

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Gastos hipotecarios: Sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE

## *Mortgage expenses: On the dies a quo after EUCJ decisions*

por

ROBERT REINHART SCHULLER

*Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022  
Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** El dilema del plazo de prescripción de los gastos hipotecarios ha traído diversas posturas en la jurisprudencia española. Ello ha supuesto el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales, todas ellas con un mismo objetivo, la consecución de una respuesta, por parte del TJUE, que permita dilucidar a partir de cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de la restitución de lo indebidamente abonado.

**ABSTRACT:** *The dilemma of the limitation period for mortgage expenses has brought about various positions in Spanish jurisprudence. This has led to the raising of several preliminary questions, all of them with the same objective, the achievement of a response, by the EUCJ, that makes it possible to elucidate when the limitation period for the restitution of what was unduly paid begins to run.*

**PALABRAS CLAVE:** Gastos hipotecarios, nulidad, prescripción, *dies a quo*, restitución, préstamo hipotecario.

**KEY WORDS:** *mortgage expenses, nullity, prescription, dies a quo, restitution, mortgage loan.*

**SUMARIO:** I. SITUACIÓN ANTERIOR A LAS STJUE DE 2024 — II. INTRODUCCIÓN A LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2024.—1. RESPUESTA Y COMENTARIO A LA PRIMERA PARTE DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SEGUNDA. 2. SEGUNDA PARTE DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL— III. APUNTES DOCTRIANALES— IV. LAS STJUE DEL MES DE ABRIL. DE LA CUESTIÓN DEL TS Y DEL JUZGADO (N.º20) DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA.— 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASUNTO C-484/21. 3. ASUNTO C-561/21. 4. REFLEXIÓN.— V. CONCLUSIONES.— VI. RESOLUCIONES.— VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. SITUACIÓN ANTERIOR A LAS STJUE DE 2024

La STS 705/2015 de 23 de diciembre abrió el camino para la declaración de la abusividad de la cláusula de gastos, creándose un cuerpo jurisprudencial a partir de ese momento; hecho que se confirmó por las STSs del año 2019<sup>1</sup>.

Sin embargo, a pesar de la abusividad de esa cláusula, otro enigma iba surgiendo, el cual no ha sido específico en la jurisprudencia menor. El interrogante versa sobre la posible existencia de dos acciones, o no, las cuales se refieren a la acción declarativa, por un lado y, por otro, a la restitutiva. Como se verá a continuación, sobre la base de unos ejemplos, la jurisprudencia menor ha mantenido ciertas discrepancias en orden a disipar tal incertidumbre.

La disociación entre la acción declarativa y restitutoria, como es sabido, no es contraria a la doctrina del TJUE. Ya en su STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18, se estableció que: “*no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo 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)*<sup>22</sup>”.

En la jurisprudencia son dos doctrinas, las cuales, con una mayor o menor discrepancia, orbitan en relación con la prescripción de los gastos hipotecarios:

En primer lugar, se puede situar a la AP de La Rioja, donde en la SAP La Rioja 449/2021 de 1 de octubre resume su doctrina y también la de otras Audiencias. Al citar a la SAP La Rioja 332/2019 de 5 de septiembre dice: “*Ya hemos*

*explicado que la cláusula es abusiva y por consiguiente, nula. Pero inmediatamente debemos dejar indicado que se trata de un supuesto de nulidad radical de la cláusula y que por lo tanto no se ve afectada por el plazo del art. 1964 del Código Civil, pues es imprescriptible. Es cierto que quizás pudiera someterse a revisión crítica esta doctrina de la imprescriptibilidad de una acción que no deja de ser una acción personal, como a la posible distinción que formula la apelante entre la acción de nulidad y la pretensión resarcitoria, pero por el momento el Tribunal Supremo es claro al seguir manteniendo la imprescriptibilidad de esta acción y a esa doctrina nos debemos, por más que a la hora de valorar si la misma ha sido o no estimada, y si lo ha sido o no totalmente, no pueda atenderse solo a la mera acción declarativa de nulidad, sino también, y como luego veremos, a la concreta suma reclamada en virtud del ejercicio de dicha acción<sup>3</sup>.*

Por otro lado, también resulta de interés lo dicho en la SAP Pontevedra 494/2017 de 13 de noviembre: “debe quedar ya excluido todo argumento que tienda a hacer del paso del tiempo —donde no hay ni prescripción ni caducidad— un efecto sanador del abuso bancario. El silencio y quietud del consumidor no responden sino a actitud basada en el desconocimiento del ilícito proceder del banco. No tiene sentido que el mero lapso del tiempo haga que la buena fe con que los prestatarios acatan la cláusula haya de volverse en su contra, de tal modo que aniquele su derecho, con beneficio y recompensa de quien abusó de su confianza. Sin duda, los clientes asumieron los términos de una cláusula en el desconocimiento de que los gastos a que la misma se refieren no tenían que ser soportados por ellos. O incluso, aun conociendo quien era el verdadero obligado al pago, se vieron forzados y empujados a la aceptación de la cláusula por su desigual y asimétrica posición en el contrato, desde la que tenían obstaculizada, cuando no virtualmente vedada, toda negociación, dada su evidente inferioridad frente a la preeminencia de la entidad financiera. El cliente reacciona cuando los tribunales declaran abusiva tal práctica bancaria. De seguro que si los prestatarios tuviesen capacidad de negociación en plano de igualdad, no hubiesen asumido voluntariamente un quebranto económico tan improcedente como indeseado..... El art. 1303 del CC establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses. Es sabido, por abundante doctrina jurisprudencial, que la restitución a que dicho precepto se refiere es un efecto ex lege, esto es, no nace del contrato anulado, sino de la ley SSTS de 24-10-1989, 24-2-1992, 23-6-2008). Se trata de consecuencia natural e ineludible que va necesariamente vinculada a la nulidad (STS de 8-1-2007). De ahí que no precise de una petición expresa de la parte (STS de 26-6-2006), de modo que el propio tribunal puede acordar

*la restitución en virtud del principio iura novit curia, sin que el juez incurra en incongruencia (STS antes citada de 8-1-2007)".*

La segunda posición discurre respecto la posibilidad de disociar entre acción declarativa y restitutiva, habiendo ciertas diferencias respecto del cuándo debería iniciarse el *dies a quo* de dicho plazo.

Un ejemplo podría constituirlo la SAP Salamanca 751/2020 de 16 de diciembre, donde se defiende, a raíz de distintos argumentos, que el *dies a quo* comienza tras los pagos de las cantidades indebidamente abonadas.

Con una visión distinta, en la SAP Ourense 724/2023 de 7 de noviembre se manifiesta que: “*conforme al cual “partiendo de la doctrina y normas de derecho interno sobre prescripción que se dejan señaladas, ponderando las razones proporcionadas por las diversas Audiencias Provinciales en relación con la materia y el principio de seguridad jurídica, con aceptación de la opinión mayoritaria sobre el deslinde entre acción declarativa de nulidad y acción de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas, esta Sala adoptó en su momento las siguientes conclusiones: 1) estimar de aplicación el plazo de cinco años para el ejercicio de la acción de reintegro patrimonial (quince años en la fecha de la demanda). 2) descartar como “dies a quo” del cómputo del plazo, el del pago de la celebración del contrato, porque entonces el consumidor desconocía la abusividad de la cláusula, su nulidad y las acciones de ella derivadas, de modo que esa interpretación dejaría al consumidor en una situación de indefensión, en contra de la protección dispensada por la legislación tutitiva; y 3) se decanta por considerar día inicial el de la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015 que se pronunció sobre la nulidad de cláusulas sobre gastos análogas, siendo entonces de general conocimiento la posibilidad de ejercicio de la acción”.*

En definitiva, básicamente se contemplan dos opciones con sus diferentes matices. Las cuales se podrían resumir en la imprescriptibilidad de la restitución<sup>4</sup> y, por el otro lado, la prescripción de la restitución y la incógnita del inicio del *dies a quo*<sup>5</sup>.

## II. INTRODUCCIÓN A LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2024

Inicialmente la STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos C-801/21 a C-813/21, goza de aparente claridad. Del análisis de su contenido se observará que existen varias incógnitas que son necesarias de despejar, con las cuales los Tribunales nacionales deberán lidiar.

Antes de entrar en un examen del contenido, conviene realizar unos breves apuntes que permitan ilustrar el meollo del asunto y la posición que se tomará en este comentario. Los preceptos que son objeto de interpretación, en relación al

Derecho Nacional, son: el art.6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>6</sup>. Por otro lado, los supuestos a analizar se rigen por el Código civil de Cataluña, no obstante, pese a haber ciertas diferencias, lo resuelto en la sentencia se puede trasladar con facilidad al Derecho Común. Básicamente, se citan como preceptos que deben interpretarse de conformidad con la Directiva 93/13, el art.121-20 del CC catalán, donde se establece el plazo para las acciones que no lo tuvieran, a efectos de prescripción. En segundo lugar, el art.121-23 que marca, de manera indeterminada, el *dies a quo* del plazo de prescripción<sup>7</sup>. En tercer lugar, el art.121-11 que regula las causas de interrupción de la prescripción. Por último, el art.1303 del CC (común) que regula los efectos restitutorios declarada la nulidad de una obligación.

Desde el punto de vista temporal, en relación con el asunto C-810/21, conviene tener en cuenta que el contrato se celebró el 4 de febrero de 2004. Los gastos, según factura, se abonaron el 4 de mayo de 2004; se solicitó la nulidad y restitución de los gastos el 16 de enero de 2018.

Asimismo, en el asunto C-811/21, el contrato se perfeccionó el 20 de enero de 2004, cuya factura consta de fecha de 15 de marzo de 2004 y las acciones judiciales se iniciaron el día 16 de enero de 2018.

Por otro lado, del asunto C-812/21 ha de subrayarse que el contrato se celebró el día 17 de diciembre de 2004 y que la factura se abonó el día 18 de marzo de 2005; las acciones judiciales se interpusieron el día 12 de septiembre de 2017.

Por último, en relación con el asunto C-813/21 se extrae que el contrato es de 14 de julio de 2006, que la factura relativa a los gastos se abonó el día 4 de octubre de 2006 y que las acciones judiciales se iniciaron el día 15 de diciembre de 2017<sup>8</sup>.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por la AP de Barcelona fueron las siguientes:

*“1) a) En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿es compatible con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/2013 someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años<sup>9</sup> a contar desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos, momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos? b) De ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos, ¿debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?”*

2) *Estando sujeta la acción restitutoria a un plazo largo de prescripción de diez años, ¿en qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo y los derechos que le confiere la Directiva [93/2013], antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?"*

El TJUE responde a las cuestiones prejudiciales de modo que agrupa la primera parte de la primera cuestión prejudicial con la segunda cuestión. Por consiguiente, únicamente responderá a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial en el caso de que conteste de forma negativa a las anteriores.

#### 1. RESPUESTA Y COMENTARIO A LA PRIMERA PARTE DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SEGUNDA.

El TJUE aúna y reinterpreta de modo que extrae una pregunta y contenido concreto. En esencia, el TJUE responderá si un Derecho Nacional puede ser conforme a la Directiva 93/13 en el supuesto de que el *dies a quo* comience una vez realizado el pago de los gastos o, en su caso, si fuera necesario también que el consumidor pueda conocer la valoración jurídica de los elementos determinantes del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. Por otro lado, de requerirse la valoración jurídica, se responderá respecto a cuándo se deberá adquirir dicho conocimiento, si antes de que empiece a correr el plazo de prescripción o antes de que el mismo prescriba.

El Tribunal recuerda algo trascendental, y es que el Derecho de la Unión Europea no se opone a que exista una disociación entre la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva y la posible prescripción de los efectos restitutorios de esta cláusula abusiva. Esta doctrina ya ha tenido presencia en numerosas sentencias del TJUE, condicionándola a que exista, por parte del Estado miembro, un respeto a los principios de equivalencia y de efectividad<sup>10</sup>.

Uno de los requisitos, desde el punto de vista del principio de efectividad, es que dicho plazo no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva. Esto supone tener en cuenta la duración del plazo y el mecanismo, que cada ordenamiento contenga, respecto al inicio del *dies a quo*. En otras palabras, que el plazo sea suficiente desde el punto de vista material.

En el análisis y solución que se propone en este comentario el considerando cuarenta y ocho deviene esencial, pues constituirá la base sobre la cual ha de orbitar la solución respecto del *dies a quo* en materia de gastos hipotecarios, así como otros supuestos que pudieran albergar dudas. El TJUE condiciona la compatibilidad de un plazo de prescripción con el principio de efectividad, de modo

que únicamente será acorde si el consumidor pudo conocer sus derechos<sup>11</sup> antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase<sup>12</sup>.

Es importante tener en cuenta que el TJUE tras analizar la documentación recibida, observa que no solo es necesario que el consumidor conozca los hechos, que básicamente se reducen al pago de los gastos, sino también su valoración jurídica. Esto supone que en combinación con el importante considerando cuarenta y ocho, el pago por sí mismo no es suficiente para el inicio del plazo de prescripción, pues será necesario que el consumidor conozca los derechos que le confiera la Directiva 93/13 (conocimiento o posibilidad de cognición de la abusividad de la cláusula), además de que tenga el plazo suficiente para preparar y poder reclamar.

La respuesta a esta parte de la cuestión prejudicial es la siguiente: “*Por cuanto antecede, procede responder a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en relación con el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos. La compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas*”.

La contestación a esta cuestión prejudicial parece ser clara, no obstante, puede ofrecer varias perspectivas según el caso concreto. La primera pregunta que se ha de formular en este comentario es: ¿se debe descartar que el *dies a quo* empiece con el pago de los gastos hipotecarios? La respuesta, en principio, debe ser que no, por la explicación que se ofrecerá a continuación. Un letrado con conocimiento en materia de consumo pudo solicitar un préstamo hipotecario en el año 2018 o incluso 2019, antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>13</sup>. A sabiendas de que debería pagar los gastos y conociendo la litigiosidad de la materia, decide aceptar abonar, pues las condiciones ofrecidas por la entidad eran mejores que las de otras entidades. Nadie dudaría de que se cumplen dos elementos, el del pago de los gastos, pero también de la propia valoración jurídica de esos hechos. Ahora bien, este ejemplo puede resultar sencillo y en la práctica no todos los supuestos tendrán dicho alcance, siendo estos casos un tanto minoritarios. Alte-

rando un elemento de la situación anterior, se encontraría un letrado que solicita un préstamo hipotecario en el año 2004. A pesar de sus conocimientos, no podría decirse que el elemento de hecho y valoración jurídica coinciden desde el punto de vista temporal, por razones obvias, pues todavía ni siquiera se trataba de un debate en ciernes. Aunque se hable de Derecho de Consumo, ante la cualidad subjetiva de la persona, desde un punto de vista objetivo, se espera que el mismo tenga un conocimiento de la valoración jurídica de esos hechos con anterioridad a cualquier otro consumidor. Debe remarcarse que esta perspectiva no debe confundir que la protección del consumidor varíe según su condición y oficio, pues únicamente operaría a efectos de determinar o poder probar un *dies a quo*, según la posibilidad y facilidad de obtención de información por la persona concreta. Esta regla podría resultar útil en el supuesto de que se tome un criterio *quasi* puramente subjetivo.

Sin embargo, lo anterior no resolvería el dilema de la mayoría de los supuestos y conduciría a numerosas cuestiones, como las que se formularán con posterioridad. ¿Por qué se sostiene que difícilmente podrá coincidir el momento del pago y la valoración jurídica en el resto de los casos? La respuesta debe hallarse en la falta de conocimiento jurídico por parte de la mayoría de los consumidores, así como también su nivel de información. No obstante, podrían existir supuestos, sobre todo acercándose al año 2019, en el cual el consumidor pudo tener conocimiento de la abusividad de tales gastos, sin embargo, a pesar de la abusividad, la oferta de préstamo le seguía siendo interesante; en relación a supuestos de contratación en esas fechas, pero también respecto de préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad. También sucederá que aquí difícilmente se podrá demostrar que el consumidor conocía esa potencial abusividad en ese momento o en un momento posterior cercano. Con lo cual: ¿deberá probar la entidad bancaria en cada supuesto cuándo se produjo esa valoración jurídica de los hechos? ¿la regla más certera consiste en que el *dies a quo* empiece una vez declarada la nulidad de la cláusula?

La primera postura supondría el traslado de una suerte de *probatio* diabólica, pues difícilmente una entidad bancaria podrá conocer cuándo el consumidor descubrió la abusividad de esa cláusula. Esto conduce, nuevamente, a la necesidad de que se pueda establecer una regla objetiva a través de la cual, con mayor o menor exactitud se pueda generar una presunción de conocimiento o potencial conocimiento, premisa esta que permita dilucidar el inicio del plazo de prescripción en el caso concreto.

La segunda pregunta, en parte, otorga seguridad, pero volvería al punto de partida del cual pretende alejarse en la actualidad la doctrina más moderna. En otras palabras, para qué se pretende abandonar el famoso brocado *quod nullum est nullum effectum producit*, si con la doctrina *dies a quo* tras la declaración de

abusividad se obtendría el mismo resultado. Es decir, se interpretaría, nuevamente, el art.1303 del Código civil de forma que no existiera acción declarativa y de restitución, siendo esta última meramente una consecuencia de la primera. Claro está, esta regla podría tener sentido en el caso de que se quisiera disociar entre prescripción restitutoria en Derecho de Consumo y Derecho Civil, de modo que coexistiera una diferente concepción según la materia. Ahora bien, mantener este hecho, con el único apoyo jurisprudencial, quizás no sería lo más congruente, sino que requeriría de intervención legislativa. Puede ser que existan motivos de fondo, pues podría sustentarse sobre la base del elemento disuasorio y una mayor protección del consumidor. Tampoco esta posición sería contraria a la doctrina del TJUE; la problemática residiría en que se alejaría de la concepción que se va construyendo en los Estados miembros en relación con la abusividad de una cláusula y la restitución, diferenciándose entonces dos facetas.

Estos primeros pasos deberían oscurecer aquello que en principio parecía nítido. Realmente la regla que se extrae de la STJUE de 25 de enero de 2024, sin entrar todavía a la última parte de la sentencia, no concuerda con la naturaleza de estos pleitos en masa. La necesidad de un cauce objetivo, que razonablemente quepa extraer una presunción de conocimiento, se ajusta perfectamente al tipo de pleitos donde se ubica a los gastos hipotecarios.

De esta primera parte del comentario surgen numerosas posibilidades de combinaciones. Se podría sostener, en algunos casos, que el momento del pago puede coincidir con la valoración jurídica (conocimiento del carácter o potencial capacidad de cognición de la condición de abusiva de la cláusula). Este ejemplo cumple perfectamente con la premisa por la cual el consumidor deba conocer sus derechos antes de que el inicio del plazo empezase a correr o de que expirase. También podría suceder que desde el punto de vista del Derecho interno dicho plazo haya empezado a correr, pero que todavía el consumidor no tuviera conocimiento de la valoración jurídica, siempre y cuando este plazo no expirase antes de que se produzca dicho conocimiento. Esto último conduce a aceptar la posibilidad por la cual el *dies a quo* se inicie tras el abono de los gastos, pero que inmediata o posteriormente se suspenda, para que llegado un momento idóneo, el consumidor pueda tener conocimiento o posibilidad de discernimiento respecto de la abusividad de la cláusula.

También es congruente conforme a la STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, que el *dies a quo* no pueda iniciarse simplemente con la realización del pago, sino que deben cumplirse los requisitos citados *ut supra*. Aunque en este supuesto se analizó un crédito al consumo, resulta útil a efectos de descifrar los requisitos tenidos en cuenta por el TJUE para que el plazo de prescripción pueda iniciarse, así como también para hablar de un criterio homogéneo en la doctrina del TJUE.

## 2. SEGUNDA PARTE DE LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En esta parte se analiza la valoración que deba concederse a la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada en relación con la nulidad de las cláusulas sobre gastos.

El TJUE comienza su discurso recordando la situación de inferioridad en la cual se halla el consumidor respecto del profesional; situación esta que incide en numerosos factores tanto de negociación como de conocimiento.

El considerando cincuenta y ocho tiene una importancia primordial, pero cuyo significado es difícil de descifrar. En este se sostiene: “*En segundo lugar, por lo que se refiere a la información de que dispone el profesional, este sigue teniendo una posición preponderante después de la celebración del contrato. Así, cuando existe una jurisprudencia nacional consolidada en la que se ha reconocido el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia*”. ¿A qué se refiere que deban actuar en consecuencia? ¿Podría interpretarse este hecho en que reconozcan las pretensiones del consumidor una vez que se produzca la reclamación extrajudicial? ¿Acaso que deban notificarle, una vez exista jurisprudencia consolidada, de la posibilidad de reclamación? El alcance de esta afirmación resulta difícil de descifrar, pues según el sentido que se pretenda atribuirle, la incidencia en la prescripción será una u otra<sup>14</sup>.

A los simples efectos de seguridad jurídica, el criterio de conocimiento en relación con una jurisprudencia consolidada resulta atractivo. Ahora bien, el TJUE dota de significado el que pueda existir una jurisprudencia consolidada, y realiza unos apuntes con relación a la conducta y posibilidad de recepción de información por parte del consumidor<sup>15</sup>: “*no cabe esperar una actitud similar de estos últimos, habida cuenta del carácter ocasional, o incluso excepcional, de la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo*”.

Respecto de la solución que ofrece: “*se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que puede ejercitarse el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella*”.

Dicha afirmación permite, en principio, descartar de pleno que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada, sobre todo a partir del año 2019, sirva de parámetro y guía para establecer el *dies a quo* a raíz de esas sentencias.

Ahora bien, siguiendo el tenor literal de la doctrina del TJUE, inicialmente no existiría impedimento alguno para que el *dies a quo*, en determinados casos, pueda iniciarse antes de esa jurisprudencia consolidada o incluso con posterioridad.

### III. APUNTES DOCTRINALES

VILLARUBIA GONZÁLEZ discrepa de la posición aquí sostenida, pues sostiene que el *dies a quo* no puede establecerse tras el último pago de las facturas<sup>16</sup>. No obstante, tal como se ha hecho en este comentario, dicha posición requiere de matización, pues, aunque podría parecer inusual, tal como se ha citado *ut supra*, en ocasiones el *dies a quo*, cumpliéndose los requisitos exigidos por la STJUE de 25 de enero de 2024, podría iniciarse tras el pago de la última factura.

Por otro lado, para GARCÍA GUTIÉRREZ afirma que, tras la STJUE de 25 de enero de 2024, el criterio que ha de mantenerse es que el conocimiento de la abusividad de la cláusula comienza tras la declaración de abusividad por parte de un tribunal<sup>17</sup>.

DURÁN RIVACOBIA, por su parte, analiza varias posibles opciones en relación con cuándo el consumidor tendría conciencia respecto del abuso jurídico sufrido. La primera de ellas parte de la idea de considerar el inicio del plazo tras la declaración de nulidad en la sentencia. El autor rechaza de plano esta opción, pues convertiría la acción en imprescriptible.

Por otro lado, alude a la situación en la cual el *dies a quo* comenzaría tras el pago de las cantidades adeudadas. También rechaza el autor esta tesis, basándose en que se opone al principio de efectividad. Mayor rechazo le produce que el *dies a quo* empiece, no desde el pago, sino desde la perfección del contrato de préstamo.

La solución que propone el autor, si bien no recae en su totalidad respecto de una jurisprudencia consolidada, sí que tiene relación con un hecho presumiblemente notorio. Parte de la importancia y difusión de las campañas publicitarias respecto a las reclamaciones, las cuales tienen su cortina y fundamento sobre la base de esa jurisprudencia consolidada. La base de su propuesta se encontraría en la difusión que tuvo la STS 705/2015 de 23 de diciembre<sup>18</sup>. Aunque es cierto que la STS de 2015 tuvo su importancia, en realidad, desde un punto de vista de la consolidación este hecho no sucedió hasta el 2019. Ahora bien, ¿hasta qué punto puede tomarse como certera esta fecha en relación con la difusión publicitaria<sup>19</sup>?

Lo que se extrae, hasta este momento, es que se debe seguir el criterio del caso por caso y que la entidad bancaria deba demostrar la existencia de ese conocimiento; salvo que se encuentre una regla objetiva que pueda cumplir con los requisitos señalados, según el TJUE, en esta sentencia.

Por otro lado, debe descartarse que el *dies a quo*, como regla general, empiece tras la terminación del contrato, pues según la STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18, aunque a efectos de un préstamo personal, ello podría no dar cobertura a todas las situaciones. Lo anterior tiene su razón de ser, según la citada sentencia, en que el consumidor desconozca el carácter abusivo de la cláusula o que no perciba la amplitud de los derechos que le confiera la Directiva 93/13; hecho este que todavía puede ocurrir con posterioridad al cumplimiento y terminación del contrato.

La clave se basa en que el consumidor pueda tener en ese momento concreto un conocimiento del carácter abusivo de la cláusula inserta en un contrato. De este modo, parece que cualquier criterio sería válido, siempre y cuando se cumpla la coletilla: “*que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato*”.

El problema es que tampoco, en principio, según la solución de la jurisprudencia del TJUE, parece que a partir de cierto momento se pueda presumir que el consumidor, sin verificar ese hecho, tenga o deba tener conocimiento del carácter abusivo de dicha cláusula<sup>20</sup>.

#### IV. LAS STJUE DEL MES DE ABRIL. DE LA CUESTIÓN DEL TS Y DEL JUZGADO (N.º20) DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA

##### 1 INTRODUCCIÓN

La sentencia de enero de 2024 ha servido para plantear un debate sobre si el TJUE ha zanjado y ofrecido un criterio definitivo sobre el inicio del plazo de prescripción. Las reflexiones vertidas más arriba han de completarse con las dos nuevas sentencias del TJUE en la materia. Debido a la similitud de los casos, pues en la STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21, cuya cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado (N.º20) de Primera Instancia de Barcelona, al igual que en la sentencia analizada con anterioridad, se analiza el Código Civil Catalán, esta primera sentencia no se tratará con exhaustividad.

##### 2. ASUNTO C-484/21

El Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

“*1) Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] que la prescripción de*

*la acción para reclamar las consecuencias económicas de una cláusula abusiva, como la de gastos, se inicie con anterioridad al momento en que dicha cláusula ha sido declarada nula por abusiva.*

*2) Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta de los Derechos Fundamentales], con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] fijar como inicio del plazo de prescripción de una cláusula abusiva la fecha en que un tribunal con capacidad de crear jurisprudencia, como es el Tribunal Supremo, indique que una determinada cláusula es abusiva con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia.*

*3) Si es compatible con el artículo 38 [de la Carta de los Derechos Fundamentales], con el principio de efectividad del Derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] fijar, en un contrato de larga duración, que el plazo de prescripción de una acción para reclamar unos gastos pagados [en virtud de una cláusula abusiva] para constituir la hipoteca se inicie en el momento en que se hace el pago, dado que la cláusula abusiva ha agotado sus efectos en ese momento y no hay riesgo de que la cláusula se vuelva a aplicar”.*

El TJUE realiza una breve reminiscencia sobre su doctrina respecto de las cláusulas abusivas, el efecto restitutorio y la necesidad de que el ordenamiento nacional sea conforme a la Directiva 93/13. Con posterioridad decide aunar las cuestiones primera y tercera para resolver conjuntamente. En definitiva, se responde respecto de la compatibilidad a que el *dies a quo* se inicie en la fecha del pago o antes de que se declare la abusividad de dicha cláusula. El TJUE vuelve a recordar la compatibilidad de que exista una disociación entre acción declarativa y restitutiva con el Derecho de la Unión, en el considerando veintiséis.

Se dice en el considerando treinta: “*Así, en el presente asunto, del auto de remisión resulta que, como la cláusula de gastos produjo sus efectos en el momento de la celebración del contrato, que coincide con el del pago de esos gastos, señalar como inicio del plazo de prescripción de una acción de reclamación de dichos gastos el momento de esa celebración y de ese pago tendría como consecuencia que, en la fecha en que los demandantes en el litigio principal ejercieron la acción de restitución, esta ya estuviera prescrita con independencia de si los consumidores tenían o, cuando menos, podían razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos”.*

De este considerando se vuelve a deducir la importancia de que el consumidor tenga o pueda tener, de forma razonable, conocimiento de la abusividad de esa cláusula. Por otro lado, no cabe olvidar que la prueba sobre si el consumidor ha tenido o podido tener conocimiento, ha de recaer sobre la entidad bancaria.

Aunque constituya una obviedad, el TJUE se pronuncia a favor de que el consumidor tiene conocimiento sobre la abusividad de la cláusula cuando esta se

declara mediante resolución judicial firme. Debe precisare que el criterio más nítido y cristalino es este, pues aquí habrá certeza sobre el conocimiento por parte del consumidor. Es importante disociar que el TJUE no impone que sea a partir de este momento cuando empiece el cómputo del *dies a quo*, pues únicamente se pronuncia a favor de la certeza que generaría tal criterio y, por otro lado, que este no es incompatible con el Derecho de la UE<sup>21</sup>. Con lo cual, tal como se afirma en el considerando treinta y cinco: “*la referida Directiva no se opone a que el profesional tenga la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de tal hecho antes de dictarse una sentencia que declare la nulidad de dicha cláusula*”.

Si se tiene en cuenta lo dicho, al analizarse la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, la respuesta a estas primeras preguntas volvería a constituir un calco de las reflexiones realizadas con anterioridad. Y es que en la respuesta, considerando treinta y siete, se dice: “*Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado, en el momento de la celebración de un contrato con un profesional, en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de esos gastos comience a correr en la fecha de ese pago, con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esa cláusula desde el momento de dicho pago, o antes de que por esa resolución se declarara la nulidad de dicha cláusula*”.

 Es decir, vuelve a reiterarse que no puede constituir una regla general el momento del pago, sin tener en cuenta y probar si el consumidor conoció o pudo conocer la abusividad de dicha cláusula.

En la respuesta a la segunda cuestión prejudicial se vuelve a reiterar que una doctrina consolidada del TS no puede tampoco constituir la base para establecer una regla genérica. El fundamento reside en que el consumidor, a pesar de tal hecho, podría no tener conocimiento o posibilidad de cognición, aunque exista dicha doctrina consolidada. Ahora bien, tal como se deduce de los considerandos cuarenta a cuarenta y dos, cosa distinta hubiera sido si el profesional tuviera la obligación de informar, al consumidor, de tal circunstancia, o en su caso, si el profesional lo hubiera hecho *motu proprio*; en relación a esto último tengase en cuenta lo dicho en el considerando cuarenta y ocho respecto los servicios de atención al cliente. Al no darse tales circunstancias, el consumidor para conocer tal situación, doctrina consolidada, necesitaría llevar a cabo labores de investigación jurídica.

### 3. ASUNTO C-561/21

En el auto de 22 de julio de 2021, por parte del TS se realizan las tres preguntas que se reproducen a continuación:

*“1.—¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?*

*2.—Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 91)?*

*3.—Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, STJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 (TJCE 2020, 170) y 699/18; o de 16 de julio de 2020 (TJCE 2020, 104), Caixa-Bank SA, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior?”*

Antes de proceder a realizar un análisis de la primera cuestión prejudicial, el TJUE vuelve a reiterar su doctrina, en relación a cláusulas abusivas, prescripción y compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho de la UE.

La primera cuestión prejudicial para responder tiene relación con el principio de seguridad y, si este se vería conculado en el caso de que el plazo de prescripción comience tras la sentencia que declare la abusividad de la cláusula en cuestión.

Puede decirse que la respuesta a esta cuestión ya tenía su base y fundamento en la STJUE de 9 de julio de 2020, citada anteriormente. En este supuesto, el Tribunal rumano alega que diferentes tribunales asimilan a las cláusulas abusivas con el régimen de nulidad absoluta. La clave de este caso se encuentra en que el Tribunal rumano explica que en estas situaciones resulta imprescriptible la restitución (pues el plazo de prescripción empezaría a correr tras la sentencia que declara la nulidad de la cláusula), dando lugar a un restablecimiento de la situación anterior y a la restitución de lo abonado. El TJUE a raíz del principio de efectividad, realiza en sus considerandos ochenta y ochenta y dos varias apreciaciones que merecen ser reproducidas:

*“80. De lo que se deduce que, de comprobarse la similitud de las acciones en cuestión, tarea que incumbe en exclusiva al tribunal remitente, la interpretación acogida por dicho órgano jurisdiccional y resumida en el apartado anterior supondría instaurar modalidades procesales diferentes que tratan de modo menos favorable las acciones basadas en el sistema de protección previsto en la Directiva 93/13. Una diferencia de trato de ese tipo, según ha señalado el Abogado General en el punto 84 de sus conclusiones, no puede justificarse por motivos de seguridad jurídica (el resaltado es nuestro).*

*81 Si bien es cierto que los plazos de prescripción se arbitran en garantía del principio de seguridad jurídica (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2020, Nelson Antunes da Cunha, C-627/18, apartado 60), no es menos cierto que, en la medida en que el legislador rumano ha estimado que el principio de seguridad jurídica no se opone al plazo de prescripción de las acciones referidas en el apartado 79 de la presente sentencia, no puede considerarse que dicho principio se oponga a aplicar, en virtud del principio de equivalencia, el mismo plazo a las acciones basadas en el sistema de protección previsto por la Directiva 93/13 (el subrayado es nuestro)”.*

*82 De las consideraciones anteriores se deduce que, de comprobar el tribunal remitente la similitud de las acciones antes mencionadas, el principio de equivalencia debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación de la legislación nacional que considera que el plazo de prescripción de una acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva empieza a correr a partir de la fecha de cumplimiento íntegro del contrato, mientras que, tratándose de una acción similar de Derecho interno, ese mismo plazo empieza a correr a partir de la fecha de la declaración judicial de la causa de la acción (el resaltado es nuestro)”.*

Lo dicho en esta sentencia resulta ser diáfano. No existiría contradicción y transgresión alguna respecto de la seguridad jurídica, debiendo comprobar los tribunales españoles, de ser cierto, si existen situaciones similares con relación al Derecho interno y el cómputo del *dies a quo* tras la declaración de nulidad. El TJUE mostrará un pronunciamiento favorable de modo que corresponderá al Tribunal nacional comprobar si efectivamente, en otros supuestos, se aplica dicho criterio respecto del cómputo del plazo de prescripción

Tras el anterior paréntesis, corresponde retomar lo dicho en la STJUE de 25 de abril de 2024. El TJUE, al igual que en la anterior sentencia analizada, de 25 de abril de 2024, vuelve a reiterar que en el caso concreto el consumidor tendría un conocimiento cierto tras la firmeza de la sentencia que declara la abusividad de la cláusula en cuestión, considerando treinta y cinco y treinta y seis.

Se precisa que tal criterio no contravendría al principio de efectividad, pues el consumidor tendría la oportunidad de conocer la abusividad de tal cláusula

antes de que el plazo se iniciase o expirara, véase el considerando treinta y siete. Por el otro lado, tampoco se quebrantaría el principio de seguridad jurídica por cuanto ha sido el propio profesional quien ha generado la situación que la Directiva 93/13 prohíbe y pretende evitar.

Por último, respecto de esta primera pregunta, se reitera: “*En cualquier caso, como resulta del apartado 38 de la presente sentencia, el profesional tiene la facultad de demostrar que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse una sentencia que la declare nula, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación*”.

Con lo cual, responde a esta primera cuestión: “*Habida cuenta de las consideraciones que anteceden, procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos comience a correr en la fecha en que esa resolución haya adquirido firmeza, sin perjuicio de la facultad del profesional de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse dicha resolución*”.

Sobre la segunda y tercera cuestión prejudicial, el primer dilema que puede surgir de la formulación de estas preguntas se basa en su naturaleza. Es decir, en el caso de que se respondiera afirmativamente a la primera, si el TJUE contestaría a las demás o daría por concluida la cuestión. El TJUE decidió responder a tales preguntas a pesar de que respondió positivamente a la primera.

Es preciso señalar que el TJUE vuelve a realizar unas manifestaciones caladas a las vertidas en la otra STJUE de 25 de abril, cuyo contenido se trató con anterioridad. Con lo cual, se repite la idea de que una doctrina consolidada no puede constituir una regla general a raíz de la cual se pueda presumir el conocimiento o potencial conocimiento por parte del consumidor.

La novedad que se vendría a señalar en este caso lo constituiría la propia tercera cuestión prejudicial, donde se señala si la doctrina del TJUE podría constituir la base para que el cómputo del plazo de prescripción comience a correr. El TJUE aprecia una similitud entre esta y la segunda cuestión prejudicial, con lo cual, confirma que se ha de aplicar la misma respuesta. Recuerda que el TJUE no declara la abusividad de una cláusula, sino que únicamente dota y remite al Tribunal en cuestión de pautas para resolver el caso concreto.

Igualmente tiene importancia que el TJUE afirme que sus sentencias no constituyan una fuente de información, para el consumidor, en relación con la abusividad de una cláusula concreta.

#### 4. REFLEXIÓN

De la doctrina del TJUE, en relación a los gastos hipotecarios, deben extraerse una serie de conclusiones que invitan a una serie de reflexiones. Que no es incompatible con el principio de seguridad jurídica que el *dies a quo* comience tras la declaración de abusividad mediante sentencia firme. No obstante, el TJUE no afirma, ni impone, que esa deba ser la regla a seguir. Lo que se extrae de su contenido es que tal criterio dotaría de certeza respecto del cuándo y si el consumidor tiene conocimiento sobre la abusividad. Quiere esto decir que pueden existir otras situaciones que permitan conocer al consumidor la abusividad de dicha cláusula. Ahora bien, no puede tomarse como regla general que el consumidor haya conocido, ya sea a raíz de la doctrina consolidada del TS o de las sentencias del TJUE, el derecho a la reclamación. Podría darse la situación de que adquiera el conocimiento a raíz de esas sentencias, pero dicho hecho no sería una presunción, si no que le correspondería a la entidad prestamista demostrar tal situación.

Lo anterior conduce a que la regla más cristalina sea el cómputo tras la declaración de abusividad. Es cierto que el TJUE no impone tal situación, pero de la dificultad probatoria se deduce que será tras la declaración de abusividad cuando comience el *dies a quo* del plazo de prescripción. Los casos en los cuales la entidad bancaria podrá demostrar tal conocimiento serán ínfimos, pues difícilmente, eliminando reglas genéricas, puede demostrarse o presumirse tal conocimiento. Es muy probable que tampoco se tome como hecho cierto de conocimiento las campañas publicitarias de distintos despachos o las noticias en diferentes medios, ya sea a raíz de las sentencias o con el fin de captar clientes. Nuevamente se parte en estos casos que la presunción de conocimiento podría no abarcar todas las situaciones. Con lo cual, aunque el TJUE manifieste el criterio del caso por caso, véase los considerandos cuarenta y siete, cincuenta, cincuenta y uno, de la STJUE de 25 de abril, asunto C-561/21, la dificultad probatoria hará que en la mayoría de los casos se tome como criterio a seguir el de la declaración de abusividad mediante sentencia.

#### IV. CONCLUSIONES

La STJUE de 25 de enero de 2024 goza de una aparente y sencilla claridad. Su estudio y el de la jurisprudencia anterior del TJUE conduce a que las cosas no sean tan diáfanas.

La regla que fija la doctrina del TJUE en materia de prescripción, difícilmente puede adecuarse a un criterio objetivo, diferente del de la declaración de abusividad, pues siempre podrán existir situaciones en las cuales determinados consumidores no han tenido o podido conocer la abusividad o potencial abusividad de esa cláusula.

De la doctrina de esta sentencia, al igual que las anteriores, se extrae que pueden existir casos en los cuales el *dies a quo* comience tras el pago de los gastos hipotecarios. No obstante, tal como se ha observado anteriormente, difícilmente en la mayoría de las situaciones podrá darse dicha situación.

Puede decirse que un hecho ha quedado rotundamente claro y es que, por sí misma, una jurisprudencia nacional consolidada no es suficiente para acreditar el conocimiento de la abusividad o potencial cognición de una cláusula abusiva, a efectos del cómputo de la prescripción.

Las dos STJUE de 25 de abril de 2024 aclaran varias situaciones. A raíz de ambas resulta diáfano que el criterio de la jurisprudencia nacional no puede constituirse en factor para el inicio del *dies a quo*, lo cual confirma lo dicho por la STJUE de 25 de enero de 2024; tampoco lo sería la jurisprudencia del TJUE.

Debe quedar claro que el TJUE no fija, ni puede, la fecha en la cual ha de iniciarse el *dies a quo* del plazo de restitución. La manifestación del Tribunal ha sido clara por cuanto que el inicio del plazo del *dies a quo*, tras la sentencia declarativa de abusividad, no es incompatible con la Directiva 93/13 y, por ende, con el principio de seguridad jurídica.

Tal criterio puede resultar el más cristalino, pero no el único, pudiendo probar la entidad bancaria que el consumidor tuvo o pudo tener un conocimiento previo con anterioridad a tal sentencia. No obstante, tal prueba será una tarea ardua, por cuanto no constituye prueba de tal conocimiento las sentencias del TS o del TJUE.

Con lo cual, por mucho que el inicio pueda producirse con anterioridad a la sentencia declarativa, según el criterio de que el consumidor deba conocer sus derechos antes de que el inicio del plazo empiece a correr o de que expire, la entidad bancaria difícilmente podrá probar tal hecho.

## V. RESOLUCIONES

- STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-561/21.
- STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21.
- SAP Barcelona (Secc15.<sup>a</sup>) 62/2024 de 15 de marzo.
- STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos C-801/21 a C-813/21.
- STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C-28/22.

- SAP Ourense 724/2023 de 7 de noviembre.
- STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21.
- SAP La Rioja 449/2021 de 1 de octubre.
- Auto de 22 de julio de 2021, que se tramita como asunto C-561/21 en el TJUE.
- STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19.
- STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19.
- SAP Salamanca 751/2020 de 16 de diciembre.
- STJUE 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19.
- STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18.
- SAP Pontevedra 494/2017 de 13 noviembre.
- STS 550/2005 de 6 de julio.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN RIVACOBA, R. (2024). Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva. *Diario La Ley*, N.º 10443.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, F.J. (2024). *Dies a quo* en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21). *Diario La Ley*, N.º 10443.
- VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2024). Golpe del TJUE con la sentencia de 25 de enero de 2024 a la banca española. Mantiene abierta la vía para la reclamación de los gastos de constitución de hipoteca tras resolver la prescripción de la acción restitutoria por aplicación de cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, N.º 10442

## NOTAS

<sup>1</sup> Véase la nota de prensa que menciona dichos pronunciamientos plenarios, en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-doctrina-sobre-gastos-asociados-a-un-prestamo-hipotecario>.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19. Por otro lado, también se pronuncia el TJUE, en relación con un préstamo hipotecario y la prescripción, en STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C-28/22; aunque el supuesto de hecho no resulta interesante, al menos para la cuestión que aquí se trata. Misma opinión en STJUE 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19. *Idem* STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21. También STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19.

<sup>3</sup> En la SAP La Rioja 395/2018 de 30 de noviembre sostuvo: “... *Hemos de aclarar que la acción ejercitada es la de nulidad por abusividad de la cláusula y ésta, como bien precisa la resolución recurrida, es imprescriptible y no se somete a plazo alguno por lo que el hecho de que el préstamo hipotecario se suscribiese en el año 1.996 no constituye un obstáculo para abordar esta cuestión, máxime si tomamos en consideración que no consta que el mismo haya sido cancelado. En efecto, conforme a jurisprudencia reiterada y unánime, la acción de nulidad por abusividad es imprescriptible y la restitución de lo percibido no es sino un efecto o consecuencia de dicha declaración de nulidad conforme al art. 1303 del CC por lo que difícilmente podemos entender que ha prescrito el derecho de reintegro de lo indebidamente pagado*”.

<sup>4</sup> Posición clásica del TS en materia de nulidad absoluta, la cual se resume perfectamente en la STS 550/2005 de 6 de julio. No obstante, la postura del TS ha cambiado y ello se deduce de forma nítida a raíz del planteamiento de la cuestión prejudicial. Véase para ello el auto de 22 de julio de 2021, que se tramita como asunto C-561/21 en el TJUE.

<sup>5</sup> Es esta la posición que sigue la doctrina más moderna y autorizada, en opinión de quien suscribe este comentario. También, como se verá a continuación, la disgregación entre acción declarativa y restitutiva es conforme al Derecho de la UE. Sobre bibliografía y doctrina más autorizada, véase, DELGADO ECHEVERRÍA, J., M.<sup>a</sup> A., PARRA LUCÁN (2005). *Las nulidades de los contratos*. Madrid: Dykinson. PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas. MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: Reus. Cabe precisar que el último autor cuenta con numerosa bibliografía en relación a los gastos hipotecarios, su abusividad y la prescripción de la acción de restitución. No obstante, en el momento que se suscribe este comentario, todavía no existe publicación alguna del prof. MARÍN LÓPEZ en relación a las nuevas STJUE.

<sup>6</sup> En adelante, Directiva 93/13.

<sup>7</sup> En Derecho común deben tenerse en cuenta los arts. 1964.2 y el art. 1969. En el primero se estipula: “*Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben 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*”. Mientras que en el segundo se dice: “*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”.

<sup>8</sup> Consta que el 15 de noviembre de 2017 se reclamó extrajudicialmente. De los otros asuntos, nada se menciona en la STJUE de 25 de enero de 2024. Cabe destacar que en Primera

Instancia en todos los asuntos se apreció el derecho a la restitución de las cantidades, salvo en este último asunto. Las dudas de la AP la condujeron a plantear las cuestiones prejudiciales.

<sup>9</sup> En Derecho común, para las acciones que no tuvieran un plazo específico asignado, este será de cinco años según el art.1964.2 segundo, el cual fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Desde un punto de vista material, este plazo resulta suficiente, pues el TJUE ya se pronunció a favor de un plazo de tres años en la STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos C-698/18 y C-699/18 (aunque por razones temporales, la Directiva no resulta de aplicación al último asunto); debe precisarse que los asuntos versaban sobre préstamos personales y no préstamos hipotecarios. Igualmente, en STJUE de 22 de abril de 2021, asunto C-485/19, plazo de tres años, en relación a un crédito al consumo. De manera explícita, en relación con el plazo de cinco años y su validez desde un punto de vista material, en relación al Derecho español, véase la STJUE 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19.

<sup>10</sup> Véase la nota dos sobre la jurisprudencia del TJUE en la materia.

<sup>11</sup> Sobre el conocimiento de los derechos que le confiere la Directiva, se desconoce cuál debería ser la postura o significado atribuible, no habiendo un criterio o aclaración alguna por parte del TJUE. Aunque esta frase se repite en numerosas ocasiones, el significado más probable que pueda asignarse en la actualidad consiste en el conocimiento o potencial cognición de abusividad de la cláusula en cuestión. No obstante, afirmaciones como la contenida en la STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-484/21, ponen en duda de nuevo tal hecho. Y es que se dice: “*Asimismo, debe recordarse que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario es abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13*”, en considerando veintiocho.

<sup>12</sup> Manifestación esta que no es novedosa, sino que ya se encontraba recogida en la STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19 y también en la STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21.

<sup>13</sup> Véase el art.14 de dicha norma.

<sup>14</sup> En la STS 2040/2024 de 25 de abril, aunque analiza una situación a efectos de costas, existen una serie de manifestaciones que tienen relevancia y relación con el dilema planteado. En este caso se habla de la introducción de un supuesto deber proactivo por parte de las entidades bancarias, en situaciones de jurisprudencia reiterada, de modo que se espera que dichas entidades tomen la iniciativa, dirigiéndose a los consumidores para reparar las consecuencias de su conducta abusiva.

<sup>15</sup> En este considerando, número sesenta, se parte de una distinción de actitudes respecto del empresario y consumidor con relación al conocimiento de aspectos jurídicos, a raíz de la posibilidad y accesibilidad de información que ambos pudieran tener.

<sup>16</sup> *Vid.*, VILLARUBIA GONZÁLEZ, J. (2024). Golpe del TJUE con la sentencia de 25 de enero de 2024 a la banca española. Mantiene abierta la vía para la reclamación de los gastos de constitución de hipoteca tras resolver la prescripción de la acción restitutoria por aplicación de cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, N.<sup>o</sup>10442.

<sup>17</sup> GARCÍA GUTIÉRREZ, F.J. (2024). *Dies a quo* en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21), *Diario La Ley*, N.<sup>o</sup> 10443, pg.3.

<sup>18</sup> Véase, DURÁN RIVACOBA, R. (2024). Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva. *Diario La Ley*, N.<sup>o</sup>10443.

<sup>19</sup> Tal es el camino seguido por la SAP Barcelona (Secc15.<sup>a</sup>) 62/2024 de 15 de marzo. En esta sentencia se toma como parámetro al consumidor medio con el fin de establecer un criterio objetivo y general. Lo anterior conduce a la AP a fijar el inicio del plazo de prescripción a inicios del año 2017. El factor a utilizar para tomar como punto de partida esta pauta se basa en las distintas campañas publicitarias para la captación de clientes. No obstante, esta sentencia choca con la STJUE que cita, pues en ella se dice que no cabe tomar como criterio la existencia de una jurisprudencia consolidada, la cual es posterior al año 2017. Por el otro lado, como se verá con posterioridad, también es contraria a las dos STJUE de 25 de abril, pues estas abogan por un criterio de caso por caso y no una regla de carácter genérico.

<sup>20</sup> Hecho este que se deduce, por ejemplo, de la STJUE de 8 de septiembre de 2022, asuntos C-80/21 a C-82/21 o STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19.

<sup>21</sup> Véanse los considerandos treinta a treinta y cuatro.

