

Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «*causa retinendi*» y el «realismo jurídico». (Segunda Parte)

The forgotten elements in the debate on the limiting of the action for repayment of the cost unduly charged to the consumer: the «limitation objection abuse», the absence of «causa retinendi» and «legal realism». (Second Part)

por

MARÍA TERESA BENDITO CAÑIZARES

Profesora titular de Universidad.

Departamento de Derecho civil

Facultad de Derecho-UNED

RESUMEN: Tres claves son capitales para encajar que la acción de restitución de los gastos indebidamente imputados al usuario en una cláusula nula

por abusiva en un contrato de préstamo estándar protegido por la Directiva 93/13, puede ser tan independiente de la acción declarativa de la que deriva, que puede ser prescriptible y acorde con los principios de eficacia y de seguridad materializados en la exigencia por el TJUE del plazo «razonable» para activar con éxito la facultad de exigir la prestación indebidamente pagada:

1) La aplicación de la doctrina alemana del «abuso de la prescripción» cuando se ha creado la apariencia de que no debería alegarse por el sujeto beneficiado por la prescripción; porque dicho sujeto no puede abstraerse de la notoriedad y publicidad de las resoluciones en que se declaraba la nulidad por abusiva de la cláusula redactada por él.

2) La inexistencia de la «causa retinendi» del desplazamiento patrimonial del principio del «enriquecimiento injusto negativo»; porque la característica propia de la acción de restitución que es la de reclamar el reembolso de los gastos realizados a terceros y no a la prestamista, no puede albergarse en el sinalagma del artículo 1303 del Código Civil; y

3) El «realismo jurídico» previo paso por la necesaria objetivación del «criterio subjetivo» del *dies a quo* de la prescripción; porque, al poner en paralelo a la jurisprudencia con las normas jurídicas en el sistema de fuentes del Derecho, hace juiciosa nuestra opción de considerar como *dies a quo* de la acción de restitución, la fecha de 23 de enero de 2019, que es la de las «sentencias uniformes del Tribunal Supremo».

Veremos si nos da la razón el Tribunal de Luxemburgo o si prefiere optar por alguna de estas otras tres opciones planteadas por el Tribunal Supremo y la Sección 15 AP de Barcelona en sus respectivos autos planteando cuestión prejudicial: la fecha de la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-698/18 y 699/18, o en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19; la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva en el caso concreto, o la fecha del pago de los gastos indebidamente imputados.

ABSTRACT: Three elements are of capital importance in assuming that the legal action for the refunding of formalization, novation or cancellation costs unduly charged to the consumer by an unfair term in a standard loan contract covered by the Directive 93/13 can be as much independent of the invalidity action from which it derives as to be subject to a limitation period, in conformity with the principles of effectiveness and legal certainty embodied in the requirement by the ECJ of «reasonable» time limits for exercising the right to claim the refunding of amounts unduly paid:

1) *The application of the German doctrine of «limitation objection abuse» when the appearance has been created that such an objection will not be raised by the beneficiary; because said beneficiary cannot ignore the notoriety and publicity of resolutions declaring the clause drafted by himself invalid by reason of unfairness.*

2) *The absence of the «causa retinendi» of the patrimonial displacement of the «negative unjust enrichment» principle; because the object of the action for repayment, which is to claim the reimbursement of payments made to third parties and not to the lender, cannot be housed in the «synalagma» of article 1303 of the Civil Code; and*

3) *«Legal realism», after passing through the necessary objectification of the «subjective criterion» of the dies a quo of the limitation period; because, by putting in parallel the jurisprudence with the legal rules in the system of sources of law, it makes our option of considering as dies a quo of the restitution action, the date of January 23, 2019, which is that of the «uniform rulings of the Supreme Court», judicious.*

We will see if the Court of Luxembourg agrees with us or if it prefers to opt for one of these other three options raised by the SC and Section 15 AP Barcelona in their respective orders raising a preliminary question: the date of the judgment of the Court of Justice in joined cases C-698/18 and 699/18, or in joined cases C-224/19 and C-259/19; the date of the declaration of nullity of the clause as abusive in the specific case, or the date of payment of the unduly charged expenses.

PALABRAS CLAVE: Prescripción. Plazos de prescripción. Nulidad absoluta. Acción declarativa. Efectos restitutorios. Acción de restitución. Acción de nulidad radical. Excepción de prescripción de la acción de restitución. Contrato de préstamo hipotecario. Contrato de crédito inmobiliario. Contrato de crédito al consumo. Reparto de gastos. Cláusula abusiva. Condiciones generales. Cláusula que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca. Efectos de la declaración de nulidad de tales cláusulas. Principio de efectividad. Principio de equivalencia. Restitución recíproca. Se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Desde el día que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.

KEY WORDS: Limitation of action. Limitations periods. Absolute nullity. Seclaratory action. Restitutory effects. Action for repayment. The upholding of an objection that the action for repayment of the amount paid. An action for a declaration that a term is invalid ab initio. Mortgage loan agreement. Credit agreements for consumers. Award of costs. Unfair contractual term. Terms not individually negotiated. Term charging all of the costs of creating and cancelling a mortgage to the borrower. Effects of a declaration that those terms are void. Principle of effectiveness. Principle of equivalence. Restore to one another those things. To run from the date on which the action may properly be brought. Become time-barred from the date on which performance of the obligation becomes.

SUMARIO: III. ¿QUÉ PLAZO DE PRESCRIPCIÓN CONSIDERAR QUE NO ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO DE EFICACIA? EL PLAZO RAZONABLE. 1. *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ADECUADO A LA DURACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: ¿AQUEL QUE SIGUE EL CRITERIO «SUBJETIVO» DE PRESCRIPCIÓN? 2. LA REGLA DE ORO DEL *DIES A QUO* IDÓNEO: «EL QUE HAGA POSIBLE EN LA PRÁCTICA O NO EXCESIVAMENTE DIFÍCIL EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A SOLICITAR LA RESTITUCIÓN». 3. LA «NOTORIEDAD» DEL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS POR ABUSIVA Y LA «ABUSIVIDAD» DE LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMAS DE OBJETIVAR EL CRITERIO «SUBJETIVO» DEL *DIES A QUO*: *A) La abstracción u objetivación del conocimiento del hecho que genera el derecho:* a) El realismo jurídico de la jurisprudencia frente a que las sentencias no son equiparables a las leyes. b) Valor de la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo frente a la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores. c) *Actio nata «notoria»* frente a la resistencia de la doctrina de los autores. 4. NUESTRA CONCRETA OPCIÓN DE *DIES A QUO*: LA FECHA DE LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019. 5. *DE LEGE FERENDA...PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS NOTORIAS Y LEGISLAR UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN*.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

Finalizábamos la primera parte de este artículo en el número anterior de esta revista señalando en la conclusión I-Sexto y en la propuesta II.4 «que no hay plazo de prescripción para este caso concreto de efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y menos aún acuerdo sobre cuándo debe comenzar. El comienzo del plazo por el que nos decantamos, punto que consideramos más importante que su duración (aunque también nos parece razonable que sea corto por aquello de uniformarnos con Europa), es, en aras de preservar los principios de seguridad jurídica y de efectividad, (y con ello, adelantamos nuestra propuesta de la segunda parte de este artículo), la fecha de las «Sentencias uniformes» del TS, 23 de enero de 2019, cuya «notoriedad» es indiscutible tanto para el titular de la acción de remoción como para el consumidor de la cláusula abusiva; notoriedad del conocimiento de la nulidad de gastos hipotecarios por abusiva, esto es, del hecho que genera el derecho, que objetivará el criterio «subjetivo» del *dies a quo* del que parte la doctrina y las pretendidas normas armonizadoras tanto del Derecho europeo de contratos (*Principles of European Contract Law-PECL* y *Draft Common Frame of Reference-DCFR*), como de los contratos comerciales internacionales (Principios Unidroit o Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales-PICC), y que permite plantear la aceptación del rechazado «realismo jurídico» que nos lleva a posicionar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un lugar «notorio» sin menoscabar el sistema de

fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores». Toca ahora desarrollarlo.

III. ¿QUÉ PLAZO DE PRESCRIPCIÓN CONSIDERAR QUE NO ATENTE CONTRA EL PRINCIPIO DE EFICACIA? EL PLAZO RAZONABLE

Dejamos para otro momento la interesante cuestión de la comparativa entre el distinto plazo de caducidad al que queda sometida la anulabilidad y el de la prescripción de los efectos restitutorios, que nos suscita la doctrina¹ y la lectura del voto particular concurrente a la sentencia de la Sala de discordia, entre otras, ya que estamos ante un caso de ineficacia totalmente distinto².

Nos centramos ahora en la duración del plazo de prescripción general de las acciones personales, del artículo 1964 del Código Civil y del artículo 121-20³ CCCat⁴, a los que irremediablemente se llega dado el silencio de la LCGC y del Código de consumo de Cataluña⁵, para limitar la acción de restitución de lo indebidamente pagado, como plazos en principio «razonables»⁶ pese a su consecutiva reducción.

Pero antes que hablar en concreto de la duración del plazo y del *dies a quo*, conviene que nos centremos en el escenario exacto en que nos encontramos para quitar hierro a este tema del plazo razonable de la nulidad radical, sea o no parcial:

Por una parte, que ya no estamos en el momento en el que podíamos aceptar sin problema alguno lo afirmado por nuestro TS, acerca de que del plazo de prescripción de la acción de restauración o restitución, nadie se había quejado. Nunca antes se había planteado su insuficiencia dado que desde la primigenia versión del Código Civil tenía una extensión nada desdeñable de 15 años, aunque fuera la mitad del gran plazo de 30 años de prescripción adquisitiva ordinaria previsto para los casos de adquisición del dominio desnudo de título y buena fe; y

Por otra, que, aunque la discusión se centre fundamentalmente en el nuevo plazo de prescripción de 5 años previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil desde 2015⁷, tampoco es tan grave debido a que la pseudo-retroactividad del nuevo artículo 1964 del Código Civil que establece la disposición transitoria quinta de la Ley 45/2005, 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley 45/2005), que indica que debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil hará que octubre de 2015, fecha de entrada en vigor del precepto, actúe como dique de contención de aquellos plazos de prescripción que estuvieran corriendo cuando entró en vigor, haciendo

que se pierdan aquellos años que aún pudieran discurrir con ocasión de la aplicación del plazo anterior de 15 años, puesto que nunca podrían contabilizarse si sobrepasan octubre de 2020.

Explicado paso por paso y con ejemplos: El plazo de 5 años se aplica también a las acciones que hayan nacido antes de su entrada en vigor por virtud de la disposición transitoria quinta de la Ley 45/2005, que indica que debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil. Famoso precepto transitorio que, aun adoptando la misma regla francesa de su origen, a saber, la irretroactividad de la prescripción sea adquisitiva o prescriptiva, pues se rige por el momento en que el fenómeno de la prescripción se produce, no aplicándose la ley nueva, a juicio de nuestra mejor doctrina⁸, si establece una cierta retroactividad basada en lo injusto que es que un titular de un derecho cuya prescripción haya comenzado se beneficie de mayor plazo que el titular de un derecho al que se le aplique el nuevo plazo más breve de la norma que entró en vigor. En consecuencia, el 2.º párrafo del artículo 1939 del Código Civil autoriza se pueda finalizar el plazo de prescripción bajo el imperio de la nueva ley.

Traído a nuestro escenario, supone contestar afirmativamente a la cuestión que eleva al TJUE en su auto de 12 de marzo de 2019 la magistrada de JPI-Palma Mallorca, relativa a si apreciar la excepción de prescripción en el contrato de préstamo hipotecario que es de 16 de mayo de 2000, puede resultar contrario a los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 relativos al principio de no vinculación y efecto disuasorio, respectivamente (FD CUARTO.7.º); esto es, que es posible apreciar la excepción de prescripción si se trata de los gastos de comisión de apertura y otros que se generan y pagan a la constitución del préstamo hipotecario, salvo que se trate de algún tipo de gasto que esté contemplado por ley que ha de sufragarlo el prestatario o que simplemente se pague a la cancelación del préstamo hipotecario (lo vemos en el epígrafe siguiente), porque el fenómeno de pago de dichos gastos, momento que indudablemente recoge el artículo 1964 del Código Civil («desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación»), tiene como *dies ad quem* el 16 de mayo de 2015 y, por tanto, unos 5 meses antes de la entrada en vigor del nuevo precepto.

En la Sentencia de la 28 R AP-Madrid 929/2019, el contrato de préstamo hipotecario es de 12 de marzo de 2009, y la acción no ha prescrito porque se interpone la demanda en 2017, es decir, el 3.º año del nuevo plazo de cinco años previsto en el artículo 1964 del Código Civil. En este caso, de no haberse instado la demanda, la acción no prescribiría hasta octubre de 2020, y, por el juego del artículo 1939 del Código Civil el titular del derecho habría perdido los 4 años de prescripción que restarían de aplicarse por entero el plazo de 15 años que se contemplaba antes de la modificación del artículo 1964 del Código Civil.

En la sentencia 9 AP de Valencia 66/2018, se aprecia la prescripción porque la escritura se firma en 2000, antes de la entrada en vigor de la reforma del precepto (2015) y en la sentencia 15 AP de Barcelona 20/2020, se aprecia también habida cuenta que se había cumplido el plazo de 10 años prescripción previsto en el artículo 121-20 CCCat (FD SEGUNDO-20-23⁹).

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que las tres Audiencias actúan con la aplicación del artículo 1939 del Código Civil y no aprecian o aprecian, como ahora veremos, la prescripción alegada de la acción de restitución porque están considerando como *dies a quo* el momento del pago de los gastos hipotecarios. Como veremos a continuación, si se considerara otro *dies a quo*, el artículo 1939 del Código Civil no entraría en juego.

1. *DIES A QUO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ADECUADO A LA DURACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: ¿AQUEL QUE SIGUE EL CRITERIO «SUBJETIVO» DE PRESCRIPCIÓN?*

A pesar de ser mayoritaria la respuesta por parte de las Audiencias y del Tribunal Supremo respecto a la prescriptibilidad de la acción de restauración y su plazo máximo de prescripción de 5 años, *ex. artículo 1964.2.º del Código Civil* (aunque estuviera corriendo ya el plazo de 15 años anterior *ex. FD TERCERO-párr.2.º Sentencia 28R 929/2019*) o de 10 años, *ex. artículo 121.20 CCCat.*, no es sino dispar en la subsiguiente cuestión de su *dies a quo* y el énfasis dado a los razonamientos que puedan concurrir cuando consideran el mismo momento del cómputo del plazo.

La verdad es que lo que nos preocupa es el *dies a quo* y no la duración del plazo en sí. Tenemos asumido hace tiempo y quizás por eso lo afirma ya a pie de página ZIMMERMANN¹⁰ al presentar el marco común actual de la prescripción, que «la historia más reciente de las normas reguladoras de la prescripción es la historia de la reducción de los plazos de prescripción».

En efecto, nos hemos ido acostumbrando a la reducción de la duración del plazo de prescripción de las acciones personales y no personales. No nos ha causado extrañeza no solo por las reformas llevadas a cabo en nuestros propios territorios nacionales¹¹ o por los plazos que se adoptan tanto en los proyectos sobre el Derecho contractual europeo como en los Derechos europeos (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 10-11 y ZIMMERMANN, 2002, 89-92)¹², sino porque hemos comprendido y asumido que los plazos generales de prescripción, aun acortados, han ido siendo calificados por el TJUE como «razonables», siempre que el momento en que dicho[s] plazo[s] comience[n] a correr no haga imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor de solicitar la restitución de los pagos realizados; lo que supone que haya podido conocer

a tiempo o con la antelación suficiente su duración y presupone que se tenía conocimiento del origen del derecho a reclamarlos¹³.

La clave, por tanto, para que el plazo nos parezca razonable no es su duración en sí sino la «notoriedad» del momento en que se inicia, entendida esta (luego insistiremos más cuando demos nuestra propuesta), como que posibilite su práctica al legítimo titular de la acción pues «el tiempo prescriptivo corre desde el instante en que el hecho que lo engendra conste de forma notoria» porque «sería absurdo e injusto computar el plazo cuando el hecho permanece oculto o clandestino» (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 49 *in fine*). Si no posibilitamos el conocimiento del derecho, (en nuestro caso, de la restitución de los pagos por la abusividad de la cláusula de gastos), y la practicidad del plazo para ejercitarlo con un inicio razonable y a la vez reducimos su duración, vulneraremos claramente el Principio de efectividad.

Por lo dicho, la expresión mayoritariamente común en los ordenamientos (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 13), «desde el día en que pudieron ejercitarse» [toda clase de acciones no sometidas a plazo especial]» (ex. art. 1969 CC), que completa en nuestro sistema en principio incluso la nueva expresión del artículo 1964 del Código Civil de 2015, «desde que sea exigible el cumplimiento de la obligación»¹⁴, la cual, a su vez, puede leerse en las pretendidas normas¹⁵ armonizadoras del Derecho europeo¹⁶ de contratos¹⁷ (ex. arts. 14:203 PECL¹⁸ y III-7:203 DCFR¹⁹), hay que leerla con este espíritu: que no haya habido obstáculo al conocimiento del derecho a reclamar y haya habido plazo para entender que lo ha habido.

Si antes, el comienzo de la prescripción se entendía de forma objetiva, esto es, teniendo en cuenta exclusivamente que hubieran desaparecido los obstáculos legales o acordados por voluntad de las partes en el ejercicio del derecho²⁰, ahora, la idea es entender que el mayor obstáculo que debe desaparecer para que comience a operar la prescripción es que el sujeto que puede ejercitar la acción no lo puede hacer porque no conoce su derecho a reclamar. Hacer coincidir el momento del inicio de la prescripción con el conocimiento del origen del derecho a reclamar es la clave.

Por ello, los PECL y el DCFR no se quedan en la declaración *ut supra* señalada, sino que bajo el título de «Extensión del periodo» / «Extensión del plazo» regulan (ex. arts. 14:301 y III-7:301, respectivamente), la «Suspensión en caso de ignorancia», diciendo: «el cómputo del plazo de prescripción se suspende mientras el acreedor no conozca ni pueda razonablemente conocer» / «y no quenga razonablemente esperar que conozca»: (a) la identidad del deudor; o (b) los hechos que dan lugar a la reclamación...» / «los hechos de los que surge el derecho...». En definitiva, lo que, de forma más actual y acorde con la doctrina y jurisprudencia, nacional y europea actuales²¹, acoge de forma omnicomprensiva y tomando casi al pie de la letra del TJUE, el artículo 121-23.1 CCCat²²: «el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida

y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse».

Puede variar la duración, cada vez más reducida de los plazos de prescripción, desde luego, pero lo importante es asegurar que el *dies a quo* no se inicie antes que el consumidor conozca su potencial titularidad de una acción de reclamación de los gastos que está sometida a prescripción. Así, ZIMMERMANN²³ aun reconociendo que internacionalmente está consolidado el plazo de tres años, considera que un plazo uniforme de prescripción solo es posible a partir de un sistema subjetivo, que un plazo que oscile entre dos y cinco años es razonable siempre y cuando el *dies a quo* no quede fijado de forma objetiva ya que lo fundamental, lo que debería tenerse en cuenta, es si el acreedor tenía conocimiento o sería razonable entender que tenía conocimiento del deudor y de los hechos que dan lugar a la pretensión. Pues, como se señala (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 13), en algunos casos «la prescripción puede llegar a suponer una auténtica desposesión del acreedor».

Pues bien, este conocimiento razonable por el titular de la acción de las bases de su derecho que recoge el precepto catalán, es el llamado criterio «subjetivo» de prescripción; criterio que, como apunta ZIMMERMANN, yendo «acompañado de una regulación lo más consistente posible»²⁴, es preferible *a priori* pues supera la certeza que caracteriza al criterio objetivo al fijar el *dies a quo* a través por ejemplo, de una fecha cierta o el nacimiento de la pretensión, o la entrega, o la aceptación, o la finalización (de una construcción), etc., y no lleva, como así pasa con el criterio objetivo cuando establece un plazo adecuado pero diferenciado a cada pretensión, a problemas de delimitación, líneas doctrinales erróneas, deformaciones conceptuales y a un incremento innecesario de los litigios²⁵.

Con todo, advierte ZIMMERMANN²⁶ que si bien ha habido una tendencia no solo hacia la aplicación de este criterio subjetivo a una gama cada vez mayor de pleitos en el Derecho Comparado, con el tiempo, se tiende a la reducción de su inherente potencialidad para retrasar el comienzo de la prescripción, al pasar de su conocimiento real o «*Knowledge*» a una prueba de su «descubrimiento», «detectabilidad» o «*discoverability*»²⁷. Citando a VON BAR, en relación con la Directiva de responsabilidad por productos, expresa que «en términos generales, la «detectabilidad» puede considerarse como el estándar general emergente en la legislación de la Comunidad Europea, en lo que respecta a la prescripción». Evolución del criterio subjetivo hacia la «detectabilidad» sobre la que volveremos más tarde²⁸ pues nos servirá para sostener como *dies a quo* la fecha de alguna «notoria» sentencia. Ahora, conviene abordar la cuestión relativa a cuál ha sido el criterio seguido por nuestros Tribunales, si el criterio objetivo o el

criterio subjetivo. Y la respuesta mayoritaria es el criterio acostumbrado: el pago o abono de gastos.

En los albores de la discusión patria acerca del inicio del plazo de prescripción de las acciones personales relativas a gastos hipotecarios, excepción hecha de alguna Audiencia Provincial como la de Lugo²⁹ en 2019 o la de La Rioja³⁰ en 2018 y la de Cáceres en 2017, la mayoría de nuestros órganos jurisdiccionales han rechazado que pueda comenzar el plazo de prescripción general de 5 años previsto en el artículo 1964.2.º del Código Civil en alguna fecha de alguna sentencia de notorio alcance y conocimiento sobre la materia o en aquella en que la cláusula fuera declarada nula. Entienden que el plazo se inicia cuando se han abonado los gastos de forma efectiva, aunque para sostenerlo se enfaticen más unos argumentos que otros y expresen también que «el inicio del cómputo se sitúa en el momento en que el titular de la acción conoce o puede razonablemente conocer la posibilidad de ejercicio de la acción y la identidad de las personas ante quien deducirla, bajo la denominada *actio nata*» (FD TERCERO, pfos. 5.º y 6.º sentencia 929/2019 28R AP-Madrid constituida en Sala de discordia). Así, puede afirmarse que nuestros tribunales parten de un criterio objetivo ya que cualquiera de los tres momentos considerados como *dies a quo* son subsumibles sin duda entre los que según la doctrina fijan de forma objetiva el inicio de la prescripción, repetimos, la indicación de una fecha cierta, el nacimiento de la pretensión, o la entrega. Pero, además, son conscientes de que el conocimiento por el titular de la acción debe ser primordial.

En efecto, tanto la 28R AP-Madrid constituida en Sala de discordia en 2019 en su sentencia 929/2019, (cierto que por una mayoría no muy destacada), como la 9 AP de Valencia en su sentencia 1208/2020 y la sentencia 20/2020 15 AP de Barcelona³¹ que reproduce los argumentos de la AP de Valencia, comparten 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 (FD TERCERO, párr. 3.º, FD TERCERO, párr. 16 y FJ SEGUNDO-25), pero enfatizan distintas razones.

Será el argumento principal de la Sala de discordia (FD TERCERO, párr. 4.º) que el enriquecimiento injusto³² no comienza con la perfección del contrato que contiene la cláusula gastos nula sino en el momento en que se paga, ya que es ese abono el que conlleva la disminución patrimonial.

Las AAPP de 9 Valencia y 15 Barcelona³³, aplicarán³⁴, siendo coherentes a sus pronunciamientos anteriores que, a su vez, habían sido asumidos por la 28R AP-Madrid³⁵ como inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos, el momento de su abono, pero lo harán por descarte de las otras dos posibles opciones como son la fecha en que fue dictada la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (primera sentencia en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula de gastos

que atribuye todos los gastos al prestatario³⁶), y la fecha en que la cláusula fuera declarada nula (FD TERCERO, párrs. 14 y 15); *dies a quo* que habían sido considerados válidos de forma excepcional por otras AAPP; así, la fecha de la sentencia de 23 de diciembre de 2015 había sido tenida en cuenta por la AP de Lugo, Sección 1^a, 283/2019, de 2 de mayo³⁷ y últimamente también por las sentencias de la AP de Orense (AP OU), 537/2021, de 21 de julio³⁸ (FD SEGUNDO *in fine*), de la Sección 1^a AP de Gerona de 10 de mayo de 2021³⁹ (FJ QUINTO) y de la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 16 de junio de 2021, (FD SEGUNDO); la fecha de la declaración de nulidad de la sentencia fue tenida en cuenta por la AP de Cáceres, Sección 1^a, de 22 de diciembre de 2017, por la sección 1^a AP de La Rioja en su sentencia 59/2018, de 21 de febrero⁴⁰ y últimamente por la Sección 2^a AP de Lérida en su sentencia 321/2021 de la de 7 de mayo de 2021⁴¹, (FJ SEGUNDO), justificándolo la de La Rioja con el argumento de que «...en la propia sentencia en la que se declare la nulidad, se produce el resarcimiento en relación con los gastos indebidamente abonados».

Sin embargo, las AAPP de 15 Barcelona, 9 Valencia y 28R AP-Madrid prescinden de la fecha en que se declare nula la cláusula abusiva, que el Tribunal Supremo eleva a su análisis al TJUE como veremos, pues estas Audiencias Provinciales entienden que considerarla sería tanto como volver a la cuestión previa de la imprescriptibilidad de la acción de restitución de los gastos y no aceptar que la acción de nulidad es lo suficientemente autónoma como para plantearse sin necesidad de que haya restitución. En efecto, rechazan que el cómputo del plazo se inicie desde que la concreta cláusula incluida en el contrato sea declarada nula, por estas dos razones fundamentales: una, no siempre es necesario ejercitar la acción de nulidad (como cuando una entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor parte o todo de lo pagado en virtud de dicha cláusula); y dos, porque ese inicio del plazo llevaría a considerar que la acción de restitución es imprescriptible. Se afirma: «*Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde 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*» (FJ TERCERO-25, párr. 3.^º 15 AP-Barcelona 20/2020).

Por otra parte, considerar la fecha de la STS de 23 de diciembre de 2015⁴², como inicio del plazo de 5 años de prescripción, para la 9 AP de Valencia cuya sentencia 66/2018, de 1 de febrero es seguida como modelo de claridad por la sentencia de la 15 AP-Barcelona 20/2020 (FD SEGUNDO-25), es un obstáculo para el consumidor porque «...las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo complete con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de

los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada o la que se dictó sobre la «cláusula suelo», STS de 9 de mayo de 2013⁴³; o como expresa la Sección 4^a AP de Murcia con su sentencia de 34/2019, de 10 de enero⁴⁴: las sentencias tanto del Tribunal Supremo como del TJUE se limitan a aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y alcance del Derecho, pero no tienen efectos constitutivos.

La verdad es que no nos extraña esta posición de refuerzo o confirmación del sistema de fuentes. Para estos tribunales enterarse por los periódicos o cualquier otro medio de comunicación de la posibilidad de ejercitar una acción de restitución por haberse declarado nula por abusiva una cláusula, no es a lo que un Estado de Derecho como el nuestro debe tender y el sistema de fuentes así entendido⁴⁵, debe de ser respetado. Y por ello, descartando, como se ha dicho, que la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula sería tanto como considerar imprescriptible la acción de restitución, se apoyan en el enriquecimiento injusto para confirmar que el momento del pago de los gastos es el *dies a quo* adecuado, aunque ello suponga, (son conscientes) admitir la falta de ajuste con aquella jurisprudencia del TJUE⁴⁶ que en base al principio de efectividad, entiende que, «*la oposición de un plazo de prescripción de cinco años..., que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, 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 la cláusula contenida en el contrato en cuestión*».

2. LA REGLA DE ORO DEL *DIES A QUO* IDÓNEO: «EL QUE HAGA POSIBLE EN LA PRÁCTICA O NO EXCESIVAMENTE DIFÍCIL EL EJERCICIO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A SOLICITAR TAL RESTITUCIÓN»

Se afirma⁴⁷, que el gran obstáculo que supone violar el sistema de fuentes con la opción de la fecha de una de las sentencias del Tribunal Supremo o del TJUE, ha llevado a que nuestros tribunales (las AAPP de 15 Barcelona, 9 Valencia y 28R AP-Madrid), tiendan a justificar el *dies a quo* por el que optan, el momento del pago de los gastos, diciendo que es acorde con resoluciones del TJUE respecto de las que hoy se está preguntando precisamente su parecer. Se dice, por ejemplo, que la SAP de Valencia 1208/2020, de 27 de octubre de 2020, que fija como inicio del plazo de prescripción, ya lo dijimos, la fecha efectiva del pago de los gastos, lo está apreciando en armonía con la STJUE de 16 de julio de 2020 (Sala Cuarta), en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19⁴⁸.

A nuestro juicio tal respaldo hay que precisarlo y de hecho es lo que ha provocado que nuestros órganos jurisdiccionales no vieran clara la postura del TJUE (MARÍN LÓPEZ, 2021, 15). Lo que en realidad esta resolución del Tribunal de Luxemburgo hace, dando respuesta a la prescripción de

la acción de restitución planteada por la magistrada del JPI de Palma de Mallorca (cuestión 13 en apdo. 35⁴⁹), es afirmar que el plazo de prescripción del artículo 1964 inciso 2.º del Código Civil, que parece empezar a correr a partir de la conclusión del contrato de préstamo hipotecario (apdos. 89 y 91) y al que queda sometida la acción de restitución, no es contrario a los preceptos de la Directiva 93/13 «siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor de solicitar tal restitución» [apdo. 92 y Declaración 4)]⁵⁰. No está afirmando que el pago que se realiza en el momento de la conclusión del contrato sea sin más el *dies a quo* acorde con la Directiva 93/13; será acorde, como cualquier otro *dies a quo*, si facilita el ejercicio del derecho a exigir la restitución de los gastos indebidamente pagados. Es más, dice que resulta gravoso para el consumidor conocer que solo puede solicitar la restitución de los pagos realizados durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato, vulnerando con ello el principio de efectividad en relación con el principio de seguridad jurídica (apdo. 91)⁵¹.

Dos son pues las condiciones para estar acorde con la Directiva 93/13 y eso es lo que nos está exigiendo el TJUE: la duración del plazo y el inicio de su cómputo, y desde nuestro punto de vista, más el *dies a quo* que la duración; porque, en la propia sentencia de 16 de julio de 2020 el TJUE si bien considera que la duración del plazo de 5 años es tan razonable y conforme al principio de efectividad que plazos más cortos como los plazos de tres y de dos años que ya habían sido sometidos a su consideración (apdo. 87)⁵², sin embargo, ante la cuestión de cuándo comienzan a correr dichos plazos, expresa que puede resultar gravoso para el consumidor conocer que solo puede solicitar la restitución de los pagos realizados durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato, vulnerando con ello el Principio de efectividad en relación con el Principio de seguridad jurídica (apdo. 91). La calificación de la duración de los plazos como razonables o suficientes de esta sentencia es lo primero que debe de apreciar el Tribunal. El Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia reciente de 22 de abril de 2021 (C-485/19 asunto Profit Credit Slovakia s.r.o), reitera, que la duración de los plazos procesales no es en sí misma incompatible con los principios de equivalencia y de efectividad (apdo. 58)⁵³, que lo importante es que se conozca por el consumidor con antelación dicha duración para que no haya pasado el plazo;

Como se ha visto, la STJUE de 16 de julio de 2020 (Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19), no se pronuncia exactamente ni sobre la duración del plazo ni sobre el *dies a quo* óptimos para que el consumidor no se encuentre sorpresivamente ante una acción prescrita por el decurso de cinco años. Se pronuncia en concreto como comienzo del plazo sobre el momento de la firma del contrato o celebración del contrato que será normalmente la fecha

en que pagó lo indebido, el cual encuentra que hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a reclamar la restitución (apdo. 91). Con absoluto respeto a la labor de apreciación por el órgano jurisdiccional remitente de los elementos a tener en cuenta ante la decisión de si una disposición procesal no vulnera el principio de efectividad como es el caso (apdo. 85), y sin prejuicios acerca de la extensión del plazo de 5 años (apdo. 87), el TJUE invita a analizar cualquier *dies a quo* que se estime conveniente con la regla de oro de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a reclamar la restitución [apdos. 87, 92 y 4) Declaración].

Lo que realmente subyace es asegurar que el usuario medio y razonablemente atento y perspicaz⁵⁴ pueda tener tiempo para entablar acción y no en sí el plazo; en definitiva, hay que garantizar que pudo conocer el plazo a tiempo, lo que presupone que el usuario conoció el hecho que origina el derecho. Con esa gran lección del Tribunal de Luxemburgo, el TS, en su auto de 22 de julio de 2021, rectificando su postura anterior, rechaza tanto la fecha del pago de lo indebido como la fecha de la celebración del contrato porque está de acuerdo con que en cualquiera de los dos casos (si se producen en momentos distintos), no se está respetando el principio de efectividad. Introduce su cuestión acerca del *dies a quo* al Tribunal de Luxemburgo recordándole que en su sentencia de 16 de julio de 2020 ha expresado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato» (cita el punto 88 y dice que lo corrobora con el punto 91 de la misma sentencia y con la siguiente STJUE de 10 de junio de 2021, ex. punto 47, que recoge de forma literal). Aunque en realidad, el punto 88 citado por el Tribunal Supremo no es una afirmación del TJUE sino del órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial que alberga dudas acerca de que el plazo comience a correr desde la fecha de la celebración del contrato, es cierto en cambio que en el punto 91, como ya expresamos anteriormente, el TJUE afirma que si el plazo de prescripción de 5 años comienza a correr a partir de la celebración del contrato, como el consumidor solo puede solicitar la restitución durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le concede la Directiva 93/13 y, por tanto, vulnerar el principio de efectividad en relación con el principio de seguridad jurídica. Recoge en su Auto, el Tribunal Supremo además, estas palabras más explícitas de la STJUE de 10 de junio de 2021 (el punto 47), que evidencian que se vulnera el principio de efectividad:

«la oposición de un plazo de prescripción de cinco años..., que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, 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 la cláusula contenida en el contrato en cuestión [se refiere el caso a un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva 93/13]. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere al consumidor y, por siguiente, viola el principio de efectividad».

Así, el principio de efectividad es el que sirve al Tribunal Supremo para rechazar la fecha del pago de lo indebido o momento en que se produce el enriquecimiento injusto o, el pago íntegro del contrato porque, a su juicio, «*es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula*» (FD QUINTO-2. *in fine* auto de 22 de julio de 2021), lo que sin duda es, como hemos dicho, una rectificación de su propio primer pensamiento expresado en las sentencias 44 y 46-49/2019, de 23 de enero, cuya fecha ofrece luego al TJUE como opción de *dies a quo*. En dichas resoluciones, en su exposición acerca del vacío de nuestro ordenamiento jurídico para cumplir con el restablecimiento de la situación jurídica y económica al consumidor que exige el artículo 6.1. Directiva 93/13, pues el artículo 1303 del Código Civil no encaja bien en el supuesto de pago indebido a terceros, señala (FD SÉPTIMO-7) utilizando la expresión de la sentencia 725/2018, 19 de diciembre que

«Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del artículo 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto en tanto el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre».

Está claro que el germen de este *dies a quo*, del momento de pago que es el que verdaderamente produce el enriquecimiento injusto, estaba presente en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde enero de 2019 e incluso desde diciembre de 2018; de hecho, como dijimos, la Sala de discordia lo basa en el enriquecimiento injusto con las palabras de la STS 725/2018, (FD CUARTO-2.º).

Sin embargo, lo que realmente importa aquí y ahora es enfatizar que el TS, conoce lo que el TJUE ha declarado respecto del enriquecimiento injusto y rectifica su postura diciendo que también «*puede ser contrario al principio de efectividad por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del*

Tribunal Supremo [é]nfasis añadido: sobre el enriquecimiento injusto/Jo del TJUE en la materia».

En efecto, para el TJUE cuando la regulación eslovaca exige que el consumidor de un préstamo de larga duración actúe ante los tribunales en un plazo de tres años⁵⁵ a partir de la fecha del enriquecimiento injusto, y en la medida que dicho enriquecimiento puede tener lugar durante la ejecución de un contrato de larga duración, está haciendo excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que conceden las Directivas 93/13 y 2008/48, de forma que infringe el principio de efectividad (apdo. 64); la razón es que, como afirma, en las circunstancias del litigio existe un riesgo no desdenable de que el consumidor interesado no invoque, durante el plazo impuesto, los derechos que le concede la Unión (apdo. 60), ya que la prescripción tiene lugar aun cuando el consumidor no puede apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual en cuestión (apdo. 61). También el Abogado General en sus conclusiones (puntos 71-73), afirma que en estos contratos de crédito que se ejecutan durante períodos de tiempo prolongados, ...«*si el hecho que da inicio al plazo de prescripción, es todo pago efectuado por el prestatario, extremo que corresponde comprobar al tribunal remitente, no puede excluirse que, al menos para una parte de los pagos efectuados, se produzca la prescripción incluso antes de que finalice el contrato, de modo que tal régimen de prescripción puede privar sistemáticamente a los consumidores de la posibilidad de reclamar la restitución de los pagos realizados en virtud de las cláusulas que contravienen las citadas Directivas»* (apdos. 59 y 63). Por lo dicho, el pronunciamiento del TJUE no puede ser otro que considerar que dicho principio de efectividad se opone a esa normativa que establece que la acción ejercitada (por un consumidor con el fin de obtener la restitución de las sumas indebidamente abonadas para cumplir un contrato de crédito, de acuerdo con cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13 o con cláusulas contrarias a los requisitos de la Directiva 2008/48), está supeditada a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto [apdo. 76. Declaración 1), sentencia TJUE de 22 de abril de 2021 (C-485/19 Profit Credit Slovakia s.r.o)⁵⁶].

Con lo antedicho, podríamos entender que el TJUE veda el momento del pago de lo indebido que, entre otras, la 28R AP de Madrid 929/2019, la 9 AP de Valencia 66/2018 y la 15 AP de Barcelona 20/2020 habían considerado adecuado como inicio del cómputo del plazo de prescripción. De hecho, el Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021 le propone de forma directa para que se pronuncie solo por la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula abusiva (dispositivo 1) o por las fechas de sus sentencias de 23 de enero de 2019 o aquellas del

TJUE de 9 de julio de 2020 (Rainfeinssen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 669/18), de 16 de julio de 2020 (Caixabank SA, asuntos acumulados C-224/19 y 259/19); en las suyas declaraba por primera vez que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían atribuirse los gastos una vez expulsada la cláusula del contrato del contrato que contiene dicha cláusula (dispositivo 2 o segundo criterio); en las señaladas de 2020 el TJUE declaró que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (dispositivo 3 o tercer criterio).

Hemos expresado con duda que el TJUE esté vedando como *dies a quo* el momento del pago de lo indebido porque estamos de acuerdo con la reciente resolución de la 15 AP-Barcelona de 9 de diciembre de 2021, en la que solicita al TJUE se pronuncie sobre dicho *dies a quo* bajo el argumento de que en la STJUE 2021 Caso Profit Credit Slovakia s.r.o., el TJUE no considera que en todo caso en que se compute el plazo desde el pago se esté contraviniendo el principio de efectividad, que «*el TJUE consideró contrario a la Directiva la norma nacional en la medida en que el cómputo del plazo podía iniciarse antes de que se efectuaran todos los pagos*». Por ello, solicita que se pronuncie sobre este *dies a quo* con los argumentos de que la cláusula de imputación de todos los gastos de formalización del contrato es, primero, diferente de otras como las cláusulas suelo, multidivisa o comisiones que estén presentes durante la vida del contrato; y, segundo, que ante la duda de que el consumidor medio no profesional del Derecho deba tener no solo conocimiento del hecho de la abusividad de la cláusula sino de su efecto jurídico («la valoración jurídica» —dice—), esto es, que conozca que tras el pago de la última factura decaería su derecho a reclamar, que se pronuncie sobre si dicha información debe entenderse cumplida con el criterio que asiente de futuro el Tribunal Supremo o basta con la apreciación de las circunstancias del caso por el Tribunal nacional.

No tendremos que esperar más que lo que tarde el TJUE en pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo en su Auto de 22 de julio de 2021, a que conteste sobre este otro *dies a quo*, porque la AP de Barcelona pide la acumulación de su cuestión prejudicial a dicho auto (Parte Dispositiva, *in fine*); pronunciamiento del TJUE que tendrá que extenderse a la cuestión también planteada por la AP Barcelona relativa a si el conocimiento que debe tener el consumidor medio sobre dicha valoración jurídica, esto es, que el *dies a quo* sea el momento de pago de la última factura, se deba tener antes de iniciarse el pago o después de que expire (FD TERCERO-13); tema que considera la Audiencia importante en el ámbito territorial de Cataluña dado que el plazo de prescripción de 10 años contemplado en el artículo 121.20 CCCat. es no solo muy superior a aquellos plazos que han sido ya tratados por el TJUE, sino que puede

ser mucho más amplio habida cuenta de que si se interrumpe por mera reclamación extrajudicial, se iniciaría otra vez.

3. LA «NOTORIEDAD» DEL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS POR ABUSIVA Y LA «ABUSIVIDAD» DE LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMAS DE OBJETIVAR EL CRITERIO «SUBJETIVO» DEL *DIES A QUO*

Desde nuestro punto de vista, la posición jurisprudencial predominante que fija de forma objetiva el *dies a quo* en el momento del pago de los gastos hipotecarios, ante la exigencia de conocimiento del hecho que origina el derecho, se encuentra en la encrucijada siguiente: o afrontar que dicho criterio objetivo debe suavizarse con la exigencia de empezarse a indagar individualmente, en cada caso que le llegue si hubo conocimiento por el acreedor del hecho que provoca su derecho a tiempo del plazo de prescripción o criterio subjetivo, lo que supone tanto como renunciar a la prescriptibilidad de la acción de restitución y enfrentarse con demandas de contratos del pasado; o aceptar otras soluciones que no hagan calificar *a priori* de dramática por «ineficiente» la situación del acreedor que encuentra cerrado el tiempo de accionar su derecho al reembolso de los gastos pagados cuando toma conocimiento tarde de que la cláusula que los albergaba era nula por abusiva, pues han transcurrido 5 o 10 años desde que los pagó, so pena de enfrentarse a la opinión del TJUE.

En esa encrucijada no parece eficiente paliar la incertidumbre inevitable a la que arroja el criterio subjetivo que se prefiere, ya lo dijimos, por solvente doctrina⁵⁷ (es verdad que en términos generales), a través de una «consistente» regulación consistente (admitánnos este juego de palabras), en la suspensión o en la interrupción de la prescripción por ignorancia de la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito; por más que solvente doctrina⁵⁸ afirme que la clave para entender que los artículos 14:203 PECL y III-7:203 DCFR, adoptan el sistema subjetivo cuando su dicción es idéntica a la del precepto nacional que aplican nuestros jueces (*ex. art. 1964.2.º CC*), solo puede estar en que la regla general de hacer coincidentes el inicio del plazo de prescripción con el momento en que el crédito es exigible, se complementa con aquella de que el plazo se suspende o no comienza a correr si el acreedor lo ignora o no puede razonablemente conocer la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito (*ex. arts. 14:301 PECL y III-7:301 DCFR*).

Tanto en los artículos 14:203 PECL y III-7:203 DCFR como en los dos casos de interrupción, que no de suspensión (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 15 y nota a pie de página 43)⁵⁹ del plazo de prescripción que contempla el artículo 1974 del Código Civil para la re-

clamación judicial y para la extrajudicial del acreedor, el problema seguirá siendo resolver cuándo presuponer el previo conocimiento por el titular de la acción de restitución, si de forma individual o abstracta u objetiva.

Puede salvarse como afirma nuestra doctrina que en nuestro Derecho no existe para las acciones personales sino el principio de *actio nata*, con la invocación de que el artículo 1968.2.º del Código Civil que expresa «desde que lo supo el agraviado» para obligaciones derivadas de culpa o negligencia, puede ser una excepción del artículo 1969 del Código Civil y con la invocación de doctrina jurisprudencial, en concreto la sentencia de 19 de mayo de 1965, que interpreta la expresión del artículo 1969 del Código Civil «desde que pueda ejercitarse» como «desde que el acreedor conociera el hecho que genera el derecho»; pero, en realidad, seguiríamos sin la regulación consistente que el criterio subjetivo demanda pues tras ello habría siempre que optar por la individualidad o por la abstracción del conocimiento del derecho que genera el derecho.

A) La abstracción u objetivación del conocimiento del hecho que genera el derecho

Así las cosas, no queda otro camino que indagar si «desde que el acreedor conociera el hecho que genera el derecho» que es en lo que traduce la sentencia de 19 de mayo de 1965, la expresión «desde que pueda ejercitarse» del artículo 1969 del Código Civil, debe hacerse de forma individual o de forma abstracta, esto es, para todo un sinfín de contratos de adhesión en los que la cláusula nula ha actuado y producido un empobrecimiento injusto.

Creemos que «desde que el acreedor conociera el hecho que genera el derecho» sería el criterio subjetivo de prescripción que en los contratos hipotecarios de adhesión habría que precisar de forma abstracta y, además, que afecta tanto al acreedor como al deudor. Eso es lo que están pidiendo en sus autos el Tribunal Supremo y la AP-Barcelona, el momento en que puede razonablemente considerarse que cualquier acreedor está informado o es conocedor del hecho que genera su derecho. Y está bien porque es una forma no solo de evitar al completo la incertidumbre del criterio subjetivo del conocimiento individual sino a la vez de ponderar que puede hacerse, por el momento en que vivimos (y ahora adelantamos nuestra posición), a través de ciertas fechas de sentencias que por su notoriedad suponen un hito en este ámbito del pago de los gastos hipotecarios; lo que supone también subjetivar el criterio objetivo al que se le atribuye ciertas otras objeciones, como antes apuntábamos⁶⁰.

Ya lo dijimos (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 48-50), la «ejercitabilidad» objetiva (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991-2, 2167) de la acción planteada de forma general para todo tipo de acciones por el ar-

título 1969 del Código Civil, la llamada «actio nata», no solo se excepciona en el propio Código (art. 1968.2.º) sino por la jurisprudencia del TS, que ha aceptado una cierta imposibilidad subjetiva «aparentemente» en dicho precepto. Citando en concreto la sentencia de 19 de mayo de 1965 que habla de que hay que contar la prescripción «*desde el momento en que el hecho que lo engendra conste de forma notoria*», el autor defiende que no se está pasando de una imposibilidad objetiva a una subjetiva porque es también objetiva la cognoscibilidad efectiva del hecho que genera la acción.

Con razón señala CAÑIZARES LASO⁶¹, que el plazo de prescripción del artículo 121-23 CCCat. acoge este criterio subjetivo del conocimiento del acreedor del *dies a quo* pero entrevulado con el criterio de la «razonabilidad» en el hecho de conocer las circunstancias que fundamentan su pretensión. Así dice la autora que «*se tienen en cuenta las circunstancias subjetivas del titular de la pretensión pero siempre en su objetiva medida de valoración, esto es, con referencia a la diligencia exigible en el caso de la responsabilidad contractual, la buena fe en el tráfico o en el caso del error como vicio del consentimiento*».

Digamos que pese a que el artículo 1932 del Código Civil como regla general y objetiva que en principio caracteriza la prescripción no alberga la regla de que esta no corre contra quien no puede hacerla valer («*contra non valentem agere non currit praescriptio*»), sin embargo, es necesario que se conozca por el prestatario el hecho que de que no siempre va a tener derecho a exigir los efectos restitutorios porque se ha decidido jurisprudencialmente que estamos ante el plazo general de prescripción del artículo 1964.2.º del Código Civil y no ante una imprescriptibilidad de la acción de restitución derivada de la acción de nulidad; plazo cuyo *dies a quo* es el conocimiento razonable por el titular de derecho del hecho que lo origina, entendiendo por razonable que desde el punto de vista objetivo dicho sujeto ha podido conocerlo.

Viendo que el Código construye, eso sí, en sede de responsabilidad extracontractual, la prescripción en base al conocimiento del «agraviado», ex. artículo 1968.2.º, (CAÑIZARES LASO, 2018, 108-109), y que la jurisprudencia ha encontrado la forma de objetivizar el conocimiento por el agraviado, creemos que hay que, como así lo hace el autor citado, objetivar la subjetividad que nos exige el TJUE en este ámbito de super-protección del consumidor que exige la Directiva 93/13, estableciendo una solución objetiva como es la fecha en que se hace notoria la decisión de que los efectos restitutorios están sometidos a prescripción.

Considerar como *dies a quo* una fecha de una de las grandes sentencias de notoria importancia supone superar tres obstáculos derivados del sistema continental de fuentes, del principio de independencia judicial y de la reticencia de la mayoría de la doctrina de los autores. Lo vemos:

- a) El «realismo jurídico» de la jurisprudencia frente a que las sentencias no son equiparables a las leyes

Resulta cuanto menos curioso que el Tribunal Supremo no atienda el argumento nada desdeñable de la 9 AP Valencia 66/2018 que adopta la 15 AP Barcelona 20/2020 para rechazar que el día inicial del plazo fuera el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015 relativo a que «*las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, ...por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada [se refiere a la de 23 de diciembre de 2015] o la que se dictó sobre cláusula suelo, STS de 9 de mayo de 2013*61, y que luego proponga al TJUE que opte entre dos *dies a quo* que se basan en unas concretas fechas de sus propias sentencias uniformes de 2019 o de alguna de las del propio TJUE. Imaginamos que la razón de no tomar en consideración este argumento se debe a que el Tribunal Supremo no construye su doctrina de la prescriptibilidad de la acción de restitución con su sentencia de 23 de diciembre de 2015, pero en el fondo, sea con esta o con la sentencia 747/2010, de 30 de diciembre que sí utiliza para formar doctrina con la de 27 de febrero de 1964, en realidad está indicando al TJUE que la fecha de sus sentencias de 23 de enero de 2019 puede consagrarse el *dies a quo* que necesita uniformar entre sus órganos jurisdiccionales.

Lo expuesto deja entrever que el Tribunal Supremo no entiende de la misma forma que las AAPP de Valencia y de Barcelona el funcionamiento del artículo 1.6 del Código Civil o significado de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho español por el que puede afirmarse que las sentencias no son normas jurídicas.

Podría afirmarse que el Tribunal Supremo está adoptando, consciente o no, por aquella postura doctrinal desdeñada tras la Ley de Bases 17-III-1973 que, en el comentario al precepto de fuentes, recordaba DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁶² conforme a la cual la jurisprudencia podía «*...operar de forma similar o paralela a como lo hacen las que pueden llamarse genuinas normas jurídicas*»: la doctrina llamada del «realismo jurídico». Doctrina que, en efecto, con la Ley de Bases y la dicción final del precepto no triunfó, pero que hoy habría que desempolvar habida cuenta de dos consideraciones: primero, que el sistema jurisdiccional europeo, basado en que a instancia de nuestros órganos jurisdiccionales el TJUE marca directrices de actuación o no actuación para no vulnerar la normativa europea en la aplicación de nuestras normas, nos aleja del sistema continental que tabula la labor del juez y del legislador así como la independencia predicada de cualquier órgano judicial; y segundo, que sin necesidad de modificar la ambigua expresión verbal «complementará» del artículo 1.6 del Código Civil podríamos ampliar la labor «pseudolegislativa» de la doctrina reiterada que emana

del TS, sobre todo si se unifica doctrina con las directrices del Tribunal de Luxemburgo. Si a las pruebas nos remitimos⁶³, el Tribunal Supremo está planteando al TJUE sin expresarlo, el valor del fracasado «realismo jurídico» que no triunfó en los setenta y que hoy es evidente que existe, de forma que la interpretación normativa del TJUE, deberá de estar situada en la cúspide del sistema de fuentes⁶⁴ y así, aceptar que tras el pronunciamiento, esperamos lo antes posible, de esta cuestión prejudicial del *dies a quo* de la acción de restitución, produzca una doctrina obligatoria para ser seguida tanto por los órganos judiciales estatales como por el ciudadano.

Tampoco se entiende que la 9 AP Valencia rechace, con el argumento transcritto de que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no se puede exigir su conocimiento, la fecha en que se dictó la STS de 23 de diciembre de 2015 cuando opta como *dies a quo* por el momento del pago de los gastos que supone el inicio del enriquecimiento injusto, lo que supone que se sabe el día cierto y la aceptación de una construcción del enriquecimiento injusto al menos en el Derecho Común, que nace de manos del Tribunal Supremo y no del legislador.

b) Valor de la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo frente a la independencia de los órganos jurisdiccionales inferiores

Si no convence el argumento del realismo jurídico, el artículo 1.6 del Código Civil puede, mejor, debe de alojar la interpretación del TJUE respecto al real conocimiento por el consumidor atento y perspicaz de lo acontecido sobre la posibilidad de poder impugnar lo indebidamente pagado, en la labor jurisprudencial llevada a cabo por el TS, la cual ha sido valorada por el propio TJUE y desde nuestro punto de vista refuerza el lugar que ocupa en el sistema jurisdiccional.

No hay duda de que, por una parte, como recuerda RODRÍGUEZ IZQUIERDO⁶⁵ nada impide que los jueces nacionales puedan seguir insistiendo con cuestiones prejudiciales sobre la interpretación acerca de un mismo precepto europeo ya interpretado, pero el TJUE considera incumplimiento del Derecho de la Unión la infracción por el juez nacional de su propia jurisprudencia (sentencia de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-224/01, Köbler⁶⁶, apdo. 56); y por otra, que en un doble asunto sobre vencimiento anticipado, el TJUE, en sus sentencias de 7 de agosto de 2018⁶⁷ (Asunto Banco de Sabadell y Escobedo Cortés C-94/17⁶⁸ y de 14 de marzo de 2019 (Asunto Dunai C-118/17)⁶⁹ tiene en cuenta la manifestación del Abogado General (punto 113), que afirmó⁷⁰:

«...que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer la función de armonización de

la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales»; de este modo y respecto del Asunto Dunai, el TJUE-Sala Tercera, el TJUE recoge en su declaración 2) que:

«La Directiva 93/13, interpretada a la luz del artículo 47 de la Carta, no se opone a que un órgano jurisdiccional superior de un Estado miembro adopte, en aras de una interpretación uniforme del Derecho, resoluciones vinculantes acerca de las condiciones de aplicación de esta Directiva, siempre que no impidan al juez competente ni asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni plantear una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia en este sentido, extremo este cuya apreciación corresponde, en cualquier caso, al órgano jurisdiccional remitente».

No puede considerarse pues algo nuevo para nosotros plantearnos el valor de la función jurisdiccional dentro de nuestro sistema de fuentes; se incluye, como vemos, dentro del paquete de sentencias llamadas a enjuiciar la abusividad de ciertas cláusulas habituales en los contratos de hipotecas, y hay ya que tenerlo en cuenta para salvar la crítica del valor de la jurisprudencia de nuestro TS, el cual, intenta reforzarlo utilizando las propias palabras arriba transcritas del Abogado General en la Sentencia de 11 de septiembre de 2019⁷¹ (FD OCTAVO-2).

c) *Actio nata «notoria» frente a la resistencia de la doctrina de autores*

Que sea de sobra conocido por el consumidor que puede acabarse el plazo de prescripción de 5 años es lo que cuenta. Esa «enorme notoriedad» que se propicia a través de la oportuna publicidad de la resolución es ponderada prácticamente por la mayor parte de nuestra doctrina actual, pero no hasta el punto de pasar a afirmar consecuentemente que las fechas de las resoluciones que consideran notorias puedan ser un *dies a quo* óptimo. Así, MARÍN LÓPEZ⁷² aun afirmando que «podría tener cierta importancia» la fecha de la STS de 23 de diciembre de 2015 (21 de enero de 2016) por su enorme notoriedad (es la primera que declara abusiva los gastos) y publicidad (se hace su publicidad en la web del CGPJ), sin embargo sostiene que no puede fijarse una fecha concreta por la que deba iniciarse el plazo de prescripción, habiéndose de estar al caso concreto en el que se analice si el prestatario conocía los hechos que fundamentan su pretensión (nulidad

de la cláusula y posibilidad de reclamación de algunas cantidades). Postura que es admitida por CARRASCO PERERA⁷³, cuando a pesar de que concluía, en su artículo de 2017 y con la esperanza de que fuera la última vez que tuviera que escribir sobre esta cuestión del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios que el *dies a quo* empieza a correr desde el pago de los gastos indebidos; sin embargo, afirmaba «voy a dar por buena la tesis [se refiere a MARÍN LÓPEZ] de que un consumidor tiene la carga razonable de conocer la jurisprudencia a medida en que esta se publica en la web del CGPJ». MARTÍNEZ GÓMEZ⁷⁴, últimamente también, a pesar de que entiende citando a CARRASCO PERERA, que el conocimiento del consumidor sobre lo que acontece incluso en la jurisprudencia, está más que asegurado en el plazo de 5 años por el ambiente y presión de los caza-pleitos de consumo e incluso porque también las entidades públicas como el Ministerio de Consumo también informa de ello a través de sus notas informativas⁷⁵, apunta que no puede asumirse ninguna de las dos posibles fechas de las SSTS de 23 de diciembre de 2015 y las de 23 de enero de 2019 porque sus pronunciamientos son distintos: la primera fija la nulidad de la cláusula y las de 2019 sus efectos.

ANÓN CALVETE⁷⁶ en concreto rechaza la fecha de la sentencia de Pleno de la Sala Primera núm. 705 de 23 de diciembre de 2015, porque entiende que la abusividad ha de declararse caso por caso, en función de los requisitos que deben concurrir para la calificación de abusividad (condición de consumidor, cláusula no negociada, desequilibrio importante, etc.); y ACHÓN BRUÑÉN⁷⁷, en particular entiende que tampoco pueden tenerse en cuenta las sentencias de 23 de enero de 2019 para fijar el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas por gastos de la hipoteca (apdo. C.), porque si el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 ya estableció que la sentencia de 9 de mayo de 2013 no podía tomarse como referencia para fijar la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de esta cláusula, por el mismo razonamiento no puede tomarse aquella.

Por lo dicho, estos dos últimos autores siguen anclados en considerar como inicio del plazo el momento en que se declara la nulidad de la cláusula. ANÓN CALVETE⁷⁸ partiendo de que los jueces «*aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*», ACHÓN BRUÑÉN⁷⁹ por varias razones: por un lado, de la expresión de la STJUE «*los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva*», dice se puede inferir que los efectos restitutorios derivan de la declaración de la nulidad, por lo que es de lógica que sea este momento el *dies a quo* del plazo de prescripción; por otro lado, observa que la propia Comisión Europea en las Observaciones formuladas a las cuestiones prejudiciales de la sentencia, considera cohe-

rente que la prescripción, si es consecuencia de la declaración de nulidad, no pueda empezar a correr antes de que la misma se efectúe. La verdad es que la autora se manifiesta en contra tanto de la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de restitución (apdo. A.) como de la tesis que fija como *dies a quo* de la acción de restitución el momento en que se realizaron los pagos (apdo. B), motivando esta última en la consideración vista del TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020, que encuentra dificultad de que un consumidor pueda conocer que es abusiva a tiempo de ejercer en plazo su derecho de reembolso, lo que vaciaría de contenido la propia declaración de nulidad pues se generaría un enriquecimiento injusto a favor de la entidad bancaria y en que no podría aplicarse el cómputo inicial del plazo del artículo 1969 del Código Civil aplicable a cualquier tipo de acción que no tenga especial previsión: el día en que pueda ejercitarse la acción. Así, se adhiere a las opiniones doctrinales que consideran que hasta que no se haya declarado la nulidad judicialmente, las partes vienen obligadas a sus respectivas acciones pues son ley entre ellas (ex. art. 1091 CC).

Por la doctrina que antecede, aplaudimos a DURÁN RIVACOBA cuando tomando en consideración la publicidad de las resoluciones del Alto Tribunal realizada esencialmente por la prensa más generalista y por ciertos despachos de abogados, últimamente y con ocasión de las sentencias que han declarado abusivas las cláusulas de las tarjetas *revolving*, llega a afirmar que conforman un panorama actual propicio para defender que pueda plantearse la prescripción de las acciones desde dichas resoluciones, ya que el consumidor concernido ha podido darse por enterado de la circunstancia de lo que supone la pérdida del plazo⁸⁰.

Por lo apuntado, no podemos llegar a concluir que la mayoría de la doctrina acepte la posibilidad de una fecha notoria como *dies a quo* y eso que ya contábamos con algunas Audiencias que desde que se emitieron las SSTS de 23 de enero de 2019, bien aceptan su fecha como *dies a quo* adecuado (por ejemplo, la sección 1^a AP-Lugo⁸¹ que entendió que el inicio del cómputo del plazo de prescripción general previsto por el artículo 1964.2.^º del Código Civil para los supuestos de gastos hipotecarios que tratamos, sería la fecha de las SSTS de 23 de enero de 2019 [FD SEGUNDO, apdo. 34 in fine]⁸²), bien se decantan por la sentencia de 23 de diciembre de 2015 (caso de la SAP- Palencia, 393/2019 de 15 de noviembre de 2019⁸³, de la SAP de Gerona de 10 de mayo de 2021⁸⁴ (FJ QUINTO), de la sentencia de Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 16 de junio de 2021, (FD SEGUNDO) y de la más reciente sentencia 537/2021, de 21 de julio (FD SEGUNDO *in fine*)⁸⁵ de la sección 1^a AP-Orense (AP-OU)⁸⁶.

La tesis de aquellas sentencias que fijan tal hito temporal cuando se abonaron los gastos, para Tribunal de Lugo, ahora en sentencia de 23 de febrero de 2021⁸⁷, «dejan al consumidor en una situación de indefensión

constrinéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad estéril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico»; «situar el inicio del cómputo en el momento de la declaración de abusividad comporta «de facto» una acción de enriquecimiento injusto imprescriptible lo que no es la solución adoptada por nuestro derecho interno»; y de entre las dos posibles opciones, las fechas de las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y las de 23 de enero de 2019, prefiere esta última porque aunque el día de inicio del plazo en la fecha de la sentencia de 23 de diciembre de 2015, tiene el valor de que fue el momento de la declaración inicial de nulidad en el seno de una acción colectiva, no fija con la debida conciencia los efectos de la nulidad como sí lo hace la sentencia de 23 de enero de 2019; conciencia que para la AP Orense parece no ser decisiva sino que por la STS de 23 de diciembre de 2015 es de general conocimiento la posibilidad de ejercicio de la acción.

4. NUESTRA CONCRETA OPCIÓN DE *DIES A QUO*: LA FECHA DE LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019

Por todo lo que antecede, valoramos que el Tribunal Supremo haya cambiado su inicial postura y creemos está siendo coherente con lo que anteriormente ha interpretado respecto del artículo 1969 del Código Civil de forma que la combinación entre los principios de seguridad jurídica y de efectividad (que no son otros en el caso que analizamos, que los criterios objetivo y subjetivo de prescripción), le lleva a proponer al TJUE las opciones de considerar alguna de las fechas en que se dictaron sus sentencias de 2019 o algunas de las del TJUE.

En efecto, hay que combinar ambos principios para poder cumplir con el artículo 6.1 Directiva 93/13. Y a este respecto, consideramos que entre las dos fechas de las SSTS, 23 de diciembre de 2015 y 23 de enero de 2019, es preferible la de las cuatro sentencias de 2019, resoluciones que, aunque no se pronuncian sobre el inicio del plazo de prescripción, sí que atienden a la distribución de gastos entre prestamista y prestatario, cosa que no hace, como bien apunta ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA⁸⁸, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre el Tribunal Supremo por tratarse de una acción colectiva en la que no procedía determinar concretamente las cantidades a reintegrar.

Preferir una u otra fecha no provocaría tanta inseguridad jurídica como la que se genera atendiendo al criterio de la declaración de nulidad de la cláusula omnicomprensiva de gastos (la cláusula quinta llamada habitualmente), que albergan la mayoría de los contratos de crédito hipotecario que se celebraron por lo menos antes de 2015, fecha de la sentencia de la STS 23 de diciembre de 2015, que dejó claro incluso a cualquier orden jurisdic-

cional que había abusividad y se podía instar el reembolso de las cantidades pagadas. Así, como ya se dijo, se limitaría que hasta los herederos de dichos contratos pudieran instar la reclamación.

Pero, además, como entre las dos fechas restantes de las sentencias que el Tribunal Supremo propone al TJUE, esto es, la suya de las sentencias de 2019 y la del propio TJUE de 16 de julio de 2020, no hay mucha diferencia, cualquiera de las dos fechas podría ser un buen *dies a quo*, porque dejaría un plazo de cinco años que terminaría bien en 2023 bien en 2024 para instar la restitución de los gastos entremezclados y daría tiempo al usuario a conocerlo por la repercusión mediática que seguro va a tener; conocimiento que, aunque sea de este tenor, seguro propiciará oportunidades al prestatario que pagó para reclamar, no como la fecha de la STS de 23 de diciembre de 2015 que, de ser tenida como *dies a quo*, habría ya terminado con dicha oportunidad en diciembre de 2020.

En cualquier caso y como puede deducirse, fijando cualquiera de estas fechas, no juega el artículo 1939 del Código Civil al que remitía el artículo 1964.2.º del Código Civil cuando fue reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ya que este solo jugaría si establecemos como *dies a quo* uno, como así hicieron y apreciaron la 9 AP Valencia 66/2018 y 15 Barcelona 20/2020.

5. *DE LEGE FERENDA...* PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS NOTORIAS Y LEGISLAR UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

No estando muy acostumbrados a entender el «realismo jurídico» que nos lleve a considerar que la jurisprudencia es fuente del Derecho⁸⁹, y salvo que el TJUE nos sorprenda con sus declaraciones, creemos que de futuro se debería proponer la obligatoriedad de publicación en el BOE de cualquier solución europea y de su subsiguiente aplicación por el TS⁹⁰. Así, no habría excusas para no conocer el estado jurídico de la cuestión. La acción sin duda dará lugar a un nuevo enfoque en la interpretación del verbo «complementará» que utiliza nuestro sistema de fuentes (*ex. art. 1.6 CC*), pero no sería sino dejar de forma explícita y una vez más, el juego del respeto al Derecho europeo y de su gran intérprete, el TJUE que, por su parte ya ha dado su punto de vista en este tema de la fuerza de los tribunales superiores de cada Estado miembro respecto a la función de armonización en la interpretación del Derecho, como expusimos (FD OCTAVO-2 STS de 11 de septiembre de 2019, señala los puntos 68 de la STJUE 7 de agosto 2018 (Asunto Banco de Santander y Escobedo Cortés, C-96/16 y C-94/17) y punto 63 de STJUE de 14 de marzo (Asunto Dunai, C-118/17).

Se complementaría (ahora sí que empleamos esta forma verbal nosotros), esta solución con un Real Decreto Ley que anunciara un cambio en

el artículo 83 TRLGCU por el que se estableciera un plazo concreto de prescripción de aplicación uniforme en nuestro territorio. Los 10 años de prescripción previstos en el artículo 121.20 CCCat. se nos antoja muy largo y ya estamos viendo que el plazo de 3 años sería estar acorde con los proyectos europeos. Además, habría que incorporar a nivel nacional el criterio subjetivo o de conocimiento razonable por parte del titular del derecho de las circunstancias que fundamentan la pretensión y la persona contra la cual se puede ejercitar que refleja el artículo 121-23⁹¹ CCCat. Precepto que podría servirnos de reflexión si, como creemos, deberíamos tender a una cierta unificación⁹² hasta que llegue el día de afrontar un mismo sistema de obligaciones y contratos⁹³. Aunque el plazo no cubriría el gran ciclo de vida del crédito hipotecario, probablemente evitaríamos acciones tardías o extemporáneas como manifiesta el Tribunal Supremo en su Auto cuando explica la vigencia del antiguo plazo de 15 años del artículo 1964.2.^º del Código Civil sobre todo, porque esta vez, vendría ya combinado con la publicidad de la fecha de la sentencia del TS.

Finalmente, la forma de evitar que se reproduzca una situación anómala por sorpresiva de prescripción sobrevenida en contratos de larga duración como los créditos hipotecarios, a nuestro parecer, partiendo del equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el principio de efectividad, sería proporcionar información en la oferta del contrato de los plazos de prescripción existentes para cada tipo de gasto que soportemos como usuarios de préstamos garantizados. De *lege ferenda* consideramos apropiado que se plantee la modificación del artículo 6 LCCI, añadiendo dentro de la información básica que deberá figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios, una nueva letra i) que pueda informar que hay gastos que, de discutirse, estarán sujetos a la prescripción de 5 años o de 10 años que se habría previsto en el artículo 83 TRLGDCU. También podría introducirse en la letra d) del artículo 14 LCCI relativo a la copia del proyecto de contrato, que según el precepto «incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato»⁹⁴.

Por último, y despidiendo este artículo, tener hasta 2023 o 2024 para reclamar gastos tampoco supone excesivo tiempo de movimiento de demandas en los juzgados porque por mucho que queramos reclamar como prestatarios será exitoso solo lo que ya fue determinado a favor del prestatario en la distribución de gastos diseñada por las SSTS de 2019, a saber: el 50% de los gastos de gestoría y notaría entre prestamista y prestatario y el 100% de los aranceles registrales al banco como interesado (FD OCTAVO y FD SÉPTIMO puntos 13-18 STS 44/2019⁹⁵). Como con la LCCI, *ex. art. 14.1.e*⁹⁶, todos estos gastos menos los de tasación se atribuyen al prestamista, el problema de distribución se habrá acabado y con ello la acción de restitución, su prescripción y su *dies a quo*.

IV. CONCLUSIONES

1. STATU QUO

Primero. Ya dijimos (I.1. Primera Parte del artículo), que podemos estar de acuerdo con interpretar el silencio del Código respecto a la prescribibilidad o no de la acción de remoción de gastos como una posibilidad de analizarla, pero una vez que por los contraargumentos apuntados, nos decantamos por considerar que la acción de restitución es lo suficientemente independiente de la acción de nulidad de la que deriva como para considerarla prescriptible, estamos también de acuerdo con la postura mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencial de la aplicación del plazo de prescripción general previsto por el artículo 1964.2.º del Código Civil para las acciones personales que no tengan plazo de prescripción; plazo que tras la reforma de la LEC por Ley 42/2015, 5 octubre, quedó reducido a 5 años y que supone una barrera a aquellas acciones que hayan nacido antes de su entrada en vigor por virtud de la disposición transitoria quinta que indica que debe procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil y ello conlleva a que nunca podrían contabilizarse los años que sobrepasaran octubre de 2020.

Segundo. Ante la discrepancia existente entre las filas de nuestros órganos jurisdiccionales acerca de cuándo comienza a contarse dicho plazo general (*Vid.* I.2 Primera Parte del artículo), consideramos idóneo que la 15 AP-Barcelona plantee al TJUE en su resolución de 9 de diciembre de 2021 si le parece que el *dies a quo* deba ser el día en que se completó el pago de los gastos (lo hace arguyendo que en su STJUE Profit Credit Slovaka s.r.o. nunca expresó que en todo caso en que se compute el plazo desde el pago pudiera contravenir el principio de efectividad, por lo que cuestiona la viabilidad de esta opción en el contexto del plazo de 10 años de prescripción general que contempla el art. 121-22 CCCat); así completa la cuestión prejudicial que el Tribunal Supremo en su auto de 22 de junio de 2021 (parece rectificando su postura inicial de computar el plazo desde el día del pago en base a las SSTS 44-49/2019, de 23 de enero cuya fecha curiosamente luego le sirven para indicar otra opción sobre la que pronunciarse), planteó al TJUE sobre el *dies a quo* con solo estas tres o dos opciones: la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula y las fechas bien de las SSTS uniformes de 2019 o las de las SSTJUE de 9 de julio y de 16 de julio de 2020 que la confirma.

Tercero. Sin embargo, discrepamos de la opinión de que el *dies a quo* deba ser el momento del pago de los gastos por el prestatario, aunque sea buen argumento que es ese momento cuando se produce realmente el desplazamiento patrimonial que exige el enriquecimiento injusto. Y la razón

es la combinación de la inexistencia o falta de *causa retinendi* y la exigencia recordada por el Tribunal de Luxemburgo principalmente en las sentencias de 16 de julio de 2020 y de 22 de abril de 2021 de que el plazo objetivo debería ser razonable en el sentido de que le diera tiempo al consumidor a reaccionar; exigencia que nosotros no podemos materializar señalando las fechas de las sentencias que podrían caso por caso declarar la nulidad de las cláusulas omnicomprensivas de gastos porque iría contra el principio de seguridad jurídica necesario en todo ordenamiento jurídico y que cuya incertidumbre se combate con el instituto de la prescripción. Por eso, preferimos que se inicie fijando una fecha determinada; además no creemos que fijar una u otra de las dos fechas que ofrece el Tribunal Supremo cambie mucho el panorama porque siendo de 2019 o de 2020 que no es otro que en 2023 o en 2024 por aplicación del plazo de 5 años del artículo 1964.2.^º terminaría la oportunidad de que el prestatario instara la demanda de los gastos incluidos en la cláusula abusiva.

Cuarto. La razón de que nuestra elección sea una de las fechas de las SSTS es que, acorde con la doctrina del TJUE, no harían «excesivamente difícil» el ejercicio del derecho del consumidor de solicitar la restitución en base a que:

— fijarían de forma objetiva la subjetividad que se puede y debe apreciar en la «*actio in nata*» del artículo 1969 del Código Civil cuando el TJUE exige que se conozca por el consumidor medio atento y perspicaz lo que le atañe, en este caso, las circunstancias que resulten de considerar que su derecho está sometido a un plazo de prescripción y puede correr un riesgo; nos separamos de la regla general del artículo 1932 del Código Civil resumida en el adagio «*contra non valentem agere non currit praescriptio*».

— no se iría en contra del sistema de fuentes considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y menos, aquella que provenga del TJUE. Somos conscientes que desempolvamos el llamado «realismo jurídico» que no triunfa en la Ley de Bases de 1973 y que supone que la jurisprudencia puede operar de forma paralela a la norma jurídica, de forma que sin necesidad de cambiar la dicción del artículo 6.1 del Código Civil podemos entender la declaración que sobre estos extremos haga el Tribunal Supremo cuando unifique doctrina conforme a la interpretación que del Derecho de la Unión haga el TJUE, constituyéndose como obligatoria tanto para los órganos judiciales estatales como para el ciudadano. Se está primando la notoriedad y la publicidad de estas doctrinas jurisprudenciales; y

— que fijarían el punto en el que podría apreciarse la doctrina del abuso de la oponibilidad de la prescripción.

2. NUESTRAS PROPUESTAS

1. *La fecha de las sentencias uniformes del Tribunal Supremo como mejor dies a quo para resolver el problema actual de las acciones de exigir la condena al pago de los gastos indebidos.*

2. *Desempolvar el llamado «realismo jurídico» para considerar que la jurisprudencia del TJUE que queda consagrada en la doctrina del Tribunal Supremo es fuente del Derecho, esencialmente estableciendo la obligatoriedad de publicar las sentencias notorias en el BOE; así, se respetaría el principio de eficacia o del conocimiento por el prestatario del hecho que genera su derecho y de su término.*

3. *Unificación de plazos de prescripción en España con el criterio subjetivo que preside en cómputo de plazos el artículo 121-23 CCCat. y reducirlo a 3 años para hacerlo armónico con los artículos 14:203 PECL⁹⁷ y III-7:203 DCFR.*

4. *Insertar el plazo de prescripción en el TRLGDCU y Código de Consumo de Cataluña.*

5. *Información obligada en la formación del contrato de préstamo de la LCCI del plazo de prescripción y su dies a quo.*

V. JURISPRUDENCIA

2017: IMPRESKRIBILIDAD

- SAP de La Rioja, 314/2017, de 13 de noviembre 2017 (ECLI:ES: APLO: 2017:314)
- SAP de La Coruña, 339/2017, de 18 de octubre 2017 (ECLI:ES: APC:2017:2170)
- SAP de La Coruña, 338/2017, 18 de octubre (ECLI:ES: APC:2017:2173)
- SAP de Pontevedra, de 15 de marzo de 2017 (ECLI:ES: APPO:2017: 571)
- AP de Asturias, 535/2017, de 23 de noviembre 2017 (ECLI:ES: APPO: 2017:571)

2017: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Palma de Mallorca (Sección 5^a), de 12 de diciembre 2017 (ECLI:ES: APIB:2017:2186)
- SAP de La Coruña (Sección 4^a), 494/2017 de 29 de noviembre (ECLI:ES: APC:2017:2609)

2018: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Asturias (Sección 1^a), 628/2018, de 20 de diciembre (*JUR* 2019, 37639)
- SAP de Palencia (Sección 1^a), 315/2018, 19 de septiembre (ECLI:ES: APP:2018:391)
- SAP de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), 144/2018, de 26 de marzo (2018\1084)

2018: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Barcelona, (sección 15^a), 923/2018, de 12 de diciembre (ECLI:ES: APB:2018:12088)
- SAP de Burgos, (sección 3^a), 352/2018, de 28 de septiembre (ECLI:ES: APBU:2018:818)
- SAP de Barcelona, (sección 15^a), S de 25 de julio de 2018 (ECLI:ES: APV:2018:1121)
- SAP de Zaragoza, (sección 5^a), 479/2018, de 15 de junio (ECLI:ES: APZ:2018:1725)
- SAP de Zaragoza, (sección 5^a), 407/2018, de 24 de mayo de 2018 (ECLI:ES: APZ:2018:1272)
- SAP de La Rioja, (sección 1^a), 59/2018, de 21 de febrero
- SAP de Valladolid, (sección 3^a), 68/2018, de 13 de febrero
- SAP de Valencia, (sección 9^a), 66/2018, de 1 de febrero (Roj: SAP V 1121/2018)

2019: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de León (Sección 1^a) 651/2019, de 26 de diciembre (*JUR* 2020, 85709)
- SAP de Albacete, de 21 de noviembre de 2019 (*JUR* 2020, 38924)
- SAP de Zamora (Sección 1^a), 397/2019 de 21 de noviembre (*JUR* 2020, 77246)
- SAP de Palencia (Sección 1^a), 285/2019 de 30 julio (*JUR* 2019, 267742)
- SAP de Valladolid (Sección 3^a), 270/2019, de 25 de junio (*JUR* 2019, 235023)
- SAP de Granada (Sección 3^a), 462/2019 de 14 de junio (*JUR* 2020, 10237)
- SAP de Cádiz (Sección 5^a), 323/2019, de 25 de abril (*JUR* 2019, 171339)
- SAP de Zamora (Sección 1^a), 180/2019

2019: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Zaragoza (Sección 5^a), 1071/2019 de 17 de diciembre (*JUR* 2020, 43327)
- SAP de Zaragoza (Sección 5^a), 958/2019 de 27 de noviembre (*JUR* 2020, 8502)
- SAP de Palencia (Sección 1^a), 399/2019 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APP:2019:617)
- SAP de Palencia, (sección 4^a), 393/2019, de 15 de noviembre de 2019
- SAP de Islas Baleares (Sección 5^a), 772/2019 de 12 de noviembre (*AC* 2020, 84)
- SAP de Burgos (Sección 3^a), 445/2019 de 24 de septiembre (*JUR* 2019, 291841)
- SAP de Madrid (sección 28^a Refuerzo) 929, de 11 de septiembre (ECLI:ES: APM:2019:16041)
- SAP de Valencia (Sección 9^a), 829/2019 de 25 de junio (*JUR* 2019, 236104)
- SAP de Teruel (Sección 1^a), 164/2019 de 5 de junio (*JUR* 2019, 226664)
- SAP de Alicante (Sección 8^a), 583/2019 de 13 de mayo (*JUR* 2019, 256762)
- SAP de Lugo, (sección 1^a), sentencia núm. 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES: APLU:2019:295)
- SAP de Pontevedra 226/2019 de 23 de abril (*JUR* 2020, 276886)
- SAP de Murcia, (sección 4^a), 34/2019, de 10 de enero de 2019 (ECLI:ES: APMU:2019:397)

1990-2012: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- STS 265/2015 de 22 de abril (ECLI:ES:TS: 2015:1723)
- STS 557/2012, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6225)
- STS 843/2011, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8900)
- STS 1385/2007, de 8 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:380)
- STS 473/2006, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3034)
- STS 934/2005, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7386)
- STS 812/2005, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6545)
- STS 81/2003, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2003:852)
- STS 772/2001, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6465)
- STS 120/1992, de 11 de febrero
- STS 105/1990, de 24 de febrero

2010-2019: PRESCRIPTIBILIDAD

- STS 662/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3911)
- STS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102)
- STS de Pleno 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4236)
- STS de Pleno (Sala de lo Civil) 705/2015, de 23 de diciembre, (Id. Cendoj: 28079119912015100044)
- STS 485/2012, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5290)
- STS 747/2010, de 30 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:7666)

CUESTIONES PREJUDICIALES

2019-2021:

- Auto Secc. 15 de la AP-Barcelona, de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021: 9348^a)
- Auto de Pleno Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021 (ECLI:ES:2021: 10157^a)
- Auto Secc. 9^a AP Alicante de 22 de enero 2020 (DOUE C/161/25-26, 11 de mayo de 2020)
- Auto JMer núm. 1 Badajoz, de 26 de diciembre de 2019 (notificado a TJUE el 16 de julio de 2020 y retira su cuestión prejudicial el 25 de septiembre de 2020)
- Auto JPI núm. 17 Palma de Mallorca, 47/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES:JPI:2019)

Dies a quo del plazo de prescripción:

1. Fecha del pago de la última factura y/o celebración del contrato
 - SAP de Baleares (Sección 5^a), de 2 de julio de 2021
 - SAP de Valencia (Sección 9^a), de 22 de junio de 2021
 - SAP de Alicante (Sección 8^a), de 30 de diciembre de 2020
 - SAP de Murcia (Sección 4^a), de 17 de diciembre de 2020
 - SAP de Castellón (Sección 3^a), de 6 de noviembre de 2020
 - SAP de Madrid (Sección 28^a), 779/2020, de 19 de marzo (*JUR* 2020, 176402)
 - SAP de Barcelona (Sección 15^a), 20/2020, 8 de enero (ECLI:ES:APB:2020: 2.^º)
 - SAP de Palencia, 393/2019, 15 de noviembre

2. Fecha de la declaración de nulidad de la cláusula

- AP de Lérida (Sección 2^a) AP sentencia 321/2021 de 7 de mayo de 2021, (ECLI:ES: APL:2021:387)
- AP de La Rioja (Sección 1^a), sentencia 59/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES: APLO:2018:114)
- AP de Cáceres, (Sección 1^a), sentencia de 22 de diciembre de 2017

3. Fecha de alguna de las sentencias notorias

3.1. STS de 23 de diciembre de 2015:

- SAP de Ourense, sentencia 537/2021, de 21 de julio (ECLI:ES: APOU:2021:537)
- SAP de Tarragona, (Sección 1^a), sentencia de 16 de junio de 2021 (ECLI:ES: APT:2021:704)
- SAP de Gerona, (Sección 1^a), sentencia de 10 de mayo de 2021, (ECLI:ES: APGI:2021:488)
- SAP de Palencia, sentencia 393/2019, de 15 de noviembre

3.2. SSTS de 23 de enero 2019:

- SAP de Lugo (Sección 1^a), de 23 de febrero de 2021 (ECLI:ES: APLU:2021:118)
- SAP de Lugo (Sección 1^a), 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES: APLU:2019:295)

SSTJUE:

- STJUE de 10 de junio de 2021 (BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, ECLI: EU:2021:470)
- STJUE de 22 de abril de 2021 (Profit Credit Slovakia s.r.o, C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313)
- STJUE (Sala Cuarta) 16 de julio de 2020, (Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578)
- STJUE (Sala Cuarta) 9 de julio de 2020 (Reiffesisen Bank y Brd Groupe Société Générale, C-698/18 y C-669/18, ECLI: EU:C:2020:537)
- STJUE de 14 de marzo de 2019, (Dunai, C-118/17, ECLI:EU:C:2019: 207)

- STJUE de 7 de agosto de 2018, (Banco de Sabadell y Escobedo Cortés, C-96/2016 y C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, (Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980)
- STJUE de 15 de diciembre de 2011, (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, ECLI:EU: C: 2011:844)
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08, ECLI:EU: C:2010:193)
- STJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, ECLI:EU:C:2009:305)

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS, E.R. (1918). *De la prescripción extintiva*, Sección de Derecho Civil bajo la dirección de Clemente de Diego. Madrid: Centro de Estudios Históricos.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La prescripción extintiva*, Madrid: Centro de Estudios Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (1980). *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Vol. 2.º, La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 6^a edición, Barcelona: Bosch.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1979). *Enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2020). La cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios de consumidores: la abusividad y sus consecuencias. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 61-72.
- ACHÓN BRUÑÉN, MJ. (2020). Qué ha cambiado tras la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción de la acción y costas. *Diario La Ley*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/21/que-ha-cambiado-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020-gastos-hipotecarios-comision-de-apertura-prescripcion-de-la-accion-y-costas>
- AÑÓN CALVETE, J. (2021). Plazo de prescripción de la reclamación de restitución de las cantidades pagadas por aplicación de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE 22-4-2021, C-485/19-Profi Credit. *Revista de Derecho vLex*, núm. 203. Disponible en: <https://vlex.es/vid/plazo-prescripcion-reclamacion-restitucion-865822086>
- (2021). Plazo de prescripción de las acciones sin plazo especial. Fin del plazo de prescripción de 15 años. *Actualidad Civil*, núm. 1/ Persona y derechos. A fondo.
- BENDITO CAÑIZARES, M.T. (2022). La cláusula de comisión de apertura del préstamo hipotecario en cuestión con el Auto del Tribunal Supremo de 10 de septiembre 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3.
- CAÑIZARES LASO, A. (2018). Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo* Some keys to the reform of the prescription. In particular, the problem of *dies a quo*. *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, 89-138.

- CARRASCO PERERA, A. (2017). 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. *Publicaciones Jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*. Disponible en : http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf
- DE CASTRO y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- (1961). Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. *Anuario de Derecho Civil*, vol. XIV, núm. 2, 295-341.
- (1975). *Temas de Derecho Civil*. Rivadeneyra, S.A.
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2016) Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del common law. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 6-98.
- DE LOS MOZOS, (1960). La inexistencia del negocio jurídico. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XL, núm. 4.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1961). Eficacia e ineficacia del negocio jurídico, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14, núm. 4, 809-834.
- (1963). En torno al concepto de prescripción, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, núm. 4, 969-1000.
- (1991-1). Comentario al artículo 1939 del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, & P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II (1991). Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones (pp. 2093-2095).
- (1991-2). Comentario al artículo 1969 del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz, & P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II (1991). Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones (pp. 2166-2167).
- (2007). *La prescripción extintiva, En el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (2^a ed.). Madrid: Thomson-Civitas,
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1976). *Sistema de Derecho Civil* (6^a ed.), vol. II. Madrid: Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2009). La prescripción en los PECL y en el DCFR. *InDret*, núm. 3/2009, 1-29. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/39072763.pdf>
- DURÁN RIVACOBA, R. (2021). Cuestión prejudicial acerca del comienzo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula. *Diario La Ley*, núm. 9919,1-7. Disponible en <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3108/ARTICULO%20DOCTRINAL.pdf>
- LACRUZ BERDEJO (1969). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 470, 569-603.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. (1995). Lección 23^a: Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos. En A. López, y V.L. Montes (coords.). *Derecho Civil, Parte General*, (2^a ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch (515-558).
- MARÍN LÓPEZ (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 22/2017.

- (2021). Dos cuestiones prejudiciales sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios y sus efectos en el crédito revolving usurario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 40/2210. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8144349.pdf>
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2021). Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17 de noviembre de 2020. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 31/2021, (pp. 12-32). doi.org/10.18239/RCDC_2021.37.2658file:///C:/Users/UNED/AppData/Local/Temp/2658-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12021-1-10-20210118.pdf
- MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000). *El cobro o pago de lo indebido*. Barcelona: Bosch.
- LANDO, O. y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law: Parts I and II*. Kluwer Law International BV.
- OROZCO MUÑOZ (2015). *El enriquecimiento injustificado*. Thomson Reuters Aranzadi.
- REGLERO CAMPOS, F. (1994). Comentario al artículo 1961 del Código Civil. En M. Albaladejo, y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, vol. 2.º. Madrid: EDERSA (123-148).
- REDONDO TRIGO, F. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018). La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. *Dykinson-AEBOE*, 101-114. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-6
- RODRÍGUEZ MORATA, F.A. (1993). Comentario al artículo 1939 del Código Civil. En M. Albaladejo, y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXV, vol. 1.º. Madrid: EDERSA (pp. 221-239).
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2017). La posición de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes. *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 483-514.
- SABATER BAYLE, E. (2016). Derecho de obligaciones y actualización del Fuero Nuevo, *Iura Vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, vol. (13/2016), 157-207.
- ZIMMERMANN, R. (2008). *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*. Barcelona: Editorial Bosch
- (2002). *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511495113

NOTAS

¹ *Vid.* ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 82 y ss). Queremos también dejar apuntado que ya DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1988, 120), habían señalado que no debería funcionar la excepción del propio plazo de caducidad previsto por el artículo 1303 del Código Civil para aquella parte que actuó con dolo, por la situación de injusticia a la que se llegaría una vez pasado el plazo: que el legitimado en principio para ejercitar la acción de anulabilidad, deberá cumplir con la prestación debida, beneficiándose indebidamente quien actuó de mala fe.

² Recordemos que la AP-La Coruña en su sentencia 2609/2017, 29 de noviembre 2017 (ECLI:ES: APC:2017:2609), anteriormente citada, negaba la alegación de la recurrente de la caducidad de la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil con el argumento de que la nulidad por contravención de la Ley no es claudicante ni susceptible de confirmación (FD TERCERO). Igualmente la sentencia de la 9 AP Valencia 66/2018, FD-TERCERO, párr. 8.^º que cita en apoyo de que no estamos ante un caso de anulabilidad para que se aplique el plazo de 4 años previsto en el artículo 1301 del Código Civil, la STS de Pleno núm. 367, de 8 de junio de 2017, la cual afirma que no estamos en el enjuiciamiento de un caso de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento sino en la evaluación de la transparencia de una condición general.

³ Se utiliza aquí la forma de indicar los artículos que encuentra más idónea la Ley 29/2002, 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, para sistematizar la legislación civil catalana, de forma que entre los dos números se utiliza un guion corto (vid. punto I preámbulo).

⁴ Encontraba en 2002 el legislador catalán tanto la prescripción como la caducidad deficientemente regulada (vid. punto II preámbulo) y adopta el plazo de 10 años de prescripción tanto para las acciones personales como para las reales, derogando el plazo de 30 años que preveía el artículo 344 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña para las acciones y derechos, sean personales o reales, que no tengan señalado plazo especial, y las servidumbres, salvo las acciones y derechos reales sobre bienes muebles, que prescribían a los seis años. Luego el plazo en Derecho Común, que originariamente fue más corto (15 años), se modifica trece años más tarde, en 2015, a 5 años, por lo que resta más reducido que el plazo de la ley catalana.

⁵ Ley 22/2010, de 20 de julio, BOE núm. 196, de 13/08/2010.

⁶ La definición de lo razonable de forma general pero en la materia que nos ocupa, hay que buscarlo en el Artículo 1:302 *Principle of European Contract Law*, OLE LANDO y HUGH BEALE, (2000, 1-93).

⁷ Modificada por la disposición final primera de la Ley 45/2005, 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Como dice el punto VI de su preámbulo esta reforma introduce la primera actualización del régimen de la prescripción del Código Civil, y el acortamiento a 5 años del plazo general tiene por objeto ganar un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años.

⁸ *Vid.* DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1991, 2040-2041), y RODRÍGUEZ MORATA, (1993, 232).

⁹ *Vid.* en este punto que la argumentación de la 15 AP Barcelona 20/2020 de por qué aplica este precepto que procede de la Ley 29/2002, de 30 diciembre y no el artículo 1964 del Código Civil en FJ-Segundo 20-23.

¹⁰ ZIMMERMANN, (2008, nota a pie de p. 49, 147).

¹¹ La reforma del artículo 1964.2.^º del Código Civil por Ley 45/2005, 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reduce el plazo de

15 a 5 años y reforma del artículo 344 Compilación del derecho civil de Cataluña por el 121-20 CCCat. por Ley 29/2002, 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, reduce el plazo de 30 a 10 años.

¹² Hay que tener en cuenta que estos autores DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ no han considerado, por el momento en que escriben, la reducción del plazo de duración del artículo 1964.2.^o del Código Civil.

¹³ Los ejemplos son múltiples. Así, como después veremos, la sentencia de 16 de julio 2020, Asuntos C 224/19 (CY v. Caixabank) y C 259/19 (LG y PK v. BBVA), el TJUE (apdo. 87), en el análisis de la duración del plazo general de prescripción de 5 años del artículo 1964.2.^o del Código Civil, considera que es tan razonable y conforme al Principio de efectividad como plazos más cortos, de tres y de dos años que tuvo que calificar en sus SSTJUE de 15 de abril de 2010, asunto Barth (C-542/08, EU: C:2010:193), apdo. 28 y de 15 de diciembre de 2011, asunto Banca Antoniana Popolare Veneta, (C-427/10, EU: C: 2011:844), apdo. 25, siempre que no sea impracticable por su titular; y últimamente, y respecto de un plazo de tres años cuyo comienzo de prescripción comienza legalmente desde que se produce el pago y por tanto, el enriquecimiento injusto, la sentencia TJUE de 22 de abril de 2021 (C-485/19 asunto Profit Credit Slovakia s.r.o), reitera, que la duración de los plazos procesales no es en sí misma incompatible con los principios de equivalencia y de efectividad (apdo. 58), que lo importante, es que se conozca por el consumidor con antelación dicha duración para que no haya pasado el plazo; entiende que es excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que conceden las Directivas 93/13 y 2008/48, de forma que infringe el principio de efectividad (apdo. 64 y 76. Declaración 1).

¹⁴ Esta redacción procede de la reforma del precepto en 2015 porque antes la dicción era: «La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los quince».

¹⁵ Nos recuerda ZIMMERMANN, (2008, 145), que el instituto de la prescripción (Cap. 14) se sitúa en la III Parte de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL); parte que no hace honor al título: por una parte, porque acoge en su mayor parte verdaderas normas jurídicas y no Principios; y por otra parte, porque no se restringe a los contratos, sino que se extiende a las obligaciones.

¹⁶ En el ámbito internacional hay que tener en cuenta los Principios Unidroit o Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC), muy parecidos en cuanto a la regulación de la «prescripción» (en el Cap. 10), ya que este instrumento acoge verdaderas normas jurídicas y no principios con la diferencia de que su ámbito de aplicación son exclusivamente los contratos.

¹⁷ *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL) y en el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) cuando establecen que el plazo general de 3 años (arts. 14:201 y III-7:201, respectivamente).

¹⁸ Article 14:203: Commencement. (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim.

¹⁹ Article III-7:203: Inicio, (1) El plazo general de prescripción se inicia desde el momento en el que el deudor tiene que efectuar el cumplimiento o, en el caso del derecho de indemnización por daños, desde el momento del acto del cual surge el derecho.

²⁰ *Vid.* por todos DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1991-2, 2167).

²¹ La doctrina clásica se movía en la *actio nata* o criterio objetivo del inicio del plazo de prescripción del que parte el Código civil en el artículo 1969. Pero como luego se aclarará en el cuerpo de este artículo, el Tribunal Supremo acepta por razones de equidad, una aparentemente una imposibilidad subjetiva que impide el comienzo de la prescripción, como apunta ALBALADEJO GARCÍA, (2004, 44.45, 48 y 49).

²² «1. El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse».

²³ ZIMMERMANN, (2008, 147) y ZIMMERMANN, (2002, 96).

²⁴ ZIMMERMANN, (2008, 147 y 149) y ZIMMERMANN, (2002, 96). Por un lado, critica a la Comisión encargada de la reforma del Derecho de Obligaciones del BGB de haberse anclado en el pasado y perpetuar el régimen contenido en el BGB, (el conocimiento en lugar del descubrimiento aplicado a las reclamaciones delictivas), considerando inaceptable que tal Comisión reintrodujera un plazo corto general de prescripción cuyo inicio no dependía del conocimiento o de la posibilidad de conocer; pero por otro lado, no considera que el criterio subjetivo nacido de las discusiones del grupo de trabajo que se constituyó tras el Simposio de Ratisbona, sea del todo positivo o aceptable; toda vez que reconoce que el propio sistema subjetivo tiene el inconveniente de producir más incertidumbre, siendo más fácil establecer un *dies a quo* a partir de una fecha objetiva. Por eso, concluye que para paliar dicho inconveniente este sistema subjetivo debe ir acompañado de una regulación lo más consistente posible (nota a pie de p. 57, 149 y 150).

²⁵ En este punto coinciden DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 12-13).

²⁶ ZIMMERMANN, (2002, 92. y en nota a pie de p. 167, 95).

²⁷ ZIMMERMANN, (2002, 94), cita a Sudáfrica como país que ha implementado desde 1984 tanto para las deudas contractuales como para las no contractuales el criterio subjetivo del comienzo del plazo de prescripción.

²⁸ Epígrafe 3.3.

²⁹ ECLI:ES:APLU:2019:295.

³⁰ ECLI:ES:APLO:2018:114.

³¹ Ya sostenía el mismo *dies a quo* en su sentencia de 23 de enero de 2019.

³² Pone ZIMMERMANN, (2002, 89-90 y nota a pie de p. 130), al Código Suizo de ejemplo de sencillez a la hora de establecer el sistema de prescripción; y señala que el plazo previsto para las acciones sobre enriquecimiento injusto (art. 67 OR), es de un año y ha sido muy criticado.

³³ Recuérdese que la AP Barcelona, aplica el artículo 121-3 CCCat. (FJ SEGUNDO-24).

³⁴ En el caso de la sentencia de la 9 AP Valencia 66/2018 los pagos se realizan en el año 2000 y estaba vigente el plazo de prescripción de 15 años del artículo 1964 del Código Civil, aprecia la excepción de prescripción, puesto que la demanda no se interpone hasta el 30 de diciembre de 2016 y sobrepasa el tiempo. La 15 AP-Barcelona 20/2020 aprecia también la excepción de la prescripción alegada por el Banco (FJ SEGUNDO-25 *in fine* y 26), aunque en este caso concreto considera que el plazo que se ha de tener en cuenta es el del artículo 121-20 CCCat (FJ SEGUNDO-20-23), de 10 años, el cual se sobrepasa porque la demanda se interpone el 2 de noviembre 2017 y el pago se realiza el 29 de junio de 1999; por tanto, han pasado 18 años.

³⁵ *Vid.* las AAP 15 y 9 de Barcelona y Valencia sus SS 923/2018, de 12 diciembre y 234/2018, de 1 febrero 2018, respectivamente.

³⁶ En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda porque respecto de estos gastos no se estiman los de impuestos y gestoría y si los de notaría, registro y tasación o valoración del inmueble. Por eso tanto IBERCAJA como los prestatarios apelan.

³⁷ ECLI:ES:APLU:2019:295.

³⁸ ECLI:ES: APOU:2021:537.

³⁹ ECLI:ES:APGI:2021:488.

⁴⁰ ECLI:ES:APLO:2018:114.

⁴¹ ECLI:ES:APL:2021:387.

⁴² MARTÍNEZ GÓMEZ, (2021, 13), afirma que el origen de la fecha en que se publicó la Sentencia de 23 de febrero 2015, esto es, el 21 de enero de 2016, se encuentra en la nota informativa que el Ministerio de Consumo publicó el 4 de marzo 2021 sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con los gastos derivados de las hipotecas en la que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción,

para reclamar las cantidades abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula de gastos, en dicho momento. No obstante, consideramos que cuando el Ministerio aborda la cuestión de cuándo comienza a correr el plazo para poder reclamar la devolución de gastos, (apdo. d.), hace expresa mención a que, si bien estamos ante el plazo de 5 años, según el TJUE no podría empezar a computarse hasta que la persona afectada pudiese haber tenido conocimiento razonablemente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión e incita a que se reclamen dichos gastos para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el *dies a quo*.

⁴³ Añade a esta razón una segunda que podríamos calificar de «equivalencia», esta: porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción, aunque fuera la de nulidad (no se olvide que no se ejercitaba la acción de restitución en ese caso).

⁴⁴ ROJ: SAP MU 397/2019, ECLI:ES:APMU:2019:397.

⁴⁵ *Vid. no obstante, la explicación del «realismo jurídico» de DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991, 11.*

⁴⁶ Destacamos esta STJUE de 10 de junio de 2021, punto 47, por su claridad. Se refiere el caso a un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula abusiva en el sentido de la Directiva 93/13.

⁴⁷ ANÓN CALVETE, 2021, 3 y MARTÍNEZ GÓMEZ, 2021, 29.

⁴⁸ CY v. Caixabank y LG y PK v. BBVA.

⁴⁹ Esta cuestión, cuando el TJUE agrupa las 13 cuestiones que le son sometidas por los órganos remitentes de las cuestiones prejudiciales, será la cuestión cuarta relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (apdo. 48).

⁵⁰ El caso de la STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C- 34/13 versa sobre la nulidad de un contrato de crédito al consumo que es garantizado con garantía inmobiliaria, (en concreto, sobre la casa familiar en la que reside la recurrente) y que albergaba una cláusula relativa a la ejecución extrajudicial de dicha garantía que permite al prestamista ejecutarla sin mediar control judicial (27), en base al artículo 151 J del Código civil eslovaco (28); por lo que causa dudas al Tribunal Regional de Presov que plantea al TJUE si dicha normativa se opone a las disposiciones de la Directiva 93/13, por ser abusiva o si escapa del ámbito de dicha Directiva. Aunque la normativa procesal relativa a venta de subastas voluntaria cambió en 2014, permitiendo que la persona que alegue vulneración de sus derechos a causa de la infracción de sus disposiciones puede solicitar al juez que declare la nulidad de la venta (32), el TJUE afirma que si bien es verdad que «las disposiciones de la Directiva 93/13 no contienen ninguna precisión sobre la ejecución de las garantías debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente» (83) y (68).

Es la concreción del principio de efectividad que junto con el principio de equivalencia deben condicionar las normativas procesales nacionales no armonizadas. En el concreto caso de la ejecución forzosa, la STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, afirma que «según reiterada jurisprudencia, a falta de armonización en el Derecho de la Unión de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer esas reglas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter

interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véanse en ese sentido las sentencias Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apdo. 50 y jurisprudencia citada, y Pohotovos', EU:C:2014:101, apdo. 46).

⁵¹ La calificación de la duración de los plazos como razonables o suficientes de esta sentencia es lo primero que debe de apreciar el Tribunal.

⁵² Se está refiriendo a las SSTJUE de 15 de abril de 2010 Barth (C-542/08, EU: C:2010:193), apdo. 28 y de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, (C-427/10, EU: C: 2011:844), apdo. 25.

Recordemos además que la duración de los plazos ya había sido analizada por el TJUE en la Sentencia de 10 de septiembre de 2014; en concreto, consideró que «la combinación de los plazos previstos en la Ley sobre las ventas de subasta voluntaria eslovaca, [el de 30 días para impugnar la venta en subasta contados desde la notificación de la ejecución de la garantía y el de tres meses para que la persona se oponga a las modalidades de esa venta desde la adjudicación para actuar (55)], no es comparable al plazo de 20 días que tuvo que considerar en el asunto que dio lugar a la Sentencia del Banco Español de Crédito (EU:2012:349), ni con las circunstancias del asunto resuelto por la sentencia Aziz (EU:C:2013:164, apdos. 57 a 59), en los que la acción del consumidor contra esas medidas estaba condenada a fracasar» (57). De esta forma es claro que consideraba insuficiente los 20 días.

⁵³ En concreto, la STJUE (Sala Primera) 22 de abril de 2021 señala en su apdo. 58 que ...«el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C698/18 y C699/18, EU:C:2020:537, apartado 58, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C224/19 y C259/19, EU:C:2020:578, apartado 84)».

⁵⁴ Por cierto, el concepto de «persona consumidora media» ex. artículo 111-2 b) Ley 22/2010, de 20 de julio. del Código de consumo de Cataluña la define como «persona consumidora que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos». El nuevo concepto de consumidor que baraja el TRLDCU 2007 se debe a la Ley 4/2022, de 25 de febrero de 2022, la cual vuelve a modificar el artículo 3. TRLGDCU. *Vid.* también sobre el concepto de consumidor las SAP Pontevedra 31/2018, 18 de enero de 2018, SAP Jaén 333/2018, 4 de abril de 2018, SAP Jaén 565/2018, 30 de mayo de 2018, SAP Pontevedra 486/2016, 20 de octubre de 2016, y STS 594/2017, 7 de noviembre de 2017; últimamente la STS 479/2022, de 14 de junio de 2022 vuelve a abordar (ya lo hizo en las SSTS de 224/2017, de 5 de abril, y 26/2022, de 18 de enero), el concepto de consumidor en contratos de doble finalidad o finalidad mixta (privada y pública), pues no está contemplado en el TRLGDCU aunque puede deducirse del CDO.17 de la Directiva 2011/83/CE, de 25 de octubre de 2011; conforme a dicho considerando, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Criterio que había sido ya utilizado por la Comisión Europea en su Libro verde sobre revisión del acervo en materia de consumo de 15 de marzo de 2017 y que también se refleja en los artículos 1:201 PMCR y I-1:105.

⁵⁵ En realidad, los plazos que se ventilan son dos plazos cortos en los que basa el enriquecimiento sin causa en el Derecho eslovaco (*vid. apdo. 9*): uno general u objetivo de tres años que puede ampliarse a 10 si en dicho enriquecimiento puede apreciarse dolo y que comienzan desde el día en que ocurre el enriquecimiento injusto (*ex. art. 107.2 CC*), y otro subjetivo de dos años que implica que el interesado conoce el enriquecimiento sin causa y quien se ha enriquecido, de forma que el plazo comienza desde que dicho interesado tenga dicho conocimiento, (*ex. art. 107.1 CC*). Se trata de un crédito al consumo en el que se incluían dos cláusulas: una por la que la entidad prestamista había cobrado una comisión como contraprestación a la posibilidad de demorar el reembolso del crédito, de la que no hizo nunca uso el prestatario y que después de pagado el crédito, reclama por enriquecimiento injusto; y otra, por la que la TAE en la que no se precisaba el desglose del capital, los intereses y demás gastos que el prestatario debía soportar que, declarada la nulidad, también emerge la cuestión del reintegro de lo indebidamente pagado (*apdos. 18 y 19*).

⁵⁶ En esta reciente sentencia de 22 de abril de 2021 (C-485/19 Profit Credit Slovakia s.r.o., ECLI: EU: C:2021:313), vuelve a dar respuesta a una cuestión planteada, esta vez, por un Tribunal de apelación de Eslovaquia (Tribunal Regional de Prešov), relativa a los plazos de prescripción de la reclamación de la restitución de cantidades pagadas por aplicación de cláusulas abusivas.

⁵⁷ ZIMMERMANN, (2008, 147 y 149) y ZIMMERMANN, (2002, 96).

⁵⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 13).

⁵⁹ Como han apuntado DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, aunque no se conoce la suspensión en nuestro Derecho, hay jurisprudencia que ha admitido posibles supuestos de suspensión. RUIZ VADILLO, (1975, 203), señala que ese «tiempo muerto» en que consiste la prescripción (hacia un simil con el baloncesto), se aplicó por Ley de 1 de abril de 1939, a consecuencia de la Guerra Civil.

⁶⁰ La precisión del momento del conocimiento de que la cláusula de gastos es nula por abusiva, no solo debe de predicarse para el titular de la acción sino para el demandado, quien de alegar la prescripción siendo de forma notoria conocido la nulidad de la cláusula predisputa de gastos, podría dar lugar a su condena a costas por litigar con temeridad. El caso es improbable, porque precisamente para evitar la congestión de demandas que se achaca al criterio objetivo, se inicia por parte de la Audiencia Provincial de Burgos un protocolo de actuación cuyo fin es terminar con aquellos procedimientos en el que se reclaman a los bancos la devolución de los gastos e intereses de demora derivados de las hipotecas que fueron indebidamente cobrados. Dicho protocolo ha sido elaborado a iniciativa de la entidad Caixabank y tiene como base la doctrina que sienta el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de enero de 2019 y en la STJUE de julio de 2018 y propiciará acuerdos extrajudiciales.

⁶¹ CAÑIZARES LASO, (2018, 128). Además, nos recuerda que ha sido de una forma clara a partir del año 2012 con la sentencia de 11 de diciembre de 2012, cuando la jurisprudencia admite el criterio del conocimiento para el inicio del cómputo del plazo de prescripción ligado a una diligencia exigible y que solo puntualmente (señala a este respecto la sentencia de 25 de enero de 1962), se mantenía la llamada «teoría de la realización» que significa que puede ser realizado el derecho que con ella se actúa (págs. 110 y sigs.). Para la autora de *lege ferenda* debería en una futura reforma unificarse los plazos, establecer el criterio subjetivo para activar el cómputo del plazo que parece que para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno conlleva su acortamiento (2018, 122 y 123 junto con el epígrafe 3.5).

⁶² 1991, 11.

⁶³ En Derecho hipotecario la antesala de la mayoría de las modificaciones legislativas está en las decisiones del TJUE tomadas a partir de las cuestiones prejudiciales planteadas.

⁶⁴ *Vid.* últimamente, el interesantísimo trabajo de RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, pp. 483-514.

⁶⁵ 2017, 494.

⁶⁶ ECLI:EU:C:2003:513.

⁶⁷ ECLI:EU:C:2018:643.

⁶⁸ Se acumula el Asunto mencionado que es un contrato de préstamo hipotecario al Asunto C-96/16, Sr. Demba y la Sra. Godoy Bonet v. Banco de Santander, relativo a un préstamo de consumo con cláusula de interés de demora de un interés de demora del 23,70% (apdo. 22).

⁶⁹ El apdo. 63 de STJUE de 14 de marzo (Asunto Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt., C-118/17 o Asunto Dunai), ECLI:EU:C:2019:207, sobre un contrato de préstamo denominado en divisas, donde se interpreta el sistema nacional de interpretación uniforme del Derecho.

⁷⁰ Apdos. 68 de la STJUE 7 de agosto de 2018, Sala Quinta (Asunto Banco de Santander y Escobedo Cortés, C-96/16 y C-94/17).

⁷¹ Roj STS 1761/2019- ECLI:ES:TS :2019:2761.

⁷² 2017, 94.

⁷³ 2017, punto 12, 9 y 3.

⁷⁴ 2021, 29.

⁷⁵ MARTÍNEZ GÓMEZ, (2021, 13), afirma que el origen de la fecha en que se publicó la Sentencia de 23 de febrero de 2015, esto es, el 21 de enero de 2016, se encuentra en la nota informativa que el Ministerio de Consumo publicó el 4 de marzo 2021 sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con los gastos derivados de las hipotecas en la que fija el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, para reclamar las cantidades abonadas por el consumidor en virtud de la cláusula de gastos, en dicho momento.

No obstante, consideramos que cuando el Ministerio aborda la cuestión de cuándo comienza a correr el plazo para poder reclamar la devolución de gastos, (apdo. d.), hace expresa mención a que, si bien estamos ante el plazo de 5 años, según el TJUE no podría empezar a computarse hasta que la persona afectada pudiese haber tenido conocimiento razonablemente del carácter abusivo de la cláusula en cuestión e incita a que se reclamen dichos gastos para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el *dies a quo*.

⁷⁶ 2021, 43.

⁷⁷ 2020, IV.1.apdo. D).

⁷⁸ 2021, 43.

⁷⁹ 2020, apdo. D).

⁸⁰ Este autor, 2021, Epígrafe 4, dice: «en materia de tarjetas *revolving* me [se]permite[e] dissentir, por cuanto la publicidad que se dio, no a las sentencias europeas que pudiesen ser de conocimiento más opaco por el público en general, sino a las del Tribunal Supremo que fueron decisivas en la materia nos facilita un panorama bien distinto y muy favorable a contemplar la prescripción desde aquel momento. Cualquier consumidor concernido bien pudo advertir la circunstancia y sus repercusiones jurídicas. Ello se avala por la generosa publicidad y noticia que se dio a su anuncio, incluso en los medios de prensa más generalistas y de amplia difusión, a la que se suma la propaganda oportunista de ciertos bufetes de abogados duchos en estas lides, cuyo conocimiento parece insoslayable».

⁸¹ SAP Lugo, 283/2019, de 2 de mayo (ECLI:ES:APLU:2019:295).

⁸² Dice en su FD SEGUNDO, punto 30: «No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido».

⁸³ ECLI:ES:APP:2019:531.

⁸⁴ ECLI:ES:APGI:2021:488.

⁸⁵ ECLI:ES: APOU:2021:537.

⁸⁶ Para la SAP PALENCIA cuyo ponente es el magistrado Juan M. Carreras Maña, 393/2019 de 15 de noviembre de 2019, y también para la señalada AP-OU, esta sentencia de la AP-Lugo, conforma una tercera línea de actuación sobre el *dies a quo* considerando como primera aquellas resoluciones que establecen la fecha del pago de las facturas y la segunda las que vinculan el plazo con la STS de 23 de diciembre de 2015, Boletín Jurisprudencia Palentina, Tomo 1 - febrero de 2020, Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Palencia; la SAP OU 537/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:537 cita (FD SEGUNDO, 3.^º pár.), en esta línea a la AP de Cáceres, Sección 1^a, con su sentencia de 22 de diciembre de 2017.

⁸⁷ ECLI:ES:APLU:2021:118.

⁸⁸ 2020, p. 69.

⁸⁹ Es verdad que el TS, en su famosa sentencia de 9 de mayo de 2013, FD DECI-MOCTAVO (aptos. 295-207), condena solo a dar publicidad al fallo de la sentencia en la forma indicada por el Juzgado de Primera Instancia (FD TERCERO), porque no considera que tenga una «utilidad real» publicarlo en el Boletín Oficial del Registro mercantil y tampoco considera pertinente que se publiquen las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su «litudín intrínseca».

Sin embargo, hay que atender a estos dos extremos:

Primero, que el Tribunal Supremo no se está moviendo en el mismo plano que nosotros en este artículo que trata de una acción individual de restitución de gastos hipotecarios accesorios; la sentencia de 9 de mayo de 2013 atendía a una acción colectiva de cesación de las cláusulas suelo instada por Ausbanc Consumo frente a tres entidades bancarias, a la que no se le agrega una acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas. No obstante, el alcance de este tipo de acción colectiva a la que se le adhiere una petición de restitución de cantidades indebidamente pagadas por la existencia de una cláusula referida también a la variabilidad del tipo de interés por abajo, está recientemente esperando una interpretación por parte el TJUE por el auto de 29 de julio de 2022, que ha sido elevado por el Pleno de la Sala de lo Civil del TS; el objeto del litigio es el alcance de esta acción de cesación-restitución que presenta por ADICAE contra prácticamente todas las entidades financieras de España que durante un largo periodo de tiempo utilizaron dicha cláusula suelo no importando los sucesivos cambios legislativos que respecto a su fórmula y sin posibilidad de contrastar la información precontractual ofrecida en cada caso por los consumidores (FD SECTO-10); y

Segundo, lo que queremos que se publicite es no solo que la cláusula de gastos sea abusiva por los dos tipos de criterios que le da el Tribunal Supremo (tanto de transparencia como de abusividad), sino que cuando sea declarada abusiva se le aplique, de momento, el plazo de prescripción de 5 años (aunque nos parece deseable la armonización futura con CCCat y con los PECL/DCFR, el plazo de 3 años) y que se empiece el plazo de prescripción desde la publicación pues es acorde con el espíritu o interpretación de la Directiva 93/13 por el TJUE.

⁹⁰ Somos conscientes y felicitamos al BOE por su iniciativa desde 2013 de publicar en la cabecera de cada norma la jurisprudencia de interés que la modifica o interpreta. Se ayuda para ello del CENDOJ, pero no es lo mismo que si se adoptara una sección específica para la publicación de sentencias de especial relevancia como así lo hace para las del Tribunal Constitucional.

⁹¹ «*1. El termini de prescripció s'inicia quan, nascuda i exercible la pretensió, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir.*

⁹² Con independencia de que en el caso que nos ocupa en estas páginas consideremos que es preferible como *dies a quo* la fecha de las sentencias del TS, estaríamos de acuerdo con CANIZARES LASO, RDC, 2018, pp. 102 y sigs., en que es necesario uniformar plazos.

⁹³ Compartimos la opinión de ELSA SABATER, (2016, 157-207), acerca de la necesidad de acercamiento que no destrucción de los Derechos Forales y el Derecho Común y a su postura que es la que sostiene VAQUER ALOY en 2008, de la conveniencia de avanzar hacia posturas colaboracionistas entre el Estado y las CCAA (que encontraría apoyo en la oportunidad de elaborar leyes de transferencia y delegación del artículo 150.2 CE), en las que, comenzando por la necesidad de que el Estado clarifique qué se entiende por «Bases de las obligaciones contractuales» ex. artículo 149.1. 8.º CE, se siguiera por la elaboración de un proyecto básico de Libro de Obligaciones y Contratos en el que participaran grupos de expertos tanto del Gobierno o Parlamento Central como de las CCAA (185). La autora hace un análisis de la cuestión del estado de desarrollo o evolución futura de los Derechos forales en materia de Derecho de obligaciones y contratos en general para luego pasar al Fuero Nuevo (178). Téngase en cuenta que su reflexión es anterior a la aprobación de la Ley 21/2019, por la que se modifica el enriquecimiento injusto.

⁹⁴ Podría incluirse también en el artículo 262-4.1f) o q) del Código de Consumo de Cataluña intitulado «Información previa al contrato de crédito o préstamo hipotecario».

⁹⁵ Los honorarios de gestoría, al contrato que los aranceles de notaría y registro son voluntarios y no tienen una normativa específica. Por ello, los de gestoría se distribuyen por mitad en la resolución porque interesan a ambas partes. Por su parte, la normativa correspondiente a los aranceles registrales a diferencia de la normativa relativa a los aranceles notariales que en general habla de «interesados» y no especifica si la redacción de la matriz es interesado el prestatario o el prestamista, indica que puede pedir la inscripción del título en el Registro quien tenga interés en asegurar el derecho que se va a inscribir [art. 6.c) LH], de forma que permite al Tribunal Supremo decidir que quien realmente tiene interés en registral la hipoteca es el prestamista, por lo que debe correr con dicho gasto.

⁹⁶ i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.

ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

⁹⁷ Article 14:203: Commencement. (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim.

(Trabajo recibido el 5 de octubre de 2022 y aceptado para su publicación el 19 de diciembre de 2022)