] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Asuntos acumulados C- 154/15 y C-307/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, de 21 de diciembre de 2016 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2016:980] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-421/14 *Banco Primus*, de 26 de enero de 2017 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2017:60] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asunto C-3/16, *Aquino*, de 15 de marzo de 2017 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2017:209] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.^a), Asunto C-483/16 *Sziber*, de 31 de mayo de 2018 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2018:367] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, de 26 de marzo de 2019 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2019:250] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.^a), Asunto C-637/17, *Cogeco Communications Inc.*, de 28 de marzo de 2019 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2019:263] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-621/17 *CIB Bank*, de 3 de octubre de 2019 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2019:820] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asuntos acumulados, C-419/18 y C-483/18, *Profi Credit Polska*, de 7 de noviembre de 2019 [versión electrónica- base de datos CURIA - ECLI:EU:C:2019:930] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.^a), Asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*, de 9 de julio de 2020 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI: EU:C:2020:537] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4.^a), Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 *Caixabank S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, de 16 de julio de 2020 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2020:578] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asunto C-485/19, *Profi Credit Slovakia.*, de 22 de abril de 2021 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2015:731] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1.^a), Asuntos acumulados C-776/19 y C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, de 10 de junio de 2021 [versión electrónica- base de datos CURIA- ECLI:EU:C:2021:470] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

TRIBUNAL SUPREMO

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), núm.10157/2021, de 22 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2021:10157A] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 27 de febrero de 1964 [versión electrónica- base de datos Thomson Reuters Aranzadi, Ref. RJ1964/1152] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 406/2012, de 18 de junio. [versión electrónica- base de datos CENDOJ. - ECLI:ES:TS:2012:5966] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 241/2013, de 9 de mayo. [versión electrónica- base de datos CENDOJ. - ECLI:ES:TS:2013:1916] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 265/2015, de 22 de abril [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2015:1723] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm.705/2015, de 23 de diciembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2015:5618] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 467/2017, de 19 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2017:3014] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm.725/2018, de 19 de diciembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2018:4236] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm.46/2019, de 23 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2019:101]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm.47/2019, de 23 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2019:103]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm.48/2019, de 23 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2019:104]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm.49/2019, de 23 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:TS:2019:105]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), núm. 9350/2021, de 9 de diciembre, [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APB:2021:9350A] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.^a), núm. 118/2021 de 24 de marzo [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APC:2021:649] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1.^a), núm. 461/2019, de 21 de noviembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APAB:2019:772] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.^a), núm. 1256/2020 de 23 de noviembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APA:2020:2486] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.^a), núm. 1484/2020 de 30 de diciembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APA:2020:3404] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), núm. 1354/2021 de 5 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APB:2021:6915]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.^a), núm. 363/2017 de 12 de diciembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APIB:2017:2170] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.^a), núm. 563/2020 de 31 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APIB:2020:1670]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5.^a), núm. 1404/2021 de 18 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APIB:2022:2104] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.^a), núm. 114/2021 de 5 de febrero [versión electrónica- base de datos
CENDOJ.ECLI:ES:APCA:2021:186] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.^a), núm. 4/2022, de 11 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APCA:2022:48]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.^a), núm. 559/2020 de 23 de octubre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APCR:2020:1582] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a), núm. 209/2019, de 20 de marzo [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APGR:2019:861]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a), núm. 16/2021, de 11 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ.
ECLI:ES:APSS:2021:110] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.^a), núm. 59/2018 de 21 de febrero [versión electrónica- base de datos CENDOJ.ECLI:ES:APLO:2018:114] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.^a), núm. 357/2021 de 22 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLO:2021:504] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.^a), núm. 153/2022, de 25 de febrero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLE:2022:280] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.^a), núm. 221/2022, de 22 de marzo [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLE:2022:341] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.^a), núm. 47/2022 de 21 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APL:2022:37] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.^a), núm. 80/2020 de 31 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APL:2020:84] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.^a), núm. 808/2020 de 11 de diciembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APL:2020:978] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a) núm.371/2019, de 11 de septiembre, [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLU:2019:596] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a), núm. 8/2020 de 11 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLU:2021:19] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a), núm. 283/2020 de 2 de mayo [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLU:2019:295]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a), núm. 421/2020 de 17 de septiembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APLU:2020:607] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.^a), núm. 47/2021 de 3 de febrero [versión electrónica- base de datos CENDOJ.- ECLI:ES:APLU:2021:56] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a), núm. 191/2018 de 7 de mayo [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APM:2018:6988]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), núm. 779/2020 de 19 de marzo [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APM:2020:3502]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), núm. 929/2020 de 11 de septiembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APM:2019:16041] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a), núm. 820/2018 de 31 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APMA:2019:1524]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a), núm. 90/2022 de 20 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APMA:2022:109]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.^a), núm. 753/2021 de 24 de junio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APMU:2021:1440]
Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.^a), núm. 399/2029, de 19 de noviembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APP:2019:617] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), núm.226/2019 de 23 de abril [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APPO:2019:962] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), núm. 570/2019 de 24 de octubre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APPO:2019:2294] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a), núm. 439/2022 de 9 de marzo [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APPO:2022:439] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1.^a), núm. 15/2019 de 28 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APTE:2019:16]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a), núm. 1317/2021 de 22 de julio [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APTO:2021:1888]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a), núm. 82/2022 de 25 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APTO:2022:37]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), núm. 66/2018 de 1 de febrero [versión electrónica-CENDOJ. - ECLI:ES:APV:2018:1121] Fecha de

última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), núm. 586/2019 de 8 de mayo [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APV:2019:2234]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a), núm. 676/2020 de 21 de octubre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APVA:2020:1325] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a), núm. 524/2019 de 10 de diciembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APVA:2019:1592] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.^a), núm. 292/2019 de 9 de septiembre [versión electrónica- base de datos CENDOJ.

ECLI:ES:APZA:2019:374] Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), núm. 11/2021 de 4 de enero [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APZ:2021:15]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), núm. 395/2021 de 5 de abril [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:APZ:2021:643]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

JUZGADOS INFERIORES

Auto del Juzgado de Primera Instancia nº20 de Barcelona, núm. 297/2021, de 22 de julio, [versión electrónica- base de datos CENDOJ. ECLI:ES:JPI:2021:297A]

Fecha de última consulta: 3 de abril de 2023

3. OBRAS DOCTRINALES

Álvarez Royo-Villanova, S., “La cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios de consumidores: la abusividad y sus consecuencias. Comentario de cuatro Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (46, 47, 48 y 49/2019)” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n.11, 2019, pp.61-72

De Castro, F. *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985

Delgado Echeverría, J y Parra Lucán, M^a A. *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, 2005

- Díez-Picazo, L. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Vol. I, 6ª ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2007
- Díez-Picazo, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil Vol.II*, Tecnos, Madrid, 1985
- Marín López, M.J, “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil” en *La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- Navarro Mendizábal, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Navarra, 2019.
- Redondo Trigo, F., “La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018)” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, n.10, 2018, pp.101-116
- Rivero Hernández, F., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002
- Ureña Martínez, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil*, Comares, Granada, 1997.
- Zumaquero Gil, L., La nulidad de la cláusula de gastos de los prestamos hipotecario. *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018)

4. RECURSOS DE INTERNET

- Achón Bruñén, M. J., Problemática acerca del cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor por gastos hipotecarios. *Diario La Ley*, N.º 9445, Sección Tribuna, 27 de junio de 2019. Wolters Kluwer. Disponible en:
<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA-AAEAFXMTQqAIBBA4du4HpUsFy4ij-A-qJlgCByxH->

[j21SborR8fI4aY4MI4B41TJ9WNJQcD2oPTWmVBSnEIR0ZaOBO-Cy9XIDldhcJeD1I0iaw_aPwA3vpSqpyED2osWOh027Q34Esn83oAAAA=WKE#nDT0000296056_NOTA37](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6081234); última consulta: 15/3/2023)

Agüero Ortiz, A. en Curso de verano “Protección del consumidor-deudor hipotecario: realidad y perspectivas de futuro”, celebrado en Cuenca los días 3 y 4 de julio de 2017. *Acta del Curso de Verano. Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.22, 2017, pp.1-43. (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6081234.pdf>; última consulta: 11/4/2023)

Agüero Ortiz, A., “Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2020, p. 16. (disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf, última consulta: 3/4/2023)

Beltrán, A., ¿Qué cláusulas tiene un contrato hipotecario?, *Hipotecas Plus*, 2019 (disponible en: <https://www.hipotecasplus.es/blog/que-clausulas-tiene-un-contrato-hipotecario/>, última consulta: 1/4/2023)

Carrasco Perera, A., “A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios”, *web del Centro de Estudios de Consumo*, 2017. (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf ; última consulta: 30/3/2023)

Del Olmo, P., “Nulidad de pleno derecho y prescripción”, *Almacén de Derecho*, 2021. (Disponible en: <https://almacenederecho.org/nulidad-de-pleno-derecho-y-prescripcion>; última consulta el 30/03/2023)

Domínguez Martínez, P., “Comentario al art. 1969 del CC”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra,

2009, pág. 1. (disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es> ; última consulta: 3/4/2023)

Marín López, M. J., “La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español”, *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, n. 42, 2022, pp. 70-167. (disponible en: https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.42.3098 ; última consulta: 3/4/2023)

Marín López, M.J., “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”, *Centro de Estudios del Consumo*, 2017, (disponible en: [Prescripcion de la accion de nulidad de la clausula de gastos.pdf](Prescripcion_de_la_accion_de_nulidad_de_la_clausula_de_gastos.pdf) (<centrodeestudiosdeconsumo.com>); fecha de ultima consulta: 3/4/2023)

Ministerio de Consumo, “Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero”, *web del Ministerio de Consumo*, 1ª versión, 17 noviembre 2020, (disponible en <https://www.mscbs.gob.es/consumo/pec/docs/preguntasFrecuentesGastosHipotecarios.pdf> última consulta: 3/4/2023).

Ministerio de Consumo, “Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero”, *web del Ministerio de Consumo*, 2ª versión, 4 marzo 2021, (disponible en <preguntasFrecuentesGastosHipotecarios.pdf> (<consumo.gob.es>) ; última consulta: 3/4/2023)

Pasquau, M., “El reembolso de lo pagado por el impuesto de la hipoteca: ¿contra quién?¿en qué plazo? En *Blog de Miguel Pasquau*, 2018 (disponible en: <https://www.miguelpasquau.es/el-reembolso-de-lo-pagado-por-el-impuesto-de-la-hipoteca-contra-quien-en-que-plazo/> ;última consulta: 3/4/2023)

Rodríguez Achútegui, E., “Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, n.6, 2017, p.87-96. BIB 2017\2120 (disponible en : <https://insignis-aranzadidigital->

es.eu1.proxy.openathens.net/maf/app/document?srguid=i0ad82d9b00000186c10821d79aad2762&marginal=BIB\2017\2120&docguid=I73ce69e04be911e7bb5a010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=; última consulta 20/02/2023); última consulta;3/4/2023)

Ruiz Arranz, A. “El *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería?” *Almacén de Derecho*, 2021 (disponible en: <https://almacenederecho.org/el-dies-a-quo-para-calculer-el-plazo-de-prescripcion-se-puede-mover-la-porteria/>; última consulta: 15/03/2023)

Unión Europea. “Comunicación de la Comisión (C-323/04). Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.” *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº62, 27 de septiembre de 2019., pp.1-89. (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&from=PL); última consulta: 3/4/2023)

Veiga Copo, A.B., “La prescripción extintiva en un contexto de reformas. Vigencias y desfases” en *Estudios sobre Derecho Privado Europeo: un paso adelante hacia su unificación*, n.61, 2019 (Disponible en <https://doi.org/10.18543/ced-61-2019pp129-165>; última consulta:3/4/2023)