

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» (Primera 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» (First 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 cláu-

sula 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 objetivización 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 de la 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 to consider as *dies a quo* of the action for repayment, the date of January 23, 2019, which is that of the «*uniform judgments 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 of the Barcelona AP 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. Declaratory 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:** I. PRESUPUESTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACTO NULO: LA INDEPENDENCIA DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTITUCIÓN.—II. BASES PARA SOSTENER LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN: 1. ¿UNA ACCIÓN ES PRESCRIPTIBLE CUANDO LO DICE EL CÓDIGO CIVIL PORQUE ES LA REGLA GENERAL PARA TODO TIPO DE DERECHOS Y ACCIONES?: LA PRESCRIPCIÓN DEBE SER INTERPRETADA RESTRICATIVAMENTE. 2. EL FUNDAMENTO DEL PROPIO INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN Y EL FUNDAMENTO PROPIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REMOCIÓN: A) *...frente a la apreciación de oficio de los efectos restitutorios en el actual contexto de cláusulas abusivas: el ejercicio extemporáneo de la facultad de exigir y el abuso de la oponibilidad de la prescripción.* B) *...frente al escaso interés del consumidor de entablar acción de nulidad sin posibilidad de alcanzar efectos restitutorios.* C) *...frente a que la acción de declaración de nulidad retrotrae los efectos del acto nulo al momento del acuerdo.* 3. EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD PARCIAL: LA CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO SI NO SE OPONE EL RECEPTOR DE LA CLÁUSULA NULA POR ABUSIVA. 4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO O EL PAGO DE LO INDEBIDO FRENTE AL OBSTÁCULO DE LA RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES DEL ARTÍCULO 1303 DEL CÓDIGO CIVIL QUE LO HACE INAPLICABLE A LA REMOCIÓN DE LOS GASTOS PAGADOS A TERCEROS. LA ACCIÓN SUBSIDIARIA. 5. PRESERVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA, DE SEGURIDAD Y DE EFICACIA.—III. CONCLUSIONES.—JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación es doble.

Por una parte, analizar si en el nuevo contexto de sobreprotección que brinda la Directiva 93/13 al usuario o consumidor de cláusulas abusivas de los gastos hipotecarios en contratos de crédito estándar, es técnicamente correcto seguir hablando de prescripción de la acción de restitución o remoción de los gastos o no. La razón es que a pesar de que en este contexto parece reinar últimamente la opinión de que la acción de restitución es prescriptible a diferencia de la acción de nulidad de la que deriva y haga

parecer inútil esta cuestión, la misma se encuentra implícita en el auto que eleva para la clarificación del mejor *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de remoción, nuestro Tribunal Supremo al TJUE en 2020, ya que menciona entre los posibles comienzos de prescripción, la sentencia que declare la nulidad de la cláusula. Por lo que conviene no solo repasar las bases que sostienen la doctrina de la independencia de las acciones de declaración de nulidad y de restitución de forma que no haya duda de que una acción como la que se analiza y en el contexto en que se encuadra es prescriptible, sino el mejor encaje en nuestro ordenamiento jurídico de la reclamación de los gastos hipotecarios indebidamente pagados a terceros que no a la prestamista, por inexistencia del sinalagma propio del que parte cualquier restitución. Estos temas, serán tratados utilizando principalmente argumentos de la doctrina clásica pues, tras la investigación, es la que da las claves técnicas que propicia no solo la cuadratura del círculo que supone lograr el equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y de efectividad que exige el TJUE al hablar de plazo «razonable» de prescripción, sino el argumento de la suficiencia de apreciar la falta de «causa *retinendi*» del desplazamiento patrimonial del enriquecimiento injusto.

Así, respecto al necesario equilibrio entre principios, por una parte, habrá que coonestar que exista orden público del tráfico jurídico-económico limitando el recurso *in eternum* con un plazo, a través de la aplicación de la «doctrina alemana del abuso de la oponibilidad de la prescripción» a quien sabe que la cláusula de gastos es nula; y, por otra, se podrá aceptar el menor grado de injusticia que siempre implica perder la restitución de los gastos por la alegación de la prescripción, con la verificación de que el plazo de prescripción es razonable y, por tanto, no hizo difícil reclamar al prestatario por su falta de conocimiento a tiempo, esto es, era «notoria» la facultad de exigir lo indebidamente pagado y excediéndose del plazo emergería una «reclamación extemporánea» que es el verdadero fundamento jurídico de la prescripción. Por su parte, la aceptación de la falta de «causa *retinendi*» en el «enriquecimiento injusto negativo» es la clave que nos va a proporcionar la vía para reclamar a la prestamista por lo que nunca percibió pero que, por su causa, (la predisposición de una cláusula de atribución de gastos abusiva), detrajo del patrimonio del usuario del préstamo hipotecario.

Se abordan en la primera parte de este artículo.

Por otra parte, sentado que con estas bases es imposible que se discuta la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios abusivos, en la segunda parte de esta investigación (que se publica como segunda parte en el siguiente número de esta revista por exigencias editoriales), abordamos el mejor plazo de prescripción; y, de nuevo, encontramos fundamentalmente en la doctrina clásica las claves para realizar nuestra opción: la objetivación o abstracción del «criterio subjetivo» del *dies a quo* de la prescripción, esto

es, una matización del conocimiento razonable por el titular de la acción de las bases de su derecho, necesaria pues evitará la incertidumbre que provoca demostrar y aceptar de forma individual el conocimiento del hecho que genera el derecho y permite, aceptar en este contexto de cláusulas predispuestas devenidas abusivas, la propuesta rechazada del «realismo jurídico» que sitúa en paralelo dentro del sistema de fuentes, la jurisprudencia y la norma jurídica, haciendo posible, saltar la objeción del *dies a quo* de la falta de obligatoriedad del conocimiento por el usuario de cualquiera de las fechas de alguna de las sentencias, aunque sean notorias.

## I. PRESUPUESTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS EFECTOS DE UN ACTO NULO: LA INDEPENDENCIA DE LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTITUCIÓN

Tomar una primera postura respecto a si son independientes la acción declarativa de nulidad de una cláusula omnicomprendiva de gastos de un préstamo y la acción de restitución de lo indebidamente pagado según esa declaración, es imprescindible porque, como expresan los magistrados discrepantes del voto particular concurrente de la sentencia 929/2019, 11 de septiembre de la sección 28 Refuerzo de la Audiencia Provincial de Madrid, constituida en sala de discordia (en lo sucesivo, 28R AP-Madrid 929/2019 o Sala de discordia), si se concluye que son una única acción, huelga el debate de la prescriptibilidad o no de la acción restitutoria o de remoción<sup>1</sup>.

Es verdad, tienen razón dichos magistrados en cuestionarlo porque, pese a lo que pudiera parecer por los autos recientes del Tribunal Supremo y de la AP Barcelona (auto de Pleno Tribunal Supremo de 22 de julio de 2021<sup>2</sup> y auto Secc. 15 de la AP-Barcelona resolución de 9 de diciembre de 2021<sup>3</sup>), planteados al TJUE básicamente para que se pronuncie sobre el *dies a quo* adecuado a la Directiva 93/13, del plazo de prescripción de la acción de restitución, la independencia de la acción de nulidad y la de restitución de un acto declarado nulo no es, pese a que se suele dar por sentado que no es así (MARÍN LÓPEZ, 2021, 14) ni ha sido una cuestión pacífica ni entre nuestra jurisprudencia<sup>4</sup> ni entre nuestra doctrina<sup>5</sup>.

Con todo, veremos que con base en el distinto fundamento de una y otra acción: el de la primera, obtener la declaración de nulidad de una aparente situación jurídica válida dada la apariencia de validez del acuerdo de voluntades y el de la segunda, obtener la restitución de la pretensión derivada de dicha declaración de nulidad, podríamos sostener sólidamente que son dos acciones independientes de forma que pueda considerarse a la acción de restitución prescriptible.

ALBALADEJO GARCÍA, quien pese a contar entre nuestra mejor doctrina, no es recordado en las numerosas páginas de nuestras resoluciones que han reflexionado y resuelto sobre este tema, expresa de una forma aparentemente simple hablando del ámbito de la prescripción, que la acción de restitución puede extinguirse por prescripción porque lo que pedimos a través de ella es que se nos devuelva lo que dimos como consecuencia de un acto nulo y no que se declare sin más la nulidad de acto, ya que esto corresponde a la acción de declaración de nulidad.

Dice: «... con las acciones meramente declarativas no se pretende ejercitar un derecho (a invalidar, a suprimir efectos) que pudieran extinguirse por el paso del tiempo sino poner de relieve que el acto es inválido desde antes y que los efectos realmente no existen».

Por lo que concluye:

«...aparte de que no se extinga por prescripción por el paso del tiempo la acción para pedir la declaración de nulidad de un negocio, lo que sí se extingue por prescripción por el transcurso del plazo que corresponda... es la acción para pedir la restitución de lo que se hubiese dado por el negocio nulo. Ello porque una cosa es pedir que se declare su nulidad y otra pedir que se nos devuelva lo que dimos» (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 25-26).

En el mismo sentido y con igual punto de partida, esto es, que la imprescriptibilidad de las acciones meramente declarativas se justifica porque «tienden solo a la fijación de una situación jurídica», DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007, 125) entiende que la prescripción defiende al demandado de las acciones que pretenden una condena o perjuicio; así, considera lógico que la prescripción pueda influir en la suerte de los derechos o facultades en orden a obtener restituciones por ineficacias como la inexistencia, la nulidad y la simulación en los contratos, ya que no son sino meramente declarativas.

En definitiva, estos autores presentan una de las claves que permite considerar a la acción de restitución lo suficientemente independiente como para poder ser prescriptible, aunque derive de la nulidad del acto al que se refieran esos efectos restitutorios: la protección del deudor frente a la potencial condena a la que llevaría inevitablemente la acción de restitución. Pero como veremos, esa protección no es *ad infinitum*, tiene un sentido distinto de no liberalizar por liberalizar al deudor de su deuda, dependerá no solo del propio diseño de la institución (que permite la interrupción y cuenta atrás), sino del interés de las partes y de su ejercicio intempestivo, que son las demás claves a considerar para poder cerrar la cuadratura del círculo que supone en principio, los efectos *ex nunc* de una declaración de nulidad y los *ex tunc* de una acción de remoción de los efectos restitutorios que deriva de ella.

Por lo que antecede, se puede afirmar que la acción declarativa de nulidad no es necesaria en cuanto que la situación va a seguir siendo nula con o sin declaración ya que el acto nulo de pleno derecho no se convalida por mucho tiempo que pase. En cambio, la acción de restitución o remoción derivada de dicha declaración de nulidad del acto sí necesita ser apreciada por un tribunal, ya que el pronunciamiento judicial en cuanto que es una acción de condena deberá acomodarse a las circunstancias del caso de forma que esta acción se basa en el cumplimiento de los efectos (FJ SEGUNDO-11, sentencia de la Secc. 15 AP Barcelona 20/2020, de 8 de enero de 2020); es decir, la acción de remoción no es automática pues debe ser acorde a las normas sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (FJ SEGUNDO-16).

Siendo pues los fundamentos de dichas acciones distintos, pero derivando la acción de restitución de las resultas de la acción de nulidad, ¿es posible sostener su independencia hasta el punto de que la acción de restitución no esté sometida a la imprescriptibilidad propia de la acción de nulidad radical?

Parece que sí.

A pesar de que la «facultad de exigir»<sup>6</sup> la restitución de las prestaciones de la relación jurídica nazca una vez se declare la nulidad del acto, esto es, sea su consecuencia, no se quiere por la mayoría de la doctrina que la acción de restitución siga la imprescriptibilidad de la acción de nulidad madre, la cual es acorde y responde al régimen de ineficacia máxima al que queda sometido el acto radicalmente nulo por contravenir el orden público, la ley o la moral o por carecer de algunos de los requisitos esenciales del artículo 1261 del Código Civil: no es convalidable y se considera que no produce consecuencias jurídicas desde el inicio, siguiendo fielmente a la máxima «*quod nullum est, nulum effectum produit*». De hecho, ya anunciaba DE LOS MOZOS (1960, 502) en los sesenta, a propósito de su comentario acerca de la «inexistencia del negocio jurídico»<sup>7</sup>, categoría de ineficacia que acercaba hasta confundirla con la nulidad radical, que la doctrina moderna de aquella época admitía que el negocio jurídico nulo pudiera en determinados casos producir efectos jurídicos.

Por lo tanto, podemos decir que el fundamento propio de la acción de restitución frena la característica de la acción madre de la que deriva: la imprescriptibilidad de sus efectos, aunque la restitución de lo indebidamente pagado sea una consecuencia del acto declarado nulo. Como se verá, para la mayor parte de nuestra doctrina, la restitución de los gastos indebidamente pagados en un contrato de préstamo «estándar» como efecto general *ex* artículo 1303 del Código Civil, al no tener previsto ningún plazo específico, está sometida al plazo general de prescripción de las acciones personales (*ex* 1964 CC<sup>8</sup>); plazo quinquenal<sup>9</sup>, tras ser acortado en diez años en 2015 con el fin de obtener un equilibrio entre los intereses del acreedor en la

conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo, que por mor del artículo 1939 del Código Civil, se aplicará a las acciones personales nacidas antes de su entrada en vigor (preámbulo VI y disposición transitoria quinta<sup>10</sup>). No obstante, aún existen voces autorizadas que estando a favor de la independencia de las acciones de nulidad y de restitución, sin embargo, consideran que no puede actuar el instituto de la prescripción y que aun participando de la prescriptibilidad de la acción de restitución discrepan en el *dies a quo* del plazo.

En efecto, antes de los grandes pronunciamientos del TJUE de 16 de julio de 2020<sup>11</sup> y de 22 de abril de 2021<sup>12</sup>, la cuestión de la prescripción o no del efecto restitutorio derivado de una declaración de nulidad de una cláusula nula había sido tratada con evidente intención de llevarla a reflexión general y evitar esfuerzos jurisdiccionales adicionales, por la sección 28 Refuerzo de la Audiencia Provincial de Madrid, constituida en sala de discordia (en lo sucesivo, 28R AP-Madrid 929/2019 o Sala de discordia), la cual da lugar al pronunciamiento de la sentencia 929/2019, 11 de septiembre, (ECLI:ES:APM:2019:16041), esto es, después que elevara al TJUE el JPI Palma de Mallorca su auto 47/2019, de 12 de marzo.

En el caso de la 28R AP-Madrid 929/2019, la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante (entre los que se incluían los aranceles notariales, registrales y los gastos de gestoría), que había sido declarada nula por el JPI núm. 68 de Madrid, fue recurrida por IBERCAJA BANCO, SA, volviendo a invocar la excepción de prescripción de la acción entablada.

La ocasión de plantear a nivel de Sala de discordia la prescripción o no de la acción de restitución de los gastos hipotecarios era propicia no solo por la división de opiniones que en su propia Sala existía y así se evidenció<sup>13</sup> sino las diferentes soluciones constatables de las distintas Audiencias que presentaban un panorama poco seguro y alentador para zanjar la doble cuestión de si es prescriptible la acción de restitución y desde cuándo contar su plazo<sup>14</sup>. Sin embargo, la decisión de la Sala de discordia a favor de distinguir ambas acciones y afirmar la prescriptibilidad de la acción de restitución pese a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la que deriva, evidentemente no paró ni la elevación al TJUE de las cuestiones prejudiciales planteadas 3 meses más tarde por el Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de Badajoz (auto 26 diciembre 2019<sup>15</sup>), ni 4 meses más tarde por la Secc. 9.<sup>a</sup> AP Alicante (auto de 22 de enero de 2020<sup>16</sup>), ni pronunciamientos posteriores divergentes como el de las AAPP de Zamora, León, Gerona, Soria y Albacete<sup>17</sup>; por lo que con ocasión de la sentencia de la Secc. 15.<sup>a</sup> AP Barcelona 20/2020, de 8 de enero<sup>18</sup> (en adelante, 15 AP-Barcelona 20/2020), el 22 de julio de 2021<sup>19</sup>, el Pleno del Tribunal Supremo (Sala Primera), decidió cerrar esta

duda surgida entre sus filas planteando cuestión prejudicial ante el TJUE, eso sí, únicamente sobre dos de los cuatro posibles comienzos del plazo de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor como consecuencia de una cláusula nula sobre gastos hipotecarios<sup>20</sup>. En consecuencia, el Tribunal Supremo (FD CUARTO-8), parte no solo de que la acción de restitución es prescriptible como así lo cree también la 15 AP-Barcelona, y, por ello, diferenciable de la acción de nulidad, sino de que solo quedan dos opciones de comienzo de plazo de prescripción sobre las que plantear su armonía o su oponibilidad al Derecho de la Unión al TJUE<sup>21</sup>: el día de la sentencia que declara la nulidad absoluta o la fecha bien de las SSTs de 23 de enero de 2019 que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios bien de las SSTJUE de 9 y 16 de julio de 2020 que declararon la posibilidad del plazo de prescripción para la acción de restitución (FD CUARTO-3).

Partiendo pues de la intención de la que parte el Tribunal Supremo, esto es, aplacar de una vez por todas la duda de la prescriptibilidad de la acción de remoción porque hay doctrina jurisprudencial para afirmar la separación de las acciones de nulidad y la de reembolso, restitución o remoción, consideramos oportuno tras esta primera toma de posición plantear la cuestión previa de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción de restitución y el respeto a los principios europeos de equivalencia y efectividad, para pasar luego, en la segunda parte de este artículo, al análisis del plazo de prescripción y el mejor *dies a quo* de la acción de restitución, que es lo que en verdad cuestiona el auto, al TJUE y últimamente la Secc. 15 de la AP-Barcelona en su resolución de 9 de diciembre 2021<sup>22</sup> al pedir a Luxemburgo que se analice también como *dies a quo* del plazo de 10 años que prevé el artículo 121.20 CCCat. para el ejercicio de la acción de restitución, el momento del pago de la última factura de los gastos de formalización del contrato contenida en una cláusula considerada abusiva (Cuestión Prejudicial 1.ª y FJ 12.).

## II. BASES PARA SOSTENER LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

Es capital a día de hoy, a pesar del planteamiento de la independencia de las acciones de nulidad del negocio jurídico y de restitución de las prestaciones del que parte el Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021, dirimir si se puede extender la imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de la cláusula de gastos a la acción de restitución derivada de ella o no; esto es, considerar que dichos efectos restitutorios pueden no estar sometidos a un plazo de prescripción extintiva cuando

la acción de declaración de nulidad de la que derivan, es imprescriptible, porque este tema ha seguido siendo objeto de discusión entre las filas de algunos órganos jurisdiccionales.

Para decantarnos por un sistema dual o unitario de tratamiento de ambas acciones, acudir al auto del Tribunal Supremo mencionado no sirve de mucho. Parece que el Alto Tribunal da por supuesto que todos entendemos que él ha distinguido «desde siempre» las dos acciones, considerando a la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato imprescriptible y a la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato nulo, prescriptible (FD CUARTO-9). Por eso no esgrime al TJUE sus argumentos. Da en cambio, imagen de seguridad al Tribunal Europeo de su doctrina; por una parte, porque, cuando le expone el Derecho nacional, reconoce que han sido pocas las veces en que se ha tenido que pronunciar sobre la distinción de la acción de nulidad del contrato que es imprescriptible y la prescripción de la acción de restitución de las cosas y el precio entregado recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo; y por otra, porque, con las únicas citas de la ya veterana STS de 27 de febrero de 1964, que nadie ha discutido, y de forma sorprendente<sup>23</sup> a nuestro modo de ver, de la STS 747/2010, de 30 de diciembre<sup>24</sup>, le afirma categóricamente que hay que distinguir ambas acciones y que a la acción de restitución se le ha aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales (FD CUARTO. 8 y 9).

No le menciona, en cambio, su propia sentencia de Pleno<sup>25</sup> 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI: ES:TS:2018:4236), más moderna y ajustada al caso de los gastos hipotecarios, que la Sala de discordia de la Sección 28 Refuerzo AP-Madrid 929/2019 utilizó para fundamentar la misma toma de posición de existencia de doctrina jurisprudencial sobre la prescriptibilidad de la acción de remoción de los efectos de la nulidad de una cláusula declarada nula por abusiva, aunque la cite para explicar que en ella la acción de restitución había sido calificada como una acción derivada de un cobro de lo indebido previsto en el artículo 1896 del Código Civil dado que estamos ante pagos que se hicieron a un tercero (notario, registrador de la propiedad o gestor), y no a la parte causante de la nulidad (prestamista predisponente de la cláusula, FD CUARTO. 11). Y tampoco hace referencia a la STS de 25 de marzo de 2013 que sirve al voto particular concurrente de la sentencia de la 28R AP-Madrid 929/2019 para apoyar la tesis de que la acción de restitución es imprescriptible como lo es la acción de nulidad de la que trae causa, que en el caso de la resolución es una acción declarativa de simulación. Para los magistrados discrepantes, la afirmación «*en ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada*

deriva de la nada «*ex nihilo nihil*», no puede plantearse, como así lo hace para negarle importancia la sentencia de la 28R AP-Madrid 929/2019, como algo particular del caso de simulación que se somete a examen sino que es extrapolable a cualquier hipótesis de nulidad absoluta o radical, siendo uno de ellos el de la nulidad de pleno de las cláusulas abusivas predicado en el artículo 83 TRLGDCU (Razón 2. El denominado «principio de equivalencia» Voto particular). La Sección 15 AP Barcelona en su sentencia 20/2020, de 8 de enero<sup>26</sup> (en adelante, 15 AP Barcelona 20/2020), parece alinearse a este argumento de apoyo a la imprescriptibilidad de ambas acciones al citar literalmente el pronunciamiento del Tribunal Supremo entrecomillado (FD PRIMERO. 13). Sin embargo, no es así y considera, como ahora explicaremos detenidamente, por razones de seguridad, que cuando el consumidor hubiese abonado alguna cantidad en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo (FD PRIMERO. 15).

Por nuestra parte, entendemos que el hecho de que el Tribunal Supremo cite su sentencia 747/2010 de 30 de diciembre y no cite la sentencia de 725/2018 de 19 de diciembre de 2018<sup>27</sup> no se debe a que quiera evidenciar ante el TJUE la solidez de la doctrina jurisprudencial sobre la separación de las acciones de nulidad y de restitución porque desde 2010 han pasado 12 años y no escasos 4 años desde la de 2018, ni tampoco creemos que quiera evitar la crítica de construirla con sentencias cuyo lapso de tiempo entre ellas es de más de medio siglo (54 años), porque también entre la sentencia de 27 de febrero de 1964 y la de 747/2010 de 30 de diciembre, aunque hay menos tiempo (8 años menos), es lo suficientemente significativo (46 años), para que recibiera la misma objeción.

Podemos, sin embargo, deducir que la mención al TJUE de la STS 747/2010 se debe a que dicha resolución emana de la apelación de la sentencia 35/2007 de 9 de febrero 2007<sup>28</sup> de la 28 AP de Madrid<sup>29</sup> entonces formada, entre otros, por el magistrado Rafael SARAZÁ JIMENA quien actuó de ponente, hoy magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en un supuesto que, aun no teniendo que ver con la nulidad de una cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, la AP se pudo pronunciar sobre la prescriptibilidad de una acción en la que la actora pide se declare su mejor derecho y, por tanto, le sea reconocida la titularidad dominical de la marca frente a quien resultaba titular registral de un derecho de marca nulo de pleno de derecho por no superar la expropiación que lo causó, el control impuesto por la regla de orden público; la razón es que entiende que se trata de una acción reivindicatoria que no es imprescriptible pues choca con la previsión del plazo de 5 años del artículo 2.2. Ley 33/1988, de Marcas de 10 de noviembre (FD CUARTO)<sup>30</sup>.

Encontramos un poco forzado el uso de la STS 747/2010 para la construcción de la doctrina sobre la independencia de acciones y la prescripción de la acción de restitución. Sin embargo, entendemos que el Tribunal Supremo ha podido descartar la sentencia 725/2018 para formar doctrina porque en esta resolución no se trata realmente del tema de la prescripción; todo lo más, como dice la Sala de discordia, en esta resolución late la idea de la distinción de las acciones (FD-SEGUNDO-párr. 17)<sup>31</sup>. El único motivo de casación de la sentencia 725/2018 se focaliza en el tratamiento de los intereses devengados por las cantidades que la entidad prestamista debe abonar al prestatario tras la anulación de la cláusula de gastos de un contrato de préstamo hipotecario (FD-SEGUNDO)<sup>32</sup> y, en coherencia, el fallo se pronuncia sobre ello. Lo que pasa es que, para llegar a la decisión, la sentencia debe pasar por el *excursus* del efecto restitutorio que se deriva del principio de conservación del contrato del artículo 6.1. Directiva 93/13; pues esta norma imperativa, equivalente a las normas nacionales, exige a los EEMM que materialicen dicho efecto restitutorio disponiendo que el contrato, pese a la declaración de abusiva de una de sus disposiciones, subsista sin ella y cómo para el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho anterior a la firma del contrato, es inadecuado aplicar el artículo 1303 del Código Civil pensado para tejer entre partes y no entre una parte y terceros, por lo que la resolución califica a la situación creada como asimilable bien al enriquecimiento injusto bien al pago de lo indebido.

Cualquiera que sea la razón por la que el Tribunal Supremo utiliza su sentencia 747/2010 para formar doctrina con la sentencia de 27 de febrero de 1964 sobre la independencia de las acciones de nulidad y de restitución que implica poder hablar de la prescriptibilidad de esta última, lo cierto es que arroja luz al fijar las sentencias que se han de tener en cuenta cuando se hable de doctrina jurisprudencial relativa a la cuestión que tratamos y eso ya es mucho: por una parte, porque no siempre se habían considerado las mismas sentencias por las Audiencias ni primando los mismos argumentos; y por otra, el Tribunal Supremo, al dar ahora el nombre de las sentencias sobre las que construye su doctrina, da por válidos los argumentos que maneja en ellas, y además, está confirmando los de la sentencia de 1964, únicos que fueron tenidos en cuenta por la mayoría de Audiencias que estaban a favor de la prescriptibilidad de la acción de restitución.

Finalmente, pasamos a continuación al examen de los argumentos que sostienen la posibilidad de prescripción de la acción de restitución cuando la acción de declaración de nulidad por abusiva de una cláusula es imprescriptible, sin embargo acabar con el comentario de que tanto el Tribunal Supremo<sup>33</sup> como aquellas Audiencias Provinciales (28R-Sala de discordia y 15 AP-Barcelona 20/2020, por mencionar a las que más estamos utilizando en estas páginas), que se han mostrado a favor de la independencia de las

acciones de declaración de nulidad y de remoción, citan irremediamente la doctrina de autores clásica y que hacen bien. Porque parece que para aquellos magistrados que hicieron el voto particular concurrente a la sentencia de la Sala de discordia, dicha doctrina no aporta «desarrollo argumental y dogmático» propio o genuino a la hora de separar la acción de nulidad absoluta del negocio jurídico que es imprescriptible y la acción de restitución de sus efectos considerada prescriptible, afirmando que se limitan a invocar la sentencia de 27 de febrero de 1964 que no formaba doctrina con la que ya habían descartado de 25 de marzo de 2013.

Obviando el comentario a que lo lógico es que las doctrinas, jurisprudencial y de autores, se retroalimentan, en efecto, tienen razón estos magistrados cuando en la invocación de la mejor doctrina como **DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN**, expresan falta de desarrollo argumental; pero claro, la solidez de los argumentos de los autores hay que buscarla en sus diferentes aportaciones, máximo cuando en alguna de ellas por cuestiones de brevedad, (por ejemplo, en algunos párrafos que se contienen en obras de enseñanza donde hay que ser breves y transmitir simples rudimentos del instituto objeto de explicación), no se desarrollan los argumentos efectivamente<sup>34</sup>. Pero es que son, digamos, un resumen de lo que con solidez y absoluta maestría han estudiado y expuesto anteriormente de forma que previamente han hecho una reflexión profunda con obligado estudio de la jurisprudencia que existiera en dicho momento<sup>35</sup>. De hecho, hablando del autor citado, nos estamos refiriendo fundamentalmente a su admirable artículo intitulado «En torno al concepto de prescripción», el cual fue publicado en el anuario de derecho civil<sup>36</sup> en 1963, esto es, un año antes de la sentencia de 27 de febrero de 1964, cuyo contenido comparte. Además, como veremos en lo que sigue, prácticamente los grandes maestros de esta pretendida área del Derecho han escrito sobre esta «escurridiza» institución y han aportado las grandes claves para aplicarla a la acción de remoción de la que hablamos.

Pero sigamos con los argumentos que nos hacen reflexionar sobre la prescripción en la cláusula omnicomprendiva de atribución de gastos en los contratos de préstamos:

1. ¿UNA ACCIÓN ES PRESCRIPTIBLE CUANDO LO DICE EL CÓDIGO CIVIL PORQUE ES LA REGLA GENERAL PARA TODO TIPO DE DERECHOS Y ACCIONES?: LA PRESCRIPCIÓN DEBE SER INTERPRETADA RESTRICTIVAMENTE

Nos vale con empezar citando la sentencia 66/2018, de 1 de febrero de la 9.<sup>a</sup> AP Valencia (en adelante, 9 AP Valencia 66/2018)<sup>37</sup> que, apoyándose en la STS de 27 de febrero de 1964, resume así los tres argumentos para considerar que la acción de restitución es prescriptible<sup>38</sup>: el artículo 1930.2.º

del Código Civil<sup>39</sup> se aplica a cualquier derecho y acción; cuando el Código regula los efectos de la nulidad de los contratos no declara la imprescriptibilidad de las acciones; y finalmente, entre las acciones que el artículo 1265 del Código Civil declara imprescriptibles, no se encuentra la acción de restitución (FD TERCERO-párr. 7.º)<sup>40</sup>.

Siendo que hay que partir, como apunta la 15 AP-Barcelona 20/2020, del artículo 1930.2.º del Código Civil (FD SEGUNDO-6 y 7<sup>41</sup>), que declara que cualquier derecho o acción<sup>42</sup> puede extinguirse por prescripción, quien elige primero si una acción es imprescriptible es el Código y luego, si no ha declarado su imprescriptibilidad es cuando podemos discutirla según apunta la Sala de discordia, con apoyo en la STS de 27 de febrero de 1964 y la STS 725/2018, de 19 de diciembre. Pues bien, esta discusión es la que se ha tenido a propósito de la acción de restitución o el derecho de pago de los gastos hipotecarios que se consideró abusivo, y en ella, ha sido considerada prescriptible por la mayoría de las AAPP<sup>43</sup> y el Tribunal Supremo frente a la acción declarativa de nulidad de la que trae causa.

En efecto, mientras que el Código afirma la imprescriptibilidad de las tres acciones que prevé el artículo 1965 del Código Civil (la acción de deslinde de propiedades contiguas, la acción de partición de la herencia entre coherederos y la acción de división de cosa común entre conductos), no se pronuncia acerca de que las acciones de devolución de los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe (*ex. arts. 1295 y 1306 CC, respectivamente*), sean imprescriptibles.

La 15 AP-Barcelona 20/2020, recuerda que no solo hay silencio en el Código Civil sino en la normativa especial aplicable a este tipo de cláusulas que acogen condiciones generales de contratación; es decir, que la LCGC solo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación y la acción de declaración de una cláusula como condición general del artículo 19. 1.º y 4.º, respectivamente, y no así las acciones individuales de no incorporación o de nulidad previstas en los artículos 7 y 8, respectivamente (FD SEGUNDO-9); acciones en concreto que, a juicio de la 15 AP-Barcelona, son distintas de la de remoción de los efectos ya producidos de una condición general nula por abusiva pues ya se pagaron los gastos.

Así, ante este doble silencio, del Código y de la normativa especial, ¿hay que considerar sin más que la acción de restitución es prescriptible?

Creemos que es muy acertada la cuestión<sup>44</sup> y que es mejor acercarse a la solución atendiendo tan solo a que el Código Civil no está considerando por descarte que lo que se sitúe fuera del artículo 1965 del Código Civil es imprescriptible. Por eso, nos parece importantísimo que haya habido pronunciamientos acerca de la imprescriptibilidad o no de ciertas acciones a las que se le veía la oportunidad de declararlas prescriptibles por virtud de

la regla general de la prescripción contenida en el artículo 1930 del Código Civil. En concreto, como ya apuntamos líneas arriba, se ha discutido la prescripción o no de la acción declarativa de simulación absoluta del caso de la STS de 25 de marzo de 2013, y el Alto Tribunal afirma la imprescriptibilidad de la restitución de los bienes derivada de simulación. Esta afirmación constituye la base para que los magistrados del voto particular a la sentencia de la Sala de discordia (Razón.2.-El denominado principio de equivalencia» del voto particular), sostengan la tesis de que la acción restitutoria de los pagos indebidos de los que tratamos en estas páginas es igualmente imprescriptible.

Sin embargo, para la Sala de discordia dicho pronunciamiento del Tribunal Supremo no puede ser extrapolado a este caso en el que hablamos de la nulidad de una cláusula de gastos indebidos y no de la nulidad total del negocio jurídico por efecto de la declaración de la simulación y en ello estamos de acuerdo por lo que se dirá respecto de la nulidad parcial que creemos, debe ser la que prepondere o prime en este tipo de contratos de adhesión con condiciones generales calificadas de abusivas, en orden a preservar el negocio jurídico que no se ha aparentado o simulado.

Aun con todo, no hay que olvidar como bien recuerda la 15 AP-Barcelona 20/2020, que por mucho que la prescripción pueda ser la regla general y pueda predicarse de todas las acciones o derechos, no está basada en principios de «estricta justicia», y por ello, debe ser interpretada de forma restrictiva (FJ SEGUNDO -7).

Es verdad, la prescripción se mira con recelo por los propios juristas, como decía DE LOS MOZOS, ya que, al fin y al cabo, con ella podemos estar protegiendo de forma excesiva a un deudor que no quiere cumplir y que se sirve de ella, cuando no es realmente fundamento de la prescripción liberar al deudor de su deuda (ALBALADEJO GARCÍA, 1980, 487). Pero lo cierto es que es un «mal menor» cuando se compara con el interés general que se quiere preservar al final: la doble seguridad, económica y jurídica, del tráfico.

En consecuencia, la consideración de que hay que hacer una interpretación restrictiva de la prescripción por la «intrínseca injusticia»<sup>45</sup> que hay que aceptar, no deja de ser una horquilla indeterminada que ha llevado, como a continuación tratamos, a esgrimir más argumentos en contra de la prescripción de la acción de restitución por parte de algunos órganos jurisdiccionales, propiciando que sigamos la reflexión sobre la materia de la independencia de acciones y la posibilidad de considerar a la de restitución de los efectos de la acción de nulidad, prescriptible. Argumentos todos ellos que van a ser contrargumentados con el fundamento último de la prescripción.

2. EL FUNDAMENTO DEL PROPIO INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN Y EL FUNDAMENTO PROPIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REMOCIÓN FRENTE A...

Frente a la solución a la que se llegó por el Tribunal Supremo en 1964 de que la acción de restitución es prescriptible, y con base principalmente en que no solo ha habido otros casos como en el de la acción de simulación en que los efectos restitutorios fueron declarados imprescriptibles, sino que la prescripción debe ser interpretada de forma restrictiva, se vuelve a cuestionar con estos otros tres argumentos sobre los que vale la pena reflexionar, como dice la 15 AP-Barcelona 20/2020 (FJ SEGUNDO-10):

1. Que como la restitución es un efecto directo de la nulidad es apreciable de oficio y, por tanto, está sometida a la misma imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la que deriva;
2. Que no se explica el interés que puede tener el consumidor en conseguir la nulidad de la cláusula abusiva si esta no lleva aparejada la remoción de sus efectos; y
3. Que, si la nulidad de las cláusulas abusivas se retrotrae al momento del acuerdo contractual según la STJUE de 21 diciembre de 2016, ello no es compatible con considerar que pueda haber un plazo de prescripción o de caducidad.

Por este orden los analizamos y adelantamos que la reflexión y descarte de cada uno de ellos se encuentra en el fundamento del instituto de la prescripción de la acción de remoción.

*A) ...frente a la apreciación de oficio de los efectos restitutorios en el actual contexto de cláusulas abusivas: el ejercicio extemporáneo de la «facultad de exigir» y el abuso de la oponibilidad de la prescripción*

Apreciar de oficio los efectos de la restitución derivados de una acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva por atribuir todos los gastos del negocio al prestatario, es lo que ha propiciado insistir sobre la imprescriptibilidad de la acción de restitución.

En efecto, si es apreciable de oficio la restitución de lo indebidamente pagado —sostienen los magistrados del voto particular concurrente de la sentencia de la Sala de discordia, con apoyo en numerosas SSTs<sup>46</sup>— es porque el efecto restitutorio constituye «una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual»<sup>47</sup> y así, «no es incongruente aquella sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuen-

cias que le son inherentes, consecuencias que son aplicables de oficio como efecto «*ex lege*», como sucede con el efecto restitutorio del artículo 1303 del Código Civil»; y por ello dicha «consecuencia implícita ni siquiera es necesario ejercitar[la] como pretensión para que resulte operativa»<sup>48</sup>.

De este impecable razonamiento, los magistrados avanzan un poco más y declaran que no estamos ante una acción independiente de la acción de declaración de nulidad; estamos ante una «faceta» (seguimos con la terminología de los magistrados del voto) de la acción de nulidad absoluta (Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. 1.º párr.), porque es «una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual» (Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. 3.º párr.). De esta manera, si no estamos ante dos acciones sino ante el ejercicio de la acción de nulidad absoluta en su doble faceta, declarativa y restitutoria, sería incongruente que, predicada y no discutida la imprescriptibilidad de una, se considerara prescriptible la otra.

El Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021 expresa igualmente con apoyo ahora en la sentencia 843/2011, de 23 de noviembre<sup>49</sup> (que, por cierto, había citado en su apoyo el voto particular de la sentencia de la Sala de discordia) y la sentencia 485/2012, de 18 de julio<sup>50</sup>, (no citada por dichos magistrados discrepantes de la sentencia de la Sala de discordia), que no es incongruente la sentencia que además de declarar nulo el contrato aprecia de oficio sus efectos, esto es, la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido su objeto, incluidos sus frutos y el precio con los intereses, *ex* artículo 1303 del Código Civil. Por lo tanto, que «no necesita de petición expresa de parte y debe ser acordada dicha restitución por el juez cuando declara la nulidad del contrato» (FD CUARTO-6). Pero de ese deber del juez de declarar la restitución no deduce que la acción de restitución de lo indebidamente dado deba seguir la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho. Y estamos de acuerdo.

Desde nuestro punto de vista, el que haya quienes que, como estos magistrados del voto particular concurrente, estén considerando que la apreciación de oficio de los efectos restitutorios hace acercarse la acción de restitución a la acción de nulidad de la que deriva hasta el punto de que es considerada como una faceta de ella y debe seguir su imprescriptibilidad, puede parecer lógico pero, dicho con todo respecto, discutible.

Primero, porque reconocer que hay dos facetas que se encierran en el concepto de acción de nulidad: la que busca la declaración de abusividad de la cláusula y la que pretende la restitución de los efectos propios de la declaración, nos lleva de nuevo a la cuestión de ¿para qué dividir en facetas si consideran luego que no son independientes porque la apreciación de los efectos restitutorios es de oficio?

Segundo, porque, como ya apuntábamos anteriormente con nuestra mejor doctrina (ALBALADEJO, 2004, 26), el fundamento de estas acciones no

es el mismo; pedir la restitución de lo dado por un negocio nulo no puede ser asimilado a pedir la declaración de nulidad de dicho negocio nulo, por más que se argumente que por estar ante una declaración de nulidad se haya de declarar de oficio los efectos restitutorios y que la sentencia que lo haga no es incongruente. De hecho, el *prius* para hablar de independencia de ambas acciones es que puede darse una declaración de nulidad sin que necesariamente se hagan efectivos los derechos restitutorios previstos por la ley, pero no porque hayamos decidido que están prescritos por seguridad jurídica del tráfico (cosa que vendrá después y constituye el fundamento de la prescripción), sino porque simplemente cabe que no se activen por el que entabla la acción de nulidad o porque el que sea demandado reconozca que debe aquello que se le demanda fuera de plazo (margen de operatividad de la prescripción que la aleja de otras figuras como la caducidad).

Tercero, que hay que separar como expresó con brillantez DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1963, 994), el efecto automático de la prescripción y el necesario ejercicio de la facultad de prescripción; «el cumplimiento del plazo de prescripción automáticamente no produce otro efecto jurídico que atribuir al interesado una facultad que es la facultad de prescripción»; conclusión que viene de considerar que hay que separar la producción del efecto jurídico, siempre automática, *sine voluntate* y su puesta en vigor o actuación siempre *ex voluntate*<sup>51</sup>.

En cuarto lugar, que el silogismo al modo aristotélico que emplean los magistrados y también el Tribunal Supremo es correcto solo si se formula así:

«Premisa mayor: La nulidad absoluta es apreciable de oficio.

Premisa menor: La restitución, es un efecto de la nulidad absoluta.

Conclusión: La acción de restitución, como faceta de la acción de nulidad, es apreciable de oficio».

Pero, no es correcto montar del anterior silogismo, este Segundo:

«Premisa mayor: La acción de nulidad absoluta es apreciable de oficio y por ello, imprescriptible.

Premisa menor: La restitución, es una faceta de la acción de nulidad.

Conclusión: La acción de restitución es imprescriptible».

Es cierto que podríamos entender que la situación de especial protección de los consumidores brindada por la Directiva 93/13 frente a la potestad casi absoluta de los predisponentes de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, ha podido llevar al segundo silogismo, de tal forma que cabe considerar que esta especial tutela llega a elevar la apreciación de oficio de los efectos restitutorios de la acción de nulidad en un lugar más allá

de lo técnicamente establecido y, por tanto, a descartar el instituto de la prescripción construido para brindar protección a intereses particulares. Por eso no consideramos que se pueda hacer una crítica dura a la técnica jurídica empleada por los magistrados del voto concurrente a la sentencia de la Sala de discordia. El presupuesto del que parten es impecable y por eso preguntan que si se ha considerado que no es incongruente la sentencia que aprecia de oficio los efectos restitutorios, por qué no considerar que estos no tienen fijado un plazo de prescripción.

De hecho, que la prescripción solo puede ser apreciada si se alega es el único punto de partida. En nuestra mejor doctrina, DE CASTRO Y BRAVO (1976, 149, 148 y 146), considera con apoyo en la STS de 16 de febrero de 1961, que el carácter de orden público de la prescripción, a saber, cumplir con su función de limpieza y claridad o purificación «drástica» de situaciones residuales que obstaculizan en el tráfico jurídico el buen juego de las instituciones patrimoniales, solo se refiere a la prohibición de la previa renuncia a la prescripción (*ex. art. 1935 CC*), pero no a que las autoridades deban aplicarla sin que haya sido opuesta por la parte interesada. Así también, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1963, 989 y 992) afirma que la prescripción solo es apreciable a instancia de parte, que no puede ser puesta en marcha de oficio, porque lo que se tutela con ella es el interés del sujeto pasivo, quien solo si quiere beneficiarse de la prescripción, debe alegarla, no importando si dentro o fuera de estrados. Así lo expresa el autor:

*«Piénsese, además, que, sin perjuicio del interés general, a través de la prescripción se tutela un interés individual muy concreto: el interés del sujeto pasivo. Se considera injusto y por ello inadmisibles que una persona quede expuesta a pretensiones tardías. Pues bien, si el interés directamente tutelado es este, es claro que su ejercicio tiene que corresponder únicamente a los interesados. De ello se deduce, a mi juicio, que la prescripción no puede ser nunca puesta en marcha de oficio, sino que tiene que ser provocada por quien tenga interés en ella»<sup>52</sup>.*

El contexto en que sitúa esta afirmación el autor (1963, 971), es el de la situación jurídica identificada por el propio autor con el núm. 3.º en la que Ticio, acreedor, omite reclamar la prestación debida a Cayo, deudor que no realiza ningún acto que entrañe reconocimiento del crédito. Inactividades de las partes en la relación que permite la liberación del deudor y la pérdida del crédito, modificando pues la situación jurídica de partida.

Cuando afirma que el interés protegido es el concreto del sujeto pasivo, es porque «se considera injusto e inadmisibles que una persona quede expuesta a pretensiones tardías». Aquí, es donde empezamos de verdad

a hablar de cuál es el fin último de la prescripción, el fundamento que le separa, por un lado, de la faceta de la declaración de nulidad (por eso estamos de acuerdo con los magistrados) y de los institutos de la *usucapio* y de la caducidad: el ejercicio «intempestivo» que no «extemporáneo» de la facultad de «exigir» la conducta debida que no del derecho subjetivo, en una relación sinalagmática.

Sin embargo, como puede apreciarse por el encabezado del párrafo reproducido y no precisamente para agotar todas las posibilidades, el autor remarca que la tutela al interés individual de un deudor que dispensa la prescripción es «sin perjuicio del interés general...».

A nuestro juicio, es justo lo que los magistrados no han tenido en cuenta, es decir, que la prescripción protege al sujeto pasivo de una situación porque lo que subyace es un interés general; interés general que hoy resalta y preside la normativa de las situaciones jurídicas nacidas por el uso de condiciones generales impuestas a una de las partes y que no es necesario insistir por conocido<sup>53</sup>. En dicho contexto es donde creemos se potencia la doctrina de la apreciación de oficio de los efectos restitutorios de una acción de nulidad que declare abusiva una cláusula omnicomprendiva de gastos y donde los magistrados del voto concurrente a la sentencia de la Sala de discordia ven la oportunidad de descartar la prescripción de los efectos restitutorios con el argumento de que su apreciación de oficio no casa con el interés particular del sujeto pasivo beneficiario de la prescripción.

No obstante, creemos precisamente que si bien no hay que olvidar que la activación de la prescripción depende del interés del sujeto pasivo, no es exactamente el binomio inactividad del titular del derecho y falta de reconocimiento del sujeto pasivo del mismo, lo que caracteriza el concepto de prescripción, sino que la situación interina en la que se encuentra un derecho cuando hay tiempo de reclamarlo no sea tal que sobrepase lo admisible. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1963, 987-989)<sup>54</sup> lo expresa diciendo:

*«A mi juicio la razón última de la prescripción radica en la espera a que razonablemente pueda ser sometido el deudor o sujeto pasivo. Esta espera de la pretensión tiene que poseer una duración razonable dadas las circunstancias. La sumisión a una espera indefinida o excesivamente prolongada es inadmisibles. Es una objetiva inadmisibilidad o una objetiva deslealtad del retraso, el elemento último de la prescripción y la característica esencial de la prescripción tardía o extemporánea».*

Da, a nuestro juicio, la verdadera razón de ser del instituto de la prescripción, ser un límite al ejercicio intempestivo del titular del derecho o punto de vista «estructural», lo cual ya es algo distinto a lo sostenido por

los órganos jurisdiccionales. Pero, además, con lo que él llama punto de vista «funcional» completa todos los aspectos del interés público subyacente de la prescripción, y lanza su idea de la utilidad de construir en nuestro Derecho la figura alemana del abuso de la prescripción; teoría de la formulación tardía no de la pretensión sino de la tardía oposición a la pretensión cuando se ha creado la apariencia de que la prescripción no va a ser invocada.

Recapitulando, si el fundamento de la prescripción de una facultad de exigir la restitución de los gastos indebidos, de la acción de remoción en definitiva, está en la justicia que hay en negar el ejercicio inesperado de dicha facultad, no podemos quedarnos ahí y así el autor sostiene (creemos nosotros que como formando parte de dicho fundamento de justicia), que no se pueda tampoco invocar la prescripción de una acción por aquel cuya conducta, en el sentido objetivo de la palabra, ha creado la apariencia de que no se opondría a la restitución o petición de condena de los gastos indebidamente pagados alegando la excepción de la prescripción, pues ello constituiría un abuso de derecho.

Viendo que no solo juega el aspecto estructural de la prescripción, la objetiva deslealtad del retraso en la facultad de exigir la condena es el que juega, sino el punto de vista funcional, el abuso de oponerla frente a dicha facultad, podemos afirmar que la prescripción preserva no solo el interés del sujeto pasivo, sino que lo limita cuando se pueda decir que está abusando al oponerla al titular del derecho. Este aspecto funcional creemos debe de ser considerado incluso antes que el estructural en el tema que nos trae a estas páginas y es el que salva verdaderamente la objeción de los magistrados discrepantes porque es acorde absolutamente al contexto de sobreprotección del consumidor de cláusulas abusivas que se inaugura con la Directiva 93/13.

En resumen, el encabezado de la expresión entrecomillada del Profesor DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN «sin perjuicio del interés general» significa no solo que la prescripción protege el interés del beneficiario de la prescripción (que debe, acorde con él alegarlo para que se aprecie), sino que le limita cuando, como es el caso que nos ocupa, el interés general de la norma lo reclama.

Como se ha visto, a nuestro juicio, la doctrina del abuso de la prescripción que el autor dijo entonces (1963) que era necesaria introducir en nuestro Derecho, hoy se hace más patente aunque de alguna forma se esté aplicando sin saberlo o sin expresarlo por el Tribunal Supremo y por el TJUE en las ocasiones en las que sin decirlo le parecía que la Directiva de cláusulas abusivas no se vería lesionada por normativa o construcción jurisprudencial que reclamara un plazo de prescripción de los efectos restitutorios.

La crítica a este argumento del abuso de la alegación de la prescripción podría venir de que, en efecto, no es el prestamista quien ha creado con su conducta la apariencia de que se abstendría de invocar la prescripción cuan-

do el consumidor entable la acción de restitución de gastos. Pero recuérdese que esta apariencia sí que la crea y, por supuesto, del modo más objetivo que puede imaginarse, el conjunto de sentencias que pueden invocarse por los particulares en pro de su pretensión, hasta el punto de que, por cierto, en base a ella, se exige su conocimiento al prestatario por aquellos que apoyan como *dies a quo* el de las fechas de dichas resoluciones. Entendemos por ello y en orden a equilibrar dicha exigencia, a una prestamista de los préstamos que caen en el seno de la Directiva 93/13, no se le debería admitir la alegación de desconocimiento de las fechas de dichas sentencias para defenderse del abuso de alegación de prescripción de la acción de restitución ni que emplee de forma abusiva la alegación de la prescripción.

Nuestros tribunales no utilizan el argumento del retraso desleal y del abuso de la oponibilidad de la prescripción para combatir el argumento de la apreciación de oficio en orden a declarar imprescriptible la acción de remoción de los efectos restitutorios en el contexto de la Directiva 93/13. Se limitan a separar los dos planos en que se mueven la apreciación de oficio de los efectos de la restitución y la prescripción de la acción de restitución (FD CUARTO-8) y a reconocer que, aunque han sido contadas las ocasiones en las que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prescripción de la acción de restitución, se sienta doctrina con las señaladas por el Tribunal Supremo, la ya popular sentencia de 27 de febrero de 1964 y la más reciente sentencia 747/2010, de 30 de diciembre (FD CUARTO-9), en las que se asevera que ha aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales a la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución de un contrato nulo, distinguiéndola de la acción de nulidad absoluta del contrato imprescindible.

Por ello, agradecemos al Profesor DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, su reflexión del año 1963 acerca de la necesidad de construir en nuestro Derecho la doctrina alemana del abuso de la alegación de la prescripción, pues nos da la salida técnicamente airosa a la cuadratura del círculo de considerar la prescripción de la acción de restitución y la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad radical, al contexto en que nos movemos y de su preferible *dies a quo*. Con la olvidada doctrina alemana del abuso de la alegación de la prescripción, insistimos, podría sin reparo técnico alguno, afirmarse que el prestamista entra en abuso de prescripción desde el momento en que, siendo conocedora de que las cláusulas omnicomprendivas de gastos han sido declaradas nulas desde 2019, invoca la prescripción. No sorprenderemos diciendo más tarde que siendo el comienzo del abuso de prescripción por parte de la prestamista el conocimiento de la doctrina de la nulidad de dichas cláusulas, estamos a favor de fijar como *dies a quo*, una de las posibles fechas de las sentencias a las que igualmente llega el Tribunal Supremo con preferencia a aquellas relativas a la resolución que

declare la nulidad de la cláusula o a la referente al cumplimiento de la prestación indebida.

Después de lo dicho, creemos que una mejor explicación técnica sobre la posibilidad de entender que no es incongruente la resolución que de oficio declarara la restitución de lo indebido con su prescripción, nace entre las filas de la doctrina de la que se ha afirmado no tener argumento propio en este gran tema, limitándose a copiar lo que le jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había declarado sin argumentos convincentes del todo.

*B) ... Frente al escaso interés del consumidor de entablar acción de nulidad sin posibilidad de alcanzar efectos restitutorios*

No entra tampoco el Supremo a valorar este argumento del escaso interés del consumidor de entablar acción de nulidad sin posibilidad de alcanzar efectos restitutorios, señalado para argumentar a favor de la imprescriptibilidad de la acción de remoción y es comprensible.

Pero es que, a nuestro juicio, hay dos líneas de defensa que ya se han expresado y quizás por sabidas, piensa no hace falta hacerle aclaración al TJUE:

Por una parte, pese a que es indiscutible que el interés del que interpone la acción de remoción no suele ir más allá de la obtención de lo pagado indebidamente, de forma que si ya ha prescrito la acción decae el de obtener la declaración de nulidad del acto nulo dado lo inútil de dicha declaración para colmar su verdadero interés crematístico; sin embargo, como ha señalado el Profesor ALBALADEJO GARCÍA (2004, 27), aunque parezca que la declaración de nulidad se vea de alguna forma «arrastrada a morir por la prescripción de la acción de restitución», como ha de ser alegada, la posibilidad de que se olvide o no quiera alegarla su beneficiario, creará cierta expectativa o interés en ejercitar la acción de declaración de nulidad, siempre. Si no se provoca que se pueda alegar, no se cerrará esa posibilidad que, como hemos dicho, deja abierta el sistema en el que opera la prescripción (ZIMMERMANN, 2008, 148).

En efecto, el interés o no interés del consumidor en conseguir la declaración de nulidad de la cláusula sin que haya ya posibilidad de conseguir la remoción de sus efectos es algo que, lejos de pensarse excede del mundo del Derecho, es acorde con la esencia del instituto de la prescripción y que la distingue de la caducidad: que admite la voluntad de los interesados en la consolidación de la situación jurídica a que se refiere, mientras que la caducidad con su plazo preclusivo no lo admite habida cuenta de que lo que se pretende con ella es declarar permanente lo antes posible la situa-

ción transitoria (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1963, 998-999). La potencial seguridad del tráfico que parece se brinda solo al deudor por la prescripción al depender de su interés activarla o no<sup>55</sup>, hay que leerla también en la clave de que puede dar lugar a que no la alegue y triunfe la petición de condena. Digamos que, a diferencia de la caducidad, aunque es inadmisibles que una persona quede expuesta a pretensiones tardías para la seguridad del tráfico jurídico, ello queda mediatizado por su voluntad pues al final, la facultad de exigir una condena puede tener importancia desde luego para el sistema jurídico, pero no al punto de que se cierre por el simple paso del tiempo. Recordemos que estamos ante una «pretensión» diseñada por el ordenamiento jurídico con carácter indefinido. En cambio, las facultades son «derechos potestativos» caducables cuando el sistema considera que lo antes posible es necesario se resuelva su naturaleza provisional. En la prescripción estamos ante el binomio inactividad del titular del derecho y la falta de su reconocimiento por parte del sujeto pasivo, mientras que en la caducidad solo tenemos el primer término del binomio anterior (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1963, 999 y CAÑIZARES LASO, 2018, 97).

Por lo dicho, la doctrina citada ha insistido en considerar que es presupuesto ineludible del concepto de prescripción, incluso más importante que el propio paso del tiempo de inactividad de la pretensión, que no se haya producido un reconocimiento de la deuda. Negar esta posibilidad de conducta al beneficiado por la prescripción sería negar el pasado de esta figura (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1963, 987).

Desde nuestro punto de vista, si admitimos que cabe la renuncia a la prescripción ganada, podríamos admitir que estamos ante dos facetas distintas de la nulidad: la declaración de nulidad propiamente dicha y la restitución de la pretensión en juego, que, porque actúa de forma independiente, puede quedar sometida a la no alegación de la prescripción, lo que supondría su renuncia y triunfo de los efectos restitutorios consecuentes a la declaración de la nulidad.

*C) ...frente a que la acción de declaración de nulidad retrotrae los efectos del acto nulo al momento del acuerdo*

La retroactividad plena de la nulidad de cláusulas abusivas que se traduce en efectos *ex tunc*, ciertamente casa mal con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad. Pero claro, como advierte la 15 AP-Barcelona 20/2020 (FJ SEGUNDO-10), es una consecuencia que solo la pueden sostener los partidarios de considerar que las acciones, declarativa de nulidad de una condición general nula por abusiva y de remoción de los

efectos de dicha cláusula, no son distinguibles y, por tanto, están sometidas al mismo régimen de imprescriptibilidad. Por eso, salva de forma general, la propia 15 AP-Barcelona no solo esta última objeción sino las mencionadas antes que esta, con invocación de la doctrina clásica que ya apuntaba la 28R AP-Madrid 929/2019 (DE CASTRO BRAVO y DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN) y la que califica de más moderna<sup>56</sup>, afirmando que, sea desde el análisis de la teoría general del negocio jurídico, sea desde la perspectiva de la nulidad de las condiciones generales, es posible hablar de imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de prescripción de la acción de restitución de los efectos del acto nulo. La razón última para esta Audiencia, es que el fundamento de la prescripción, es que el acto nulo ha agotado sus efectos y son conocidos por el titular de la acción, de forma que por seguridad jurídica, por presunción de abandono y tolerancia frente a la situación de hecho, es posible hablar de prescripción de la acción de restitución de dichos efectos; no así cuando es una acción cuyo objetivo es declarar que el negocio es inexistente o el acto nulo de pleno derecho pues es verdad que el negocio jurídico no emerge o el acto nulo no se convalida por el transcurso del tiempo (FD SEGUNDO-11).

A nuestro parecer, pese a que no utiliza el verdadero punto de vista funcional de la prescripción que se ha explicado anteriormente, sin embargo, sí que afirma que solo pueden sostener la idea de los efectos restitutorios *ex tunc* aquellos que se muestran a favor de la existencia de una única acción y no de dos. Nosotros añadiremos que ello también es aplicable a los magistrados discrepantes del voto concurrente cuando señalan a la Sala de discordia, que el TJUE en sus sentencias de 14 de marzo 2019 y de 21 de diciembre de 2016 *Gutiérrez Naranjo y otros*<sup>57</sup>, ha entendido acorde con el artículo 6-1 de la Directiva 93/13, considerar que una cláusula calificada de abusiva nunca ha existido y debe llevar al «restablecimiento» de la situación anterior, tanto de hecho como de Derecho, y ello aunque este apunte en concreto de estas dos resoluciones lo hagan defendiendo que es igualmente aplicable al caso que nos ocupa en que se dice que realmente hay terceros (notarios, registradores, gestores, esencialmente), afectados respecto de las resultas de los pagos indebidos.

Por otra parte, hay que recordar que en nuestro Derecho no es excepcional encontrar esta doble vara de medir en el régimen de prescripción de las acciones. Por ejemplo, la acción para exigir la obligación de pagar pensiones alimenticias (ex art. 1966.1.º CC), está sometida a un plazo de prescripción quinquenal, cuando el derecho de alimentos es imprescriptible por mor de los artículos 1951 y 1933 del Código Civil. No somos inconscientes de la crítica que podría merecer este argumento, a saber, que, el caso de la reclamación de los gastos indebidamente impagados por efecto de una cláusula nula de pleno derecho por abusiva no es el que recoge el

artículo 1966 del Código Civil en sus tres números, y no solo del que hemos traído como ejemplo referido al derecho de alimentos, ya que el objeto de las obligaciones contempladas en dichos números son una pluralidad de prestaciones cuyo cumplimiento se distancia en el tiempo mientras que en el caso de los gastos que analizamos estamos ante el pago de una prestación única. Sin embargo, dicha crítica puede verse menos sólida si consideramos que el fin de la norma es proteger a los deudores, un *favor debitoris* que les escudaba frente a los efectos antieconómicos del mercado por acumulación de deudas de importe difícil de afrontar<sup>58</sup>. Recuérdese que precisamente la preservación del efecto económico en el mercado es el que subyace en las resoluciones que, con ocasión de la utilización de cláusulas abusivas en los contratos contruidos esencialmente con condiciones generales, se han venido sucediendo y que tanto pesa la necesidad de valorar el instituto de la prescripción de las acciones de restitución consecuencia de las acciones de nulidad. Finalmente, hay que considerar también que la prescriptibilidad de las pensiones alimenticias solo es predicable de las ya devengadas y aún no percibidas o «atrasadas» (ex art. 151 CC), de forma que en coherencia con la comparación que mantenemos, podría sostenerse que la prescripción se iniciaría desde el pago de los gastos indebidos, esto es, que el acto nulo ha agotado sus efectos (esto es lo que sostiene la 15 AP Barcelona 20/2020). Lo veremos luego cuando tratemos el tema del comienzo del plazo de prescripción, aunque ya hemos dado muchas pistas de la postura que mantendremos.

### 3. EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD PARCIAL: LA CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO SI NO SE OPONE EL RECEPTOR DE LA CLÁUSULA NULA POR ABUSIVA

Todos partimos de la consideración del mismo régimen de ineficacia, la nulidad radical o absoluta si la cláusula es abusiva pero no todos creemos que los efectos restitutorios nacidos de la declaración de nulidad sean *ex tunc*. Así, los magistrados discrepantes del voto particular concurrente a la sentencia de la Sala de discordia en la Razón 4 denominada «Interpretación lógica y sistemática», consideran que como la acción de restitución está inserta en el régimen general de ineficacia contractual y en particular, en el régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho y este régimen no permite contemplar las acciones de forma tabulada e independiente sino considerar que la acción restitutoria presupone una acción de declaración de nulidad pues es accesoria de esta, resulta paradójico que una declaración de nulidad o inexistencia del contrato o de una de sus cláusulas, «a su vez, produce [produzca], efectos por el transcurso del tiempo».

Efectivamente, el frontispicio de ineficacia es la nulidad de pleno de derecho<sup>59</sup>, sin embargo, recordemos que siempre ha venido modulada por

el Principio de conservación de los contratos; principio que en el campo de la especial protección que brinda la Directiva 93/13 al consumidor de cláusulas abusivas predispuestas, ha tenido una expansión que podríamos calificar de «máxima» gracias a la interpretación que de la misma ha elaborado el Tribunal de Justicia, tanto respecto de cláusulas esenciales del contrato como de accesorias.

La nulidad de cualquier cláusula supone simple y llanamente su inexistencia por lo que ya estamos ante una invalidez parcial del negocio<sup>60</sup> aceptada en nuestro Derecho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (DE CASTRO Y BRAVO, 1985, 494 y 1961, 336, notas 156 bis-163), por ser acorde con el principio de conservación de los contratos junto con la llamada «reducibilidad del negocio» de la que también hablará DE CASTRO Y BRAVO<sup>61</sup>.

Solo la conservación a ultranza de los contratos que es el fundamento de la nulidad parcial valdría para deshacer la paradoja observada por los magistrados del voto particular concurrente a la Sala de discordia relativa a que las que denominan facetas de la acción de nulidad absoluta, la declarativa de nulidad y la de restitución de los efectos producidos, no deben diferenciarse hasta el punto de poder afirmar, como así se ha destacado subrayándolo, que la nulidad radical con sus efectos *ex tunc* caiga tanto sobre una cláusula relativa a un elemento esencial del negocio como sobre una cláusula accesoria al mismo.

Pero la verdad es que la nulidad parcial es admitida incluso en el caso de que la abusividad afecte a un elemento esencial del contrato como el precio. Recordemos que en la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado<sup>62</sup> o de las cláusulas suelo, se prefirió no anular el contrato por el perjuicio al que se vería abocado el consumidor cuando tuviera que proceder a la devolución del total del precio del préstamo una vez calificado de inexistente. La STJUE (Sala Cuarta), de 16 de julio 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (punto 50.), expresa que, *...según reiterada jurisprudencia, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada).*

Digamos pues que pese a que la nulidad de la cláusula pueda afectar a un elemento esencial del negocio es necesario que siga existiendo so pena de penalizar además al adherente que no pudo sino someterse al pago del precio.

Claro está, como dice nuestra doctrina clásica, lo que se quiere con el uso de la nulidad parcial es evitar el fraude de la Ley<sup>63</sup>. Invalidez parcial que en el caso de los gastos anejos al objeto principal del contrato es posible sostener sin peros porque no depende la existencia del negocio del acuerdo sobre quién de las partes debe soportar estos gastos; estamos ante unas cláusulas accesorias al contrato, al que no le falta ninguno de los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil. Pero incluso si no estamos bajo el especial paraguas de protección del consumidor que dispensa la Directiva 93/13 a este tipo de contratos de adhesión, la nulidad parcial podría hacer desaparecer la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato y que pese a todo, el contrato sobreviva. Fuera de esta protección específica contemplada para el consumidor de contratos con condiciones generales, estaríamos ante un contrato nulo e insanable (DE CASTRO Y BRAVO, 1985, 478 y 485).

Finalmente, consideramos con REDONDO TRIGO (2018, 106 y 108) que salvo que estemos (y lo estamos, por cierto), tratando de la restitución de efectos que alcanza a terceros, la nulidad parcial puede albergarse en el artículo 1303 del Código Civil, precepto que puede extenderse a otros supuestos más amplios del régimen clásico y estricto de la ineficacia contractual tanto por los propios términos en que se expresa, (habla de «nulidad de la obligación»), como porque la sanción de la nulidad de pleno derecho, es la reacción máxima prevista por la Ley para otorgar protección al contratante más débil y sobre todo, porque no hay argumento positivo para sostener lo contrario. En definitiva, no creemos que se esté forzando la interpretación del artículo por aplicarse a nulidad parcial; otra cosa, es que no estemos ante el mismo tipo de prestaciones del precepto mencionado y no podamos aplicarlo de forma directa. Lo vemos en el siguiente epígrafe.

#### 4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO O EL PAGO DE LO INDEBIDO. LA ACCIÓN SUBSIDIARIA

Frente al obstáculo de la reciprocidad de las obligaciones del artículo 1303 del Código Civil que lo hace inaplicable a la remoción de los gastos pagados a terceros, se alzan el enriquecimiento injusto y el pago de lo indebido.

Como acabamos de decir, la condición para que el artículo 1303 del Código Civil pueda albergar los efectos restitutorios de una cláusula nula por abusiva es que los efectos se produzcan entre las partes obligadas y no respecto de terceros. Por eso, aunque se pueda apoyar la independencia de las acciones de nulidad y de restitución, sin embargo, más allá de las partes

contratantes, la acción de restitución de gastos indebidamente pagados no encaja exactamente en el artículo 1303 del Código Civil ya que este precepto prevé la restitución de obligaciones recíprocas.

Así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia 725/2018, de 19 de diciembre pero no se molesta en indicarle esta duda al TJUE en su auto, como tampoco la 15 AP-Barcelona 2020, Tribunal que da, como dijimos, solo dos posibilidades de basar la acción de restitución: la acción resarcitoria del artículo 1158 del Código Civil o el cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil (FD SEGUNDO-16). Ambos Tribunales tienen asumido, como así lo expresa la Sala de discordia, que cuando hablamos de gastos pagados por el prestatario hipotecario, estamos ante gastos pagados por prestaciones hechas por terceros y no por acciones efectuadas por el banco, de forma que lo pagado por el usuario del préstamo no es prestación sinalagmática de la obligación del prestamista de poner a su disposición el dinero objeto del préstamo; así, estos terceros profesionales que han actuado no pueden dejar de cobrar cuando se declare la abusividad de la cláusula [FD. CUARTO.2.º)]. Pero en este caso, la Sala de discordia, ante el escollo de no poder aplicar el artículo 1303 del Código Civil considera mejor entender que estamos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa de la entidad prestataria, lo que, por otra parte, salta, como dijimos, la objeción de la imprescriptibilidad.

Quien pone al día al TJUE de la necesidad de buscar otro acomodo a la acción de restitución pues no encaja en el artículo 1303 del Código Civil es el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz; en su auto de 26 diciembre 2019 informa que la objeción hecha a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil no puede ser suplida por previsión jurídica alguna nacional y que la obligación de restablecimiento del desplazamiento patrimonial del consumidor solo puede realizarse considerando que la acción de restitución se base en una de estas dos situaciones aparentemente similares o análogas: el enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido; para la exposición de la propuesta utiliza los términos de la STS 725/2018, de 19 de diciembre (resumen de párrs. 27 y 28), resolución que luego, el Tribunal Supremo considera en su auto de 22 de julio de 2021 (que no la 15 AP-Barcelona), para comentar al TJUE que la acción de restitución deriva del cobro de lo indebido previsto en el artículo 1896 del Código Civil (FD CUARTO-11).

Por lo dicho, ante la imposibilidad de utilizar el artículo 1303 del Código Civil pues no estamos ante obligaciones sinalagmáticas, parece abrirse una doble vía de figuras análogas para resolver la restitución y la prescripción de esta restitución: la del enriquecimiento injusto (vía por la que opta la Sala de discordia) y la del cobro de lo indebido (vía que da como estable el TS).

REDONDO TRIGO (2018, 109)<sup>64</sup>, en su comentario de la sentencia 725/2018, discrepa la afirmación de partida del Tribunal Supremo relativa

a que nos entramos ante una «situación asimilable a la del enriquecimiento injusto»; para este autor, con cita a MOISSET DE ESPANES, estamos ante un verdadero enriquecimiento injusto negativo<sup>65</sup> o enriquecimiento por ahorro<sup>66</sup> que puede «observarse» dentro del cobro de lo indebido del artículo 1897 del Código Civil pues en su opinión, cabe hacer una interpretación extensiva de los artículos 1895 y 1896 del Código Civil. Así, no es necesario recurrir a la analogía.

En esta línea de encontrar en el cauce del enriquecimiento injusto la posibilidad de activar la devolución de lo indebidamente pagado sin pegas de prescriptibilidad, debemos de apuntar:

a) Que, repasando nuestra doctrina y jurisprudencia, es cierto que de forma indistinta se utiliza el cobro de lo indebido o el enriquecimiento injusto como soluciones idóneas para salvar el escollo que presenta basar la acción de restitución de los gastos pagados de forma indebida a terceros en el contrato de préstamo<sup>67</sup>. No preocupa si estamos ante el cobro de lo indebido o si estamos ante un enriquecimiento sin causa y creemos que es un acierto pues aunque queramos ser puristas y distinguir la construcción jurisprudencial del enriquecimiento injusto de la regulación del enriquecimiento injusto de la Ley navarra 21/2019, de 4 de abril<sup>68</sup> o de la regulación del pago de lo indebido de los artículos 1895 y siguientes del Código Civil, la verdad es que como expresa nuestra mejor doctrina, el cobro de lo indebido es una «variante» del enriquecimiento sin causa (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 1976, 547) o estos institutos están «emparentados»<sup>69</sup> y la acción de enriquecimiento injusto puede encontrar su base legal «por inducción directa» en el artículo 1901 del Código Civil<sup>70</sup>, precepto que está en sede del «cobro de lo indebido» (sección segunda, tít. XVI CC), pero que «está pensado para una situación distinta del simple pago de lo indebido por error, porque si hubiera error, la reclamación sería siempre posible al amparo del artículo 1895»<sup>71</sup>.

Añadiremos a estos argumentos que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar precisamente aplicando la Ley 508 relativa al enriquecimiento injusto regulado en la Compilación navarra<sup>72</sup>, que según constante jurisprudencia anterior y posterior al Código<sup>73</sup> y apoyada en conocidos textos del Digesto y las Partidas, el enriquecimiento injusto exige inexcusablemente la concurrencia de tres requisitos: «Primero. Un enriquecimiento patrimonial que puede consistir tanto en un incremento patrimonial como en la evitación de una disminución por el concepto de daño o gasto, a cuyos efectos se refiere la Ley navarra con la rúbrica de «lucro»<sup>74</sup>; Segundo. Que, para ser injusto o sin causa, carezca de toda razón jurídica; y Tercero. Que, en correlación con el enriquecimiento se produzca

un paralelo empobrecimiento en el patrimonio de otra persona, con el efecto de haberse de restituir o resarcir» CDO.2).

En consecuencia, lo cierto es que, se base el enriquecimiento sin causa en Derecho común en la expansión de los artículos 1895 o 1897 o en el fin último del artículo 1901 del Código Civil (todos ellos en sede del cobro de lo indebido), o en la ley 508 FN, es obligado pasar por estos requisitos y parece que también por los preceptos mencionados al objeto de rellenar la exigencia declarada desde antiguo por el Tribunal Supremo en la construcción de una acción genérica de enriquecimiento, de que *«no vale con invocar el principio de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otro, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que representa el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la acción para ser un saludable postulado de la equidad y justicia y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas»* (STS de 12 de enero de 1943<sup>75</sup>).

Encontramos, que, en el fondo, el Tribunal Supremo no está exigiendo que el principio de enriquecimiento sin causa se refleje en un precepto determinado del Código, sino una demostración de que se necesita esta acción de enriquecimiento por las particularidades que reviste el desplazamiento patrimonial y que se cumplen los requisitos que señala deben concurrir para apreciar el enriquecimiento; esto es, que no se invoque sin más el principio de que alguien se ha enriquecido a costa de otro y se entable una acción, porque ello perturbaría la seguridad jurídica que debe presidir cualquier relación jurídica.

En nuestro caso, el desplazamiento patrimonial ha sido calificado de nulo por abusividad de la cláusula general de gastos de hipoteca y, además, como no podemos apoyar nuestra petición de restitución en el artículo 1303 del Código Civil por la existencia de terceros que cobraron y proporcionaron indirectamente el enriquecimiento del prestamista, está claro que necesitamos la acción de enriquecimiento; no estamos perturbando la seguridad jurídica de las relaciones procedentes, en este caso, de un préstamo garantizado con hipoteca; si acaso, estamos canalizando la legitimación de la restauración del gasto a través de una acción en la que no se necesita sino probar que se pagó indebidamente, no importando si el enriquecido actuó con mala fe. En definitiva, si el órgano jurisdiccional con la declaración de abusividad de la cláusula gastos, ya ha considerado la inexistencia de *causa retinendi*, no necesita quien acciona la restitución, probar más allá de que fue el pagador del gasto por su relación obligacional con el prestamista. No necesita, como expresa la ley 509 FN una vez pagado el gasto, probar la inexistencia de la obligación; en cambio, al que cobró, le queda probar su existencia si niega dicha prueba. No cabe en el caso que analizamos, probar

que no hay tal error en el pago, como posibilidad que recoge el precepto puesto que, como ya hemos visto, partimos de que el juez ya ha calificado la cláusula como abusiva y el error del pago por parte del prestatario puede no haber sido tal por habersele conminado al mismo.

Bajar a la arena, como hemos hecho en este caso, nos confirma la postura apuntada por LACRUZ BERDEJO (1969, 579), quien, en sus notas sobre el enriquecimiento sin causa, considera que, al final, tampoco es esencial que se base el enriquecimiento sin causa en la ley o en un principio general, pues lo más importante es determinar si hay o no *causa retinendi* frente a la obligación de restitución de lo prestado, atribuido o apropiado sin causa que, —añade— no es ni contractual (no proviene de contrato) ni delictual (la obligación surge con independencia de la ilicitud), ni legal (pues media siempre un hecho actual en su «originación»), sino que está basada en la falta de equidad en el desplazamiento patrimonial. Este apunte apoyaría la idea de que más allá del contrato, tenemos una acción de restitución que nace con independencia de la acción de nulidad del contrato, que tiene su base en la falta de equidad constatada cuando se declara la nulidad de la cláusula abusiva de atribución general de gastos por falta de transparencia; y que, por esa autonomía, consideramos podría predicarse que es prescriptible frente a la imprescriptibilidad de la acción de declaración de nulidad del contrato<sup>76</sup>.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI<sup>77</sup>, en el mismo sentido, considera que siendo uno de los requisitos de la acción de enriquecimiento injusto la falta de causa habrá que definirla porque ello lleva a su delimitación con otras acciones reipersecutorias de lo retenido sin causa; para el autor, la ausencia de causa implica la ausencia de un negocio jurídico válido o de una ley que fundamente y regule la adquisición de un bien o provecho. En definitiva, si hay legítimo derecho a ese provecho, bien por acuerdo de las partes bien por ley, tendremos causa o justificación y no podrá apreciarse el enriquecimiento sin causa.

En la comunidad autónoma de Navarra, tenemos regulación del enriquecimiento injusto y podría pensarse que fuera más fácil apoyar la acción de enriquecimiento injusto o sin causa, pero como hemos visto, desde 1984, vigente la ley 508 originaria de la Ley 1/1973, Compilación del Derecho civil foral de Navarra, el Tribunal Supremo exigía los mismos requisitos que ahora con la ley 508 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo. Otra cosa es que, primero, confirme con el la ley 509 que ya existía desde la Compilación y no ha sido modificada por la Ley 29/2019, que el enriquecimiento necesita de la prueba del pago de lo indebido y las señale, de forma que una inevitablemente otra vez el cobro de lo indebido y el enriquecimiento sin causa; segundo, que el enriquecimiento puede venir

por medio de un tercero; y tercero, que separe la obligación de restituir lo recibido o abonar el valor de la ventaja patrimonial de la obligación de indemnizar al empobrecido que pesa sobre el enriquecido, obligación esta última que depende de lo previsto legalmente o del juicio o valoración del órgano jurisdiccional<sup>78</sup>.

b) Esta acción ha sido planteada como «subsidiaria» en la reciente STS núm. 970/2021, de 16 de marzo<sup>79</sup> (Pte: PARRA LUCÁN), por la entidad bancaria (Kutxabank S.A.), a propósito del gasto de tasación (Antecedente de Hecho PRIMERO.1.)<sup>80</sup>, para el caso de que se entendiera por el Tribunal Supremo que el imponer los gastos de tasación a la prestamista recurrente no infringe el artículo 1303 del Código Civil<sup>81</sup>. Así, su segundo motivo de casación se funda, con cita de las SSTs de 31 de enero de 2008 y de 13 de abril de 2009, en la infracción por inaplicación del principio de enriquecimiento injusto, que para la recurrente se ha producido porque considera que es el prestamista quien debe de asumir los gastos de tasación ya que es quien debe ofrecer la garantía para obtener la financiación del préstamo. Si, como pasó en primera y segunda instancias, debe asumir ella como prestamista este gasto que, en el día de su planteamiento, no estaba atribuido por ley a ninguna de las partes, el prestatario se enriquecería sin causa (FD TERCERO-1)<sup>82</sup>.

Plantearse la acción de enriquecimiento injusto como subsidiaria de otras acciones es un clásico<sup>83</sup> y sigue siéndolo<sup>84</sup>, en concreto, de la acción indemnizatoria o de la acción reivindicatoria, dado el titubeo doctrinal y jurisprudencial habido, que unas veces considera que puede ser interpuesta de forma autónoma y a elección del titular de las acciones (por ejemplo, porque hayan prescrito) y, otras veces, solo cuando las acciones con las que concurra la acción de enriquecimiento injusto, no estén previstas.

Parece que vuelve a emerger la cuestión hoy de la subsidiariedad o posibilidad de concurrencia de la acción de restitución por enriquecimiento injusto con otras acciones, pero el argumento de que estamos ante un *obiter dicta* se predica ahora de las resoluciones que estiman la no subsidiariedad de la acción, cuando antes, en los sesenta, se había predicado de aquellas de las que se decía estimaban que la acción de enriquecimiento sin causa era subsidiaria.

Está claro que no quedó pacificada a finales de los sesenta ni de los setenta la cuestión de si la acción *conditio sine causa* es subsidiaria o no, cuando nuestra mejor doctrina<sup>85</sup> señaló con buenos argumentos que solo era acertada la línea jurisprudencial que se limitaba a negar, con carácter general, la subsidiariedad de la *conditio sine causa*. Entonces se demostró que las resoluciones del Tribunal Supremo de aquel periodo y de las que se decía podrían construir doctrina jurisprudencial a favor de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, no lo habían afirmado en *ratio decidendi*<sup>86</sup>

y que, contrariamente, dichas resoluciones habían apreciado la autonomía de esta acción respecto de otras con las que concurrían. Además, argumentos de considerable peso como aquel que afirmaba que el carácter supletorio del principio general en el que se recoge el enriquecimiento injusto, hace que la reclamación que en él se base deba ser considerada igualmente subsidiaria<sup>87</sup>, se contraargumentó afirmando que el que se invoquen principios generales en defecto de ley aplicable no implica que, salvo si por ley aplicable se veta expresamente el camino hacia otra acción o si en ella se puede considerar que está contemplada exclusivamente una acción en específico, no pueda accionarse vía enriquecimiento injusto; porque si la ley cierra la puerta a otra acción, es claro que ya no cabe la invocación de la fuente subsidiaria o principio prohibitivo del enriquecimiento injusto.

Pero se vuelve, como hemos dicho, a plantear la subsidiariedad de la acción o no porque el Tribunal Supremo, con la sentencia de 22 de febrero de 2007 y con apoyo en las sentencias de 19 de febrero de 1999 o de 28 de febrero de 2003, ha afirmado que la acción de enriquecimiento injusto es subsidiaria y residual siempre que haya una acción específica prevista por ley; y de igual forma que se hizo en los sesenta por nuestra doctrina, el Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 22 de febrero de 2007 que las sentencias de 19 de marzo de 1993, 14 de diciembre de 1994, 18 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1999, niegan la subsidiariedad, pero que lo hacen igualmente en *obiter dicta*. Aporta también nuestra doctrina moderna<sup>88</sup> en apoyo de la subsidiariedad de la acción, las sentencias de 30 de abril y 4 de junio de 2007, de 19 de mayo y 3 de enero de 2006 y 21 de octubre de 2005<sup>89</sup>, reconociendo, no obstante que la sentencia de 12 de abril de 1955 y otras anteriores que ya hemos mencionado, sí que habían establecido la doctrina de la no subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto.

En efecto, plantear la acción de enriquecimiento sin causa ha constituido un ardid o un «último cartucho»<sup>90</sup> para no perder la pretensión de restitución cuando ha prescrito la acción que legalmente se preveía para ese propósito y así lo ha entendido la jurisprudencia desde antiguo y parte de la doctrina; pero pese a ello, el Tribunal Supremo, a juicio de LACRUZ BERDEJO, siempre trazó una línea jurisprudencial que entiende como regla general que la acción de enriquecimiento sin causa no es subsidiaria y que puede ejercitarse, a opción por el titular de las acciones que concurren, bien de forma sucesiva o escogiendo la que quiera. Parece que OROZCO MUÑOZ, considera que las que llama 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> acepción<sup>91</sup> de la palabra «subsidiariedad» cuando estamos hablando de la acción restitutoria por enriquecimiento injusto, son las correctas. Conforme a la 4.<sup>a</sup>, la acción de enriquecimiento general se aplicará de forma directa o preferente cuando se trate de una acción típica y solo en caso de no estar prevista ni operar la analogía *legis*, será posible apelar a la acción general de enriquecimiento, por

lo que será aplicable de forma residual o en defecto de legislación específica (cita la STS 318/2016, 27 de marzo). Así el actor no puede elegir libremente entre la acción general y la especial, lo que tiene verdadera importancia cuando una y otra estén sometidas a distinto plazo de prescripción, ya que hay jurisprudencia que afirma que no puede accederse a la acción de enriquecimiento cuando esta es utilizada por prescripción o rechazo de una específica aplicable. Otra cosa, como afirma el autor, es que la jurisprudencia no sea clara dada su ambigüedad terminológica.

A nuestro modo de ver, da igual que se plantee de forma subsidiaria o no la acción de enriquecimiento injusto, y aquí hacemos un voto concurrente con REDONDO TRIGO<sup>92</sup>, ya que, por una parte, venimos de la declaración de nulidad de una cláusula que ha sido calificada de abusiva, de la que se ha afirmado (aunque sea para dudar de que no sean autónomas la acción de nulidad y la acción de restitución que se base en ella), puede apreciarse de oficio los efectos restitutorios<sup>93</sup>; ergo, planteada tan solo por el actor la declaración de nulidad, el órgano jurisdiccional podrá estimar efectos restitutorios apoyando su fallo en el enriquecimiento injusto o en el pago de lo indebido, pero como se ve, no hace falta que la parte solicite por acción subsidiaria de enriquecimiento injusto, las resultas de la declaración de nulidad de la cláusula; y por otro lado, como cualquiera de las dos acciones (indemnizatoria y la acción reivindicatoria, que son las que se plantean en la sentencia de 22 de febrero de 2007), tampoco encajan bien en el supuesto que estudiamos, y van a vulnerar la filosofía restauradora del equilibrio de las partes del artículo 6.1 Directiva 93/13, habrá que atender la acción planteada también por el *solvens* frente al prestamista que no puede ser otra que la acción personal propia de un enriquecimiento injusto negativo que podemos derivar, haciendo una interpretación extensiva, como dijimos, bien del artículo 1897 bien del artículo 1901 del Código Civil o bien de la ley 508 Fuero Nuevo.

En efecto, la acción indemnizatoria vulnera el artículo 6.1 Directiva 93/13 porque no restablece el desequilibrio patrimonial entre las partes sino que nos lleva a la aplicación del artículo 1108 del Código Civil y a que el interés (que sería legal, pues no habría en nuestro supuesto ningún interés convenido), se devengaría desde la fecha de la reclamación extrajudicial<sup>94</sup> (art. 1109 CC: dice «judicial»), lo que es un efecto de la sentencia de condena (MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, 2000, 38-39), la cual tiene su origen en una acción de restitución que puede basarse en la normativa del pago de lo indebido; y la acción reivindicatoria tampoco preserva la norma imperativa del artículo 6.1 Directiva 93/13 porque es una acción real que, dejando aparte la eterna discusión de si encaja en el pago de lo indebido, puede cohonestar con un enriquecimiento injusto positivo que es el que realmente está regulando el artículo 1897 del Código Civil pero no

en el enriquecimiento injusto negativo dado que si no hay desplazamiento patrimonial hacia el prestamista, nada hay que podamos reivindicar.

La infracción del artículo 1303 del Código Civil y del enriquecimiento injusto del prestatario, son dos motivos de casación tratados al unísono en la STS 970/2021 y son desestimados, siendo la razón por la que se desestima este segundo que ahora analizamos que en el momento en que se celebró el contrato de préstamo hipotecario no existía una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos (FD TERCERO.1.3.), por lo que conforme a la STJUE de 16 de julio de 2020, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva<sup>95</sup>.

Tras lo afirmado, la verdad es que la separación entre la restitución y la indemnización se incluye en la ley 508 FN, precepto que contempla la restitución de la ventaja patrimonial y solo cuando lo diga la ley (lo dice en los párrafos siguientes del precepto que contempla la adquisición por acto ilícito o inmorale y la retención sin causa de una cosa<sup>96</sup>) o lo estime procedente el juez, podrá completarse con una indemnización por el perjuicio causado al empobrecido.

Concluimos pues este epígrafe afirmando que la acción de restitución de los gastos hipotecarios es, por una parte, independiente de otras acciones que pueden concurrir con ella, de las que no es subsidiaria y, además, puede basarse en el enriquecimiento injusto que podemos basar en una interpretación extensiva del artículo 1902 del Código Civil o de la ley 508 FN; enriquecimiento injusto que se basará siempre en la falta de justificación del desplazamiento patrimonial.

## 5. PRESERVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA, DE SEGURIDAD Y DE EFICACIA

Pero sigamos ahora con la prescripción de la acción y con la discusión de si hablar de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios se opone a los principios de equivalencia, de seguridad y de efectividad.

Partimos del análisis no solo de las SSTJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, apdo. 41), de 21 de diciembre de 2016, (Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, asunto C-154/15, apdo. 69) y 31 de mayo de 2018, C-483/2016, a. Szibrer), sino de las SSTS de 27 de febrero de 1964, 25 de marzo de 2013, 19 de noviembre de 2015 y núm. 558/2017 de 16 de octubre, entre otras, que afirman que el Derecho de la Unión no se opone al establecimiento de plazos razonables de prescripción.

La Sala de discordia expresa que, aunque la acción de nulidad de condiciones generales de contratación es imprescriptible porque estamos en presencia de una nulidad radical o de pleno derecho conforme a lo que declaran los artículos 83 LGDCU y 8.2 LCGC, no aplicar el mismo régimen a la acción de restitución derivada de ella afecta a los principios de efectividad, de equivalencia y de seguridad, proclamados por el TJUE (FJ SEGUNDO). Así, afirma:

Primero, que con la consideración de un plazo de prescripción legal suficientemente amplio para que el consumidor pueda tutelar sus derechos, NO queda afectado el principio de efectividad ni el efecto útil perseguido por la Directiva 93/2013 (FD SEGUNDO-párr. 19). Pero por muy amplio que sea el plazo de prescripción los magistrados del voto particular al fallo de la Sala de discordia consideran que sí queda afectado dicho principio porque el consumidor que viera declarada la nulidad de pleno derecho de una cláusula, tendría que soportar sus efectos claudicantes.

Segundo, que, con el mantenimiento de la prescripción de la acción de restitución, no se está dando peor trato jurídico a los supuestos de nulidad condiciones generales abusivas de la Directiva 93/2013 que a los supuestos de nulidad contemplados en Derecho Nacional; puesto que no se predica la prescripción de las acciones de nulidad solo de las derivadas de condiciones generales de contratación sino de cualquier acción de restitución de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que no se vulnera el principio de equivalencia (FD SEGUNDO-párr. 20). El correspondiente contrargumento del voto concurrente ha sido, con base en la STS de 25 de marzo de 2013, que se está tratando de diferente modo la acción de restitución de una acción de nulidad de una cláusula abusiva de otros tipos de nulidades como la simulación que se trata en la resolución, la cual es considerada imprescriptible. Son ambas ineficacias contractuales y tanto el Tribunal Supremo como el TJUE no suelen distinguir la nulidad de la ineficacia (Razón o punto 2-Principio de equivalencia). Y,

Tercero, que con el sostenimiento de la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de restitución se permitiría reclamar con independencia de la fecha de celebración del contrato e incluso décadas después de su consumación, y, por ende, obligaría a admitir reclamaciones de incluso herederos del prestatario; lo que resultaría un grave quebranto de la seguridad jurídica (FD SEGUNDO-párr. 24). Para los magistrados discrepantes del voto particular concurrente del fallo de la Sala de discordia, la preferencia por la seguridad respecto de la justicia no es acorde siquiera con la doctrina del Tribunal Supremo que considera que la seguridad no es un criterio de preferencia sino una justificación, de forma que la prescripción debe ser objeto de interpretación restrictiva pues la prescripción se funda en razones de seguridad

y no de justicia; y así, proponen el análisis del caso que nos ocupa: si es apto de ser incardinado en la norma general de la imprescriptibilidad o no, porque en cualquiera de los dos casos, para estos magistrados no padecería la seguridad (Razón o punto 1-Las razones de seguridad jurídica).

La Sala de discordia, en efecto, está expresando con la posibilidad de reclamación infinita que se abriría si fuera imprescriptible también la acción de restitución, el fundamento del instituto de la prescripción que hemos visto, a saber, asegurar la certeza de las relaciones jurídicas, de forma que aunque a veces se ha visto como una sanción a la posición pasiva del titular que abandona su derecho hasta por la propia jurisprudencia, en realidad el Derecho posibilita a las partes en la relación, cerrar la vía a toda reclamación extemporánea o tardía.

Este argumento de la seguridad jurídica que proporciona la prescripción es válido porque, como dijimos, a juicio de la 15 AP Barcelona 20/2020, el instituto de la prescripción da «un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas» (FJ SEGUNDO-15); por tanto, será la base para la apreciación de la prescripción de la acción de devolución de los gastos que, pagados en el momento de la suscripción del contrato de préstamo garantizado con hipoteca en 1999, se interpone 18 años más tarde por los prestatarios contra el Banco de Santander, por virtud del artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre (FJ SEGUNDO-20). Da con razón por sentado el conocimiento de los argumentos que manejan tanto la Sección 9.<sup>a</sup> de la AP de Valencia de 1 de febrero de 2018 como secc. 4.<sup>a</sup> de la AP de La Coruña de 29 de noviembre de 2017 (4 AP La Coruña 411/2017), que cita (FJ SEGUNDO-14), y se centra en los perfiles diferenciables y propios de la acción de remoción frente a la acción de nulidad y consiguiente restitución de los efectos de una cláusula suelo<sup>97</sup>. Pero es que está claro, la 9 AP de Valencia 66/2018, reproduce el argumento de la STS de 27 de febrero de 1964 relativo a que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial de la época, reconocen la necesidad de dotar de «estabilidad económica» a la propiedad y todos los demás derechos a través del instituto de la prescripción; argumento que la propia sentencia de 1964 afirma proviene de una última sentencia que cita de la época, la STS de 7 de enero de 1958, con la que dice se puede hablar de doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta sentencias anteriores como, entre otras, las de 8 de mayo de 1903, 2 de marzo de 1912, 26 de marzo de 1915 y 13 de abril de 1956. De su propia cosecha, la AP de Valencia considera que hay que distinguir las acciones, de nulidad y la de restitución, porque, al ser la acción de restitución una acción de condena a diferencia de la acción de nulidad que es declarativa es necesario otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas. Declara que «de no admitir esa distinción, resultaría difícil conciliar que la acción de restitución no tenga plazo para su ejercicio, fuera también imprescriptible, con la existencia de plazos para usucapir,

ya se trata [correc. e], de bienes muebles o inmuebles, y fuese la usucapión ordinaria o extraordinaria» (FJ TERCERO-párr. 3.º).

Los magistrados discrepantes del voto particular concurrente de la sentencia de la Sala de discordia AP de Madrid 929/2019, ya dijimos, argumentan en contra que también es criterio jurisprudencial que las razones de seguridad que asisten al instituto de la prescripción no deben de prevalecer frente a la justicia, por lo que debe ser objeto de interpretación restrictiva. No dan estos magistrados ningún detalle del criterio en cuestión y frente a ello, nuestra mejor doctrina, apoyada en la doctrina jurisprudencial, considera que lo mejor es enemigo de lo bueno; esto es, que siempre hay que aceptar un mal menor de injusticia cuando hablamos de seguridad, porque la seguridad se refiere no al caso en particular, sino que atiende al orden público (CDO. STS de 27 de febrero de 1964 y FD SEGUNDO SAP Madrid, Sala de discordia núm. 929/2019). Por citar a doctrina que no haya sido tenida en cuenta en estas sentencias nos gustaría recordar con ALBALADEJO (1980), que si bien «*el Derecho, ..., con la prescripción facilita un arma para que pueda ser utilizada a discreción, moralmente no debería servirse de ella quien se sabe obligado a lo que se reclama*<sup>98</sup>, y que es preferible correr el riesgo de que la use injustamente una persona a dejar expuestas a todas las reclamaciones viejas de cuya legitimidad o ilegitimidad es difícil estar seguro por el tiempo transcurrido». Porque, como expresaban ALAS, DE BUEN y RAMOS<sup>99</sup>, «*la sociedad está interesada en no traer de nuevo a la luz cuestiones que desde hace tiempo yacen en la sombra y que afectan nada más ni nada menos que a un elemento tan indispensable para la vida social, como la seguridad de los patrimonios, tiene un interés vivo en que las relaciones se manifiesten*»; no está interesada —dicen los autores citando a GRAWEIN cuando distingue la prescripción de la caducidad—, en utilizar la prescripción como un modo de liberar al deudor de la obligación de pagar.

### III. CONCLUSIONES

#### 1. *STATU QUO*

1. *División dentro de nuestra jurisprudencia respecto a la consideración del grado de independencia de las acciones declarativa de nulidad radical de una cláusula abusiva y de restitución de sus efectos*, de forma que frente a ciertas AAPP, el Tribunal Supremo y otras AAPP se muestran partidarios de la existencia de doctrina relativa a la prescriptibilidad de los efectos restitutorios desgajados de la imprescriptible acción declarativa de nulidad de la cláusula condición general que alberga los gastos imputados al prestatario. Hablar de prescripción de la acción de restitución derivada de una cláusula

nula por la que se atribuye de forma general el pago de los gastos derivados de un contrato de préstamo hipotecario parece algo superado por nuestro Tribunal Supremo, aunque sorprenda que su doctrina jurisprudencial la forme con alguna sentencia distinta de las empleadas habitualmente por las AAPP. Así el Tribunal Supremo informa al TJUE en el auto de 22 de julio de 2021 en el que plantea el mejor plazo de prescripción de la acción de restitución y su *dies a quo*, que las sentencias que forman doctrina acerca de la independencia de las acciones y la posibilidad de poder considerar a la declarativa de nulidad como imprescriptible y a la de condena de restitución de lo indebidamente pagado como prescriptible, son la antigua e indiscutible sentencia de 27 de febrero de 1964 y la sentencia 747/2010, de 30 de diciembre; resolución esta última que no se había considerado nunca incluso por los órganos jurisdiccionales que se muestran partidarios de la división de acciones y de la existencia de una doctrina acerca de la prescriptibilidad de la acción de remoción de los gastos.

2. *División dentro de nuestra jurisprudencia respecto de los argumentos que sostienen y contraargumentan la doctrina de la prescriptibilidad de los efectos restitutorios*

Los argumentos que se manejan para discutir la doctrina de que los efectos restitutorios prescriben son esencialmente:

Primero, que el doble silencio del Código Civil y de la LCGC respecto a la prescriptibilidad o no de la acción de restitución no puede interpretarse diciendo que el Derecho interno, si hubiera querido hablar de imprescriptibilidad de la acción de restitución, así lo hubiera expresado y menos que de forma sistemática por mor del artículo 1930.2.º del Código Civil se entienda que cualquier acción sobre cuya imprescriptibilidad el Código no se hubiera pronunciado, es prescriptible.

Consideramos oportuno que se pueda analizar de cada tipo de acción, su prescriptibilidad como así se hizo con la acción de declaración de simulación absoluta de la STS de 25 de marzo de 2013, en la que efectivamente se declara imprescriptible por el Alto Tribunal, porque al fin y al cabo hay que interpretar la prescripción de forma restrictiva dado que por ella hay que aceptar un cierto grado de injusticia y, por tanto, no participamos de la posición mantenida por el comentarista MANRESA. Sin embargo, consideramos que no es un caso extrapolable al de la acción de restitución de los pagos indebidos que analizamos porque la simulación es un supuesto distinto de ineficacia que la nulidad de una cláusula abusiva y, valoramos otros argumentos que damos a continuación.

Segundo, que es incongruente que exista doctrina del Tribunal Supremo que declare que una sentencia, sin necesidad de *petitum*, puede apreciar de oficio los efectos restitutorios de la acción declarativa nula y la prescripción se base en que ha de ser alegada por quien quiera beneficiarse de ella.

Consideramos que cabe contrarrestar este argumento invocando otra vez que el grado de independencia de las acciones declarativa de nulidad y de restitución es de tal magnitud si tenemos en cuenta su distinto objeto (en la acción de restitución la «facultad de exigir» la condena frente a la declarativa de nulidad que es obtener la declaración de nulidad del negocio o de la cláusula), que permite la posibilidad de que dichas acciones actúen o se activen de forma independiente (dependiendo del interés de las partes y además porque no es obligatorio ni reconocer la deuda ni alegar la prescripción). Por lo que no es correcto el silogismo de llegar desde la apreciación de oficio de los efectos restitutorios a la conclusión de que la acción de restitución es imprescriptible o que los efectos ipso iure o automáticos (*sine voluntate*) son iguales a su actuación (*ex voluntate*).

Pero sobre todo, participamos de lo afirmado por nuestra mejor doctrina sobre que la razón última de la prescripción, su doble característica esencial consiste en no solo acabar con la espera a que razonablemente puede quedar sometido el sujeto pasivo (es inadmisibles una espera indefinida o excesivamente prolongada), sino evitar el abuso de la oponibilidad de la prescripción al que pueda llegar ya que conoce que esas cláusulas que él predispuso han sido declaradas abusivas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, cuyas sentencias, sus fechas constituyen a nuestro parecer, la forma más objetiva de saber dónde comienza dicho abuso.

Por lo dicho, agradeciéndole a nuestra doctrina clásica la idea de que es necesario que se construya en nuestro Derecho la doctrina alemana del abuso de la oponibilidad de la prescripción, con el doble aspecto señalado, «estructural» y «funcional», creemos que es hoy más que nunca aplicable a este contexto de protección frente a las cláusulas abusivas pilotado por los efectos restitutorios del artículo 6.1 Directiva 93/13; contexto en el que si bien lógicamente también se ve potenciada la apreciación de oficio de los efectos restitutorios, ello no debe servir de excusa para considerar que no cabe hablar de la prescripción de la acción de restitución.

Por otra parte, aunque es cierto, como se ha dicho, que el consumidor pierde el interés de entablar una acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva si no obtiene los efectos restitutorios por haber prescrito la acción, también es cierto que siempre está la expectativa de que se reconozca dicha deuda o que no se alegue la prescripción tras el ejercicio de la declaración de nulidad.

Tercero, que es absurdo que la acción de remoción de los gastos indebidos se base en una declaración de nulidad de la cláusula que los atribuía y que luego no se puedan retrotraer los efectos de la nulidad al momento del acuerdo.

Además de que pueda servir para contradecir el argumento, como dice la 15 AP Barcelona 20/2020, que el fundamento de la prescripción es que el acto nulo ha agotado sus efectos, nosotros añadimos: por un lado, que

hay también acciones de restitución como son las que se enumeran en el artículo 1966 del Código Civil que, pese a que las acciones declarativas de las que derivan son imprescriptibles, se han considerado prescriptibles (por ejemplo la acción para exigir la obligación de pagar pensiones alimenticias, *ex art.* 1966.1.º CC, está sometida a un plazo de prescripción quinquenal, cuando el derecho de alimentos es imprescriptible por mor de los arts. 1951 y 1933 CC); y por otro, que estamos ante la nulidad de una cláusula abusiva que, relativa o no a un elemento accesorio del contrato de adhesión, en el contexto de sobreprotección que al consumidor de estas cláusulas otorga la Directiva 93/13, se entiende inexistente pudiendo seguir conservando parcialmente el negocio, claro está, si el consumidor no se opone a ello.

Cuarto, que no cabe albergar en el sinalagma de prestaciones del artículo 1303 del Código Civil la restitución de los pagos hechos a terceros en el contrato de préstamo debido a que esto es la característica que conforma el perfil propio de la acción de restitución de los gastos del préstamo indebidamente pagados; y que la acción de restitución es imprescriptible porque la acción de enriquecimiento injusto es una acción subsidiaria de otras acciones: indemnizatoria o reivindicatoria.

En efecto, reconocemos que a pesar de que no haya prohibición de calificar a la acción de restitución como prescriptible, no es fácil ubicarla en el artículo 1303 del Código Civil, precepto que de forma general prevé el efecto restitutorio de contratos nulos y anulables, puesto que los gastos que incluye la cláusula nula por falta de transparencia han sido pagados por el prestatario a terceros y no al prestamista, y dicha regla jurídica está pensada para reestablecer los efectos generales del contrato nulo o de los efectos derivados de las prestaciones declaradas nulas (en una nulidad parcial que se admite por la preservación del principio de conservación de los contratos), entre las partes contratantes; es decir, para preservar el sinalagma que encierra.

Siendo esto así, se ha intentado encontrar la base sobre la que descansa la acción de restitución bien en el articulado relativo al cuasicontrato pago de lo indebido (arts. 1895-1991), bien en el principio general del enriquecimiento injusto que construye la jurisprudencia del mismo articulado y así ha sido planteado por los tribunales incluso al TJUE (lo plantea el JPI de Badajoz).

Sin embargo, de esta primera objeción, creemos que la distinción, posible técnicamente, entre el pago de lo indebido y el principio de enriquecimiento injusto, puede considerarse superada tanto por la doctrina (que ya calificó al cobro de lo indebido como una variante del enriquecimiento injusto), como por la jurisprudencia.

Por una parte, porque el principio de enriquecimiento injusto o «injustificado» se puede basar bien en alguno de los preceptos conformadores en

el Derecho Común del pago de lo indebido (esencialmente, en el art. 1901 CC), o de la Compilación navarra (en particular, en la ley 508 donde hace una mixtión entre el enriquecimiento y el pago de lo indebido).

Por otra y es lo más importante desde nuestro punto de vista, porque la base del principio del enriquecimiento injusto, esto es, que el correlativo empobrecimiento-enriquecimiento de las partes, se fundamente en la inexistencia de *causa retinendi*, y nos llevaría a sostener: primero, que la falta de equidad en el desplazamiento patrimonial que es lo que representa la *causa retinendi* constituye otro argumento más a favor de la prescriptibilidad de la acción de restitución ya que puede nacer sin estar necesariamente ligada a una previa acción de declaración de nulidad; y, segundo, además, en nuestro caso concreto, al partir de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva se llevaría a invertir la carga de la prueba del indebido desplazamiento patrimonial, hacia quien se enriqueció negativamente en el sentido de que estamos ante el pago de gastos realizados a terceros. De esta concepción de que estamos ante una acción de enriquecimiento negativo y de la redacción de la ley 508 FN, es de donde nace también nuestra respuesta a la segunda objeción relativa a que la acción de enriquecimiento no es subsidiaria de otras acciones como la acción indemnizatoria.

Quinto, que la prescriptibilidad de los efectos restitutorios no es acorde con los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad, consagrados por el TJUE.

Creemos que una vez salvado que no solo se predica la prescripción de las acciones de restitución derivadas de condiciones generales de contratación abusivas sino de cualquier acción de restitución de nuestro ordenamiento jurídico y, que por tanto, el principio de equivalencia no puede considerarse vulnerado, los principios de seguridad y de eficacia que deben presidir la oportuna decisión sobre la protección, en este caso, frente a cláusulas abusivas por contener la atribución al adherente de todos los gastos derivados de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, deben jugar cohonestados y la única forma es atendiendo a la exigencia del Tribunal de Luxemburgo del plazo «razonable»; porque solo será razonable el plazo que pueda ser conocido por el prestatario razonablemente atento y perspicaz a tiempo para actuar la acción de restitución pues es a él a quien se le va a oponer la prescripción (principio de efectividad); efectividad preservada que lleva a evitar la injusticia de dejar las pretensiones abiertas *in eternum* con el consiguiente desajuste en el orden público económico, y por tanto, lograr la certidumbre a las relaciones jurídicas. Todo lo dicho teniendo en cuenta que la otra injusticia consistente en mermar las reclamaciones al titular del derecho al reembolso de los gastos indebidamente pagados se ataca con la posibilidad de aplicar la doctrina alemana del abuso de oponibilidad de la prescripción.

Sexto, 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), es la fecha de las «sentencias uniformes» del Tribunal Supremo, 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. De ello hablaremos en la segunda parte de este artículo que se publica en el siguiente número.

## II. NUESTRAS PROPUESTAS:

1. *Recordar el diseño técnico de la prescripción para que la acción de restitución sea lo suficientemente independiente de la acción declarativa de nulidad radical:*

— El objeto directo e inmediato de la prescripción es pedir que se nos devuelva lo que hemos dado indebidamente o la condena (en nuestro caso por efecto de la cláusula declarada nula por abusiva) y no pedir que se declare la nulidad de un negocio o de una cláusula.

— Su potencialidad de extenderse en el tiempo según los intereses no solo del titular del derecho sino del sujeto pasivo en principio beneficiado por ella.

— La prescripción no tiene como fin liberar al deudor del pago de la deuda sino proporcionar seguridad jurídica y certeza a las situaciones jurídicas que, a juicio del Derecho, puedan esperar a quedar definitivamente permanentes.

— El interés individual que preside el ejercicio de la facultad de exigir la restitución de lo indebidamente pagado no debe enturbiar la consideración

de que hay un orden público subyacente que podrá limitar tanto el abuso de alegación de la prescripción por el prestamista como la reclamación extemporánea de la deuda por el prestatario.

2. *Rescate de la doctrina alemana del abuso de la alegación de la prescripción para acabar con lo injusto que es que el sujeto pasivo utilice el plazo de prescripción al que queda limitado el acreedor de los gastos cuando conoce que es abusiva la cláusula.*

3. *Unificación de la doctrina del enriquecimiento injusto y pago de lo indebido importando solo la falta de la «causa retinendi».*

4. *La fecha de las «sentencias uniformes» del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 como mejor «dies a quo» para resolver el problema actual de las acciones de exigir la condena al pago de los gastos indebidos.*

## JURISPRUDENCIA

### 2017: IMPRESCRIPTIBILIDAD

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

### 2017: PRESCRIPTIBILIDAD

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

### 2018: IMPRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Alicante (Sección Tribunal de Marca Comunitaria), 144/2018, de 26 de marzo (2018\1084).
- SAP de Palencia (Sección 1.<sup>a</sup>), 315/2018, 19 de septiembre (ECLI:ES: APP:2018:391).

- SAP de Asturias (Sección 1.<sup>a</sup>), 628/2018, de 20 de diciembre (*JUR* 2019:37639).

#### 2018: PRESCRIPTIBILIDAD

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

#### 2019: IMPRESCRIPTIBILIDAD

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

#### 2019: PRESCRIPTIBILIDAD

- SAP de Murcia, (sección 4.<sup>a</sup>), 34/2019, de 10 de enero de 2019 (ECLI:ES:APMU:2019:397).

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

#### 1990-2012: IMPRESCRIPTIBILIDAD

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

#### 2010-2019: PRESCRIPTIBILIDAD

- STS 747/2010, de 30 de diciembre (ECLI: ES:TS:2010:7666).

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

## CUESTIONES PREJUDICIALES

2019-2021:

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

## *DIES A QUO* DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN:

### 1. FECHA DEL PAGO DE LA ÚLTIMA FACTURA Y/O CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

- SAP de Palencia, 393/2019, 15 de noviembre.
- SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>), 20/2020, 8 de enero (ECLI:ES: APB:2020: 2.<sup>o</sup>).
- SAP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), 779/2020, de 19 de marzo (*JUR* 2020, 176402).
- SAP de Castellón (Sección 3.<sup>a</sup>), de 6 de noviembre de 2020.
- SAP de Murcia (Sección 4.<sup>a</sup>), de 17 de diciembre de 2020.
- SAP de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>), de 30 de diciembre de 2020.
- SAP de Valencia (Sección 9.<sup>a</sup>), de 22 de junio de 2021.
- SAP de Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>), de 2 de julio de 2021.

2. FECHA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA

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

3. FECHA DE ALGUNA DE LAS SENTENCIAS NOTORIAS

3.1. *STS de 23 de diciembre 2015:*

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

3.2. *SSTS de 23 de enero 2019:*

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

SSTJUE:

- STJUE de 6 de octubre de 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/08, ECLI:EU:C:2009:305).
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08, ECLI:EU: C:2010:193).
- STJUE de 15 de diciembre de 2011, (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, ECLI:EU: C: 2011:844).
- 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 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 14 de marzo de 2019, (Dunai, C-118/17, ECLI:EU:C:2019:207).
- 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 (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 de 22 de abril de 2021 (Profit Credit Slovakia s.r.o, C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313).
- STJUE de 10 de junio de 2021 (BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, ECLI: EU:2021:470).

## 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.
- ANCHÓN BRUÑÉN, M.J. (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.laley-next.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 y Lex*, 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 Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 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](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 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 ( 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 (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 RIVACOBÁ, 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/31108/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* núm. 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* núm. 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, (12-32). doi.org/10.18239/RCDC\_2021.37.2658file:///C:/Users/UNED/AppData/Local/Temp/2658-Texto%20del%20art%C3%A0culo-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](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 (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

<sup>1</sup> Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. párr. 1.º.

<sup>2</sup> ECLI ES:2021:10157.<sup>a</sup>.

<sup>3</sup> Roj AAP B 9348/2021-ECLI:ES:APB:2021:9348.<sup>a</sup>.

<sup>4</sup> Cita el voto particular de la sentencia de la Sala de discordia, especificando «entre las más recientes» incluso sentencias del Tribunal Supremo de las que se puede deducir que considera imprescriptible la acción de restitución; estas: STS 570/16 de 29 de septiembre, 167/2016 de 17 de marzo y 654/2015 de 19 de noviembre, dice, «por citar solo algunas de las más recientes»; no consideramos que utilice un buen argumento este conjunto de magistrados, ya se verá en estas páginas pero en el concreto en el que sitúa estas resoluciones, diremos solo que este se sitúa en el que denomina Razón 5- «Un argumento de refuerzo» y que el ponente ya comienza diciendo que «no es ni mucho menos autosuficiente».

No obstante, nosotros mencionamos en estas páginas otras resoluciones que se pueden clasificar entre las que consideran que la acción de restitución derivada de una acción de nulidad debe ser considerada como esta imprescriptible (*vid.* cuadro resumen de sentencias).

<sup>5</sup> La Razón 4. Interpretación lógica y sistemática. párr. 16.º Voto particular de la sentencia de Sala de discordia, cita a Díez Picazo a modo de ejemplo de autores que están a favor de considerar la prescriptibilidad de la acción de restitución y el voto mayoritario de dicha sentencia cita además a Delgado Echevarría, Parra Lucán, Carrasco Perea, Marín López y Miquel González (FJ SEGUNDO-párr. 11.º); el FJ SEGUNDO-11 de la sentencia de la Secc. 15 AP de Barcelona 24/2020, de 8 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:24) nombra a los profesores De Castro y Díez Picazo. *Vid.* también a LÓPEZ Y LÓPEZ y VALPUESTA FERNANDEZ (1995, 535). Nosotros mencionaremos también en estas páginas autores que están a favor de considerar como *dies a quo* la fecha de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, lo que es tanto como afirmar la imprescriptibilidad de la acción de remoción.

<sup>6</sup> Utilizamos la expresión que especifica, en la búsqueda del concepto de prescripción extintiva que hace DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1963, 987), el objeto directo e inmediato de la prescripción. *Vid.* que al hablar de que sostener que la prescripción no afecta al derecho subjetivo sino a esa faceta procesal de exigir la condena, no fue una propuesta bien acogida pese a señalar la brillantez de la propuesta por DE CASTRO Y BRAVO (1975, 168), quien encuentra no es compatible con el sistema del Código Civil.

<sup>7</sup> En este caso está utilizando la categoría de «inexistencia» como algo asimilable a la nulidad radical, con la que se confunde, porque como apunta este autor, esa equiparación era la tendencia dominante española en este sentido desde principios del siglo XX (*vid.* la nota a pie de pág. 84 de su artículo en la que recoge sentencias españolas más significativas), era la postura de autorizada doctrina española como Mucius Scaevola, Manresa, De Diego, Castán y Martín Retortillo y no compartida por Pérez y Alguer, Moxo Ruano, Valverde y Sánchez Román, (1960, 484, 495 y 496). Él mismo en su artículo pretende buscar una utilidad a este concepto de «inexistencia» que reconoce escurridizo y problemático (p. 497) y llega en su gran discurso a la formulación de que la inexistencia no es más que la forma más absoluta de la ineficacia jurídica, la nulidad radical (p. 517). Un poco más tarde, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en el ensayo de una Teoría general de la ineficacia del negocio jurídico (parte Segunda de su artículo 1961, 824 y 825), considera que solo es admisible el término inexistencia cuando estamos ante casos en los que realmente no se ha realizado ningún negocio, ni revista la apariencia de negocio el fenómeno jurídico discutido, pues esa apariencia, que es consecuencia de una conducta real, es la que daría lugar a hablar de «ineficacia». Corrobora lo dicho por DE LOS MOZOS desde luego con más sentencias la tendencia jurisprudencial apuntada respecto de la asimilación o equiparación entre la inexistencia y la nulidad radical.

<sup>8</sup> Disposición final primera. *Modificación del Código Civil en materia de prescripción.* Se modifica el artículo 1964 del Código Civil, que queda redactado del siguiente modo: «Artículo 1964.

1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.

2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan».

<sup>9</sup> Con la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, que era en la versión primigenia del Código de 15 años. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1991, 2157).

<sup>10</sup> «Disposición transitoria quinta. *Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes.*

El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil». El artículo 1939 del Código Civil, famoso precepto transitorio que sigue mal ubicado, establece 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. Ahora bien, hay 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 comenzar el plazo de prescripción bajo el imperio de la nueva ley (DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1991, 2040-2041).

<sup>11</sup> STJUE (Sala Cuarta) 16 de julio de 2020, (C-224/19 y C-259/19, Asunto CaixaBank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ECLI:EU:C:2020:578)

<sup>12</sup> STJUE de 22 de abril de 2021 (C-485/19 asunto Profit Credit Slovakia s.r.o., ECLI:EU:C:2021:313).

<sup>13</sup> En la propia Sala de discordia, formulan voto particular cuatro de los ocho magistrados pertenecientes a la Sección 28 de la AP-Madrid (PLAZA GONZÁLEZ, GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ SÁNCHEZ y DE VICENTE BOBADILLA), y, uno de la Sección 28 Refuerzo (PEÑAS GIL). GÓMEZ SÁNCHEZ, como ponente del voto particular, señala que no se ha de hacer distinción entre la acción de declaración de nulidad y la acción de restitución; considerando que esta última deriva de la primera, afirman que no puede sostenerse la imprescriptibilidad de la primera y la prescriptibilidad de la segunda, siendo ambas acciones pues imprescriptibles. Se alinean con algunas AAPP como la AP de Alicante (Secc. Tribunal de Marca Comunitaria-8.ª), sentencia núm. 144/2018, de 26 de marzo (2018\1084) que, por cierto, luego corrige su posición en la sentencia 583/2019 de 13 de mayo (*JUR* 2019, 256762).

<sup>14</sup> *Vid.* cuadro anexo.

<sup>15</sup> Es notificado de la STJUE de 16 de julio de 2020 y retira su cuestión prejudicial el 25 de septiembre de 2020. Pero hay que resaltar para ser lo más precisos posible, que, si bien este juzgado de lo mercantil no plantea cuestión previa al TJUE acerca de la dicotomía entre prescripción o no de la acción de restitución de las cantidades correspondientes a los gastos de hipoteca, pues solo una cuestión previa de las que plantea, se focaliza, en preguntar si la inevitable moderación de los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos al prestatario (formalización, novación o cancelación) por abusiva, es contraria al artículo 6.1 Directiva 93/13 (CUESTIÓN PREJUDICIAL 1), si que explica al TJUE en su ANÁLISIS FÁCTICO DEL PROCEDIMIENTO (FD TERCERO), estas dos cuestiones: 1) que someter a un plazo de prescripción la acción de restitución de cantidad a pesar de que la acción de nulidad es imprescriptible e insubsanable, es una práctica que pudiera suponer una

«moderación» judicial de dichos efectos y, por ello podría resultar contraria al principio de «no vinculación» al consumidor de la cláusula declarada nula por abusiva consagrado en el precepto mencionado (párr. 19); y 2) que como el efecto restitutorio del artículo 6.1 Directiva 93/13 no es directamente reconducible al artículo 1303 del Código Civil porque no estamos ante prestaciones recíprocas ya que se han pagado dichos gastos a terceros y no al prestamista, es necesario, por virtud de dicho precepto, que se constituya un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor, a través de situaciones similares o análogas como el enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido (resumen de párrs. 25, 27 y 28).

<sup>16</sup> Asunto C-31/20, DOUE 20/C-161/34, 11 de mayo de 2020. Son estas cuatro cuestiones las que plantea al TJUE: 1) ¿Es compatible con el principio de no vinculación reconocido en el artículo 6.1 de la Directiva (1), una interpretación judicial (consistente en que la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de la cláusula de gastos, inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, no es un efecto de la declaración de nulidad sino una acción autónoma, sujeta a plazo de prescripción) que permite que el consumidor quede definitivamente vinculado por la cláusula de gastos, en cuanto no podrá obtener su reembolso si dicha acción ha prescrito?

2) ¿Es compatible con dicho principio el instituto de la prescripción de la pretensión de restitución de lo indebidamente pagado en virtud de la aplicación de la cláusula declarada abusiva, en cuanto pueda suponer la pérdida del derecho restitutorio, no obstante, la declaración de nulidad de la cláusula?

3) Caso de respuesta afirmativa, ¿el concepto de «plazo razonable de prescripción» a que se ha referido el TJUE debe ser interpretado con unos parámetros exclusivamente nacionales o, al contrario, la razonabilidad debe contar algún tipo de exigencia, a fin de proporcionar un nivel mínimo de protección a los consumidores prestatarios en todo el ámbito de la Unión Europea y no afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula declarada abusiva?

4) Caso de considerarse que la razonabilidad del plazo prescriptivo debe contar con unos presupuestos mínimos, ¿la razonabilidad puede depender del momento en que una legislación nacional establezca que la acción puede ejercitarse?; ¿es razonable que el cómputo del plazo prescriptivo comience en la fecha de celebración del contrato, o al contrario, el principio de no vinculación a las cláusulas abusivas requiere la previa o simultánea declaración de nulidad de la cláusula de gastos, a fin de que el prestatario cuente con un plazo razonable para solicitar la devolución de lo indebidamente pagado?

<sup>17</sup> AP Zamora (Sección 1.ª), sentencia núm. 397/2019 de 21 de noviembre (*JUR* 2020, 77246); AP de León (Sección 1.ª) sentencia núm. 651/2019, de 26 de diciembre (*JUR* 2020, 85709); AP de Girona (Sección 1.ª) sentencia núm. 9/2020 de 8 de enero (*JUR* 2020, 41798); AP de Soria (Sección 1.ª) sentencia núm. 9/2020 de 13 de enero (*JUR* 2020, 86124); AP de Albacete (Sección 1.ª) sentencia núm. 138/2020 de 6 de abril (*JUR* 2020, 156357).

<sup>18</sup> Roj: SAP de B 24/2020 - ECLI:ES:APB:2020:24.

<sup>19</sup> ECLI:ES:2021:10157A.

<sup>20</sup> *Vid.* 1., 2., y 3. PARTE DISPOSITIVA, auto de Pleno de 22 de julio de 2021. Recurso 1799/2020. Cuestión prejudicial sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios.

<sup>21</sup> El día de celebración del contrato o la fecha en la que se hicieron los pagos indebidos, se descartan por el Tribunal Supremo porque se argumenta que el TJUE los había previamente descartado.

<sup>22</sup> Roj AAP B 9348/2021-ECLI:ES:APB:2021:9348A.

<sup>23</sup> Decimos sorprendentemente porque ni el auto 47/2019, 13 de marzo que plantea el JPI-Palma de Mallorca ni la AP de Madrid (Sala de discordia) en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, hacen alusión a dicha resolución.

<sup>24</sup> ECLI:ES:TS:2010:7666.

<sup>25</sup> No interviene en el Pleno el magistrado SANCHO GARGALLO y actúa como ponente el magistrado VELA TORRES.

<sup>26</sup> Roj: SAP de B 24/2020-ECLI:ES:APB:2020:24.

<sup>27</sup> Sin embargo, luego, como veremos, el Tribunal Supremo cita la sentencia STS 725/2018, de 19 de diciembre, para basar la acción de restitución en el cobro de lo indebido del artículo 1896 del Código Civil (FD CUARTO-11), que tratamos más tarde.

<sup>28</sup> ROJ: SAP de M 748/2007 - ECLI:ES: APM:2007:748.

<sup>29</sup> Integran la Sala entonces los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique GARCÍA GARCÍA y D. Gregorio PLAZA GONZÁLEZ.

<sup>30</sup> El Tribunal Supremo (FD DECIMOCUARTO 2.º), indica que la acción meramente declarativa de la nulidad absoluta de un acto jurídico se considera por la jurisprudencia imprescriptible por su mencionada naturaleza de instrumento procesal dirigido a la mera declaración de una realidad jurídica previamente existente y perdurable —la invalidez de los actos ejecutados con infracción de normas imperativas y prohibitivas resulta insubsanable por el paso del tiempo: «quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere», Digesto 50.17.29—. En contra de lo afirmado por el Tribunal de apelación, la referida regla de imprescriptibilidad no es incompatible con nuestro sistema de marcas —que, indudablemente, ha entrado relativamente en juego en el litigio, aunque la acción ejercitada no sea alguna de las que regulaba la legislación derogada y aplicable—, como evidenciaban los artículos 3, apartado 2, 47, apartado 3, de la Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, y hace hoy el artículo 51, apartado 2, de la Ley 17/2.001, de 7 de diciembre.

El Tribunal Supremo en casación llega a la misma conclusión de que la acción de restitución es una acción personal que puede prescribir por el transcurso de 15 años del artículo 1964 del Código Civil.

Es importante señalar que la propia AP llega a discutir la imprescriptibilidad alegada por las demandadas, argumentando que «si se considerara no aplicable tal plazo prescriptivo por no tratarse de una acción ejercitada contra el primer titular registral de la marca, también ha transcurrido con creces el plazo de 6 años que el artículo 1962 del Código Civil establece respecto de las acciones reales sobre bienes muebles, e incluso el plazo de 15 años del artículo 1964 del Código Civil que durante la vigencia del Estatuto de la Propiedad Industrial, dada la especial naturaleza de los derechos reconocidos en el mismo y la falta de previsión expresa de un plazo de prescripción extintiva en tal Estatuto, había declarado aplicable la jurisprudencia en relación a determinadas acciones en materia de marcas (por todas, 16 de mayo de 1958 y 20 de mayo de 1975), y que a falta de una previsión especial en la Ley de Marcas para el caso de acciones reivindicatorias contra segundos o ulteriores adquirentes de la marca, serían de aplicación si no se estima aplicable el plazo quinquenal del artículo 2.2 de la Ley de Marcas de 1988» (FD QUINTO).

<sup>31</sup> Por lo apuntado, aunque no leemos literalmente en la sentencia de la Sala de discordia que la STS 725/2018 forme jurisprudencia con la de 27 de febrero de 1964, sin embargo, al expresar que «la idea de la distinción de las acciones parece también latir en la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018», parece que propicia el pensamiento de que hay doctrina jurisprudencial; *pero lo cierto es que* no se está pronunciando, como hemos dicho, sobre el fundamento de la construcción del distinto tratamiento en cuanto a la prescripción se refiere de las acciones de declaración de nulidad y de restitución.

<sup>32</sup> La AP de Oviedo consideró que los intereses de los gastos de tasación y gestoría a los que fue condenado el banco desde la primera instancia deberían de devengarse, conforme al artículo 1108 del Código Civil, desde la reclamación extrajudicial pero no desde la fecha en que el consumidor los abona (FD-PRIMERO-3).

<sup>33</sup> El Tribunal Supremo en su auto de 22 de julio de 2021 no considera siquiera que nuestra doctrina de autores deba argumentar más para apoyar su decisión de que se puede hablar de prescripción de la acción de restitución y, por lo tanto, no la menciona. Le basta, ya lo hemos dicho en el cuerpo de este escrito, con afirmar que en las sentencias

de 27 de febrero de 1964 y 747/2010, de 30 de diciembre mencionadas, él ha distinguido entre la acción de declaración de nulidad absoluta del contrato (la cual considera imprescriptible) y la acción de restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, a la que ha aplicado el régimen de prescripción de las acciones personales (FD CUARTO-9).

<sup>34</sup> De hecho, a veces, haciendo gala de su gran transparencia en el tratamiento de los temas que desarrollaba, el Profesor ALBALADEJO GARCÍA (2004, 9), en el inicio de su Prólogo a su obra, explica así el distinto enfoque que da al instituto de la prescripción, según el objeto perseguido en distintos momentos de su fecunda vida académica: «Antes de este libro he escrito mucho sobre la prescripción extintiva, lo mismo abarcando toda la figura, que tocando solo los puntos concretos de algunos de sus extremos. Tratándola en general, lo he hecho a veces muy sintéticamente, como en mi *Compendio de Derecho civil*, otras menos brevemente, como en el *Curso de Derecho civil* y, por fin, unas terceras con algo más de detenimiento, como en mi *Derecho Civil*, donde la expongo, si bien no por extenso, sí con cierto detalle en lo esencial de la misma, razonando todas las afirmaciones que hago y recogiendo lo que la jurisprudencia ha dicho en cada caso».

<sup>35</sup> Vid. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007), recoge el resumen de 1250 sentencias del Tribunal Supremo (desde la sentencia de 1 de abril de 1884 a la sentencia de 7 de diciembre de 2006), precedidas de 256 páginas de investigación sobre la prescripción extintiva.

<sup>36</sup> Fíjese el lector que el autor está escribiendo un año antes de la sentencia de 27 de febrero de 1964, la que luego le sirve de apoyo para sostener el fundamento de la prescripción, sin formular crítica alguna. Fíjese también el lector que en la bibliografía que aportamos este autor tiene otras importantes obras sobre la materia, dejando aparte los conocidos manuales y en particular el que comparte con el Profesor GULLÓN BALLESTEROS (1982, 475), es el que manejan los magistrados discrepantes del voto concurrente de la Sala de discordia (Razón 4.- Interpretación lógica y sistemática).

<sup>37</sup> Roj: SAP de V 1121/2018-ECLI:ES:APV:2018:1121.

<sup>38</sup> De hecho, da la razón a la prestamista y admite la prescripción alegada, de forma que modifica la opinión de la sentencia de primera instancia que consideró que la acción de restitución es imprescriptible. Hace una distinción entre la acción de nulidad y la de restitución declarando que la primera es declarativa de nulidad y no constitutiva de suerte que es imprescriptible, no teniendo ni plazo de prescripción ni de caducidad ya que se trata de una ineficacia *ipso iure*. La acción de restitución persigue un pronunciamiento de condena y está sujeta a plazo porque es necesario otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas.

<sup>39</sup> Seguimos a ALBALADEJO GARCÍA, (2004, 16). respecto a que no vamos a meternos a hacer la distinción entre acción y derecho en estas páginas y que, por tanto, vamos a emplear, salvo en determinados momentos, como términos similares. Sin embargo, ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 102 y 237), prefieren hablar por ser más correcto de prescripción de acciones porque el momento que tiene interés la prescripción es el momento en que se manifiesta como acción y porque el capítulo III del título XVIII del Código Civil se intitula de la prescripción de las acciones.

<sup>40</sup> La Audiencia Provincial de La Coruña, en realidad no da argumentos para afirmar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y la prescriptibilidad de la acción de restitución, se limita a citar en su favor tanto SSTS como SSTJUE. En efecto, negando 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, distingue la acción de nulidad de una cláusula nula y la acción de restitución de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula nula, afirmando que la primera es imprescriptible y la segunda puede estar sometida al plazo de prescripción general del artículo 1964 del Código Civil porque así lo han expresado entre otras las SSTS de 21 de enero de 2003, 24 de abril de 2013, 19 de diciembre de 2015 y 6

de octubre de 2016 y porque el TJUE ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (entre otras, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto *C-40/08*, ap. 41, y 21 de diciembre de 2016, asunto *C-154/15* y otros, ap. 69) (FD TERCERO).

<sup>41</sup> Señala que no solo el Código Civil sino otras Leyes declaran imprescriptibles ciertas acciones como las acciones de filiación (arts. 132.1.º y 133 CC), la de división de la cosa común (art. 400 CC), o las pretensiones no prescriptibles del artículo 121-2 del CCat.

<sup>42</sup> ZIMMERMANN, (2008, 146-147), apunta que en el párrafo 194 I BGB y en el artículo 14:101 PECL, relativos al objeto inmediato de la prescripción se utiliza el término «prestación» o «ansprüche», definiéndose en este último como el «derecho a exigir el cumplimiento de una obligación» mientras que el artículo 10 PICC se refiere a los derechos regulados por dicho cuerpo legal, es decir, los que se desgajan derivan de forma directa de un contrato, como el derecho a terminarlo o a reclamar una reducción del precio, mantiene su dicción y por tanto, antes y después de la reforma. *Vid.* para determinar cuál es el objeto de la prescripción tanto en los PECL, PCCI como en DCFR o los Derechos forales navarro y catalán. DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 7 y 8), para quienes, por una parte, la clave es que los artículos 14:101 PECL y III-7:101 DCFR, hablan, como se ha apuntado, de «pretensiones» y así, si expirado el plazo se paga, no puede repetirse lo pagado; y por otra, que la terminología para nombrar la prescripción de los distintos derechos y textos en nuestro caso, «prescripción extintiva» (prescripción negativa) en Derecho escocés, «limitation of actions» en Derecho inglés o irlandés o «prescripción liberatoria» en los Derechos francés y belga, pueden llegar a disfrazar el verdadero debate sobre la naturaleza de la prescripción: si es sustantiva o procesal, por las consecuencias que ello conlleva.

<sup>43</sup> Cita como recientes para el momento en que la Sala de discordia se pronuncia (2019) y a título de ejemplo estas: la SAP de Burgos, sección 3.ª, 352/2018, de 28 de septiembre; la SAP de Zaragoza, sección 5.ª, 479/2018, de 15 de junio; la SAP de La Rioja, sección 1.ª, 59/2018, de 21 de febrero; la SAP de Valladolid, sección 3.ª, 68/2018, de 13 de febrero; la SAP de Valencia, sección 9.ª, 66/2018, de 1 de febrero; la SAP de Barcelona, sección 15.ª, 923/2018, de 12 de diciembre, SAP de Murcia, sección 4.ª, 1070/2018, de 10 de enero de 2019 y SAP de Lugo, sección 1.ª, 283/2019, de 2 de mayo. (FD SEGUNDO, *in fine*).

<sup>44</sup> Porque participamos de la reflexión que hacen ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 121), que consideran errónea la posición del comentarista MANRESA acerca de que fuera del artículo 1965 del Código Civil todas las acciones se consideran por la ley prescriptibles.

<sup>45</sup> Hacemos ahora un juego de palabras porque ALBALADEJO GARCÍA, (2004, 12), en su Prólogo recoge la expresión de la jurisprudencia a propósito de la prescripción considerando que es un instituto no fundado en la «intrínseca justicia».

<sup>46</sup> Cita estas: SSTS 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre, 557/2012, de 1 de octubre, y 265/2015 de 22 de abril, añadiendo «entre otras muchas».

<sup>47</sup> Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. 3.º. párr.

<sup>48</sup> Palabras tomadas del voto concurrente de la sentencia de discordia (Razón 3. Unidad o dualidad de acciones. últ. párr.).

<sup>49</sup> ECLI:ES:TS:2011:8900.

<sup>50</sup> ECLI:ES:TS:2012:5290.

<sup>51</sup> *Vid.* últimamente, DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2009, 4).

<sup>52</sup> *Vid.* ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS, E.R. (1918, 243 y 247).

<sup>53</sup> *Vid.* la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, *caso Asbeek Brusse y de Man Garabito* que destacan los magistrados «discrepantes» (calificativo que emplea el título del voto particular, primer párrafo).

<sup>54</sup> Es decir, no encuentra DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1963, 987-989), exacta la idea del «silencio de la relación jurídica» sostenida por otros autores como ALAS, RAMOS y DE BUEN que englobaría tanto la falta de ejercicio del derecho por su titular como la falta de reconocimiento del sujeto pasivo del derecho.

<sup>55</sup> Recordemos además con DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1963, 992), que «la invocación, dentro o fuera del proceso, de la prescripción, es independiente de la posición procesal que el favorecido ocupe, de donde se deduce que la prescripción no constituye necesariamente una «excepción» en sentido técnico, aunque este sea el cauce normal para hacerla valer».

<sup>56</sup> Destaca, lo dijimos también a DELGADO ECHEVARRÍA, PARRA LUCÁN, CARRASCO PEREA, MARTÍN LÓPEZ y MIQUEL GONZÁLEZ.

<sup>57</sup> C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980. *Vid.* apdo. 61.

<sup>58</sup> Así lo comenta DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1991-2, 2158 y 2159).

<sup>59</sup> Los artículos 83 LGDCU y 8.2 LCGC hablan de que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y, por tanto, tiene razón la Sala de discordia cuando parte de que estamos antes una nulidad absoluta en la que no puede plantearse ni la caducidad ni la prescripción propias de la acción de anulabilidad (FJ SEGUNDO.4.º).

<sup>60</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y GULLÓN BALLESTEROS, (1976, 118).

<sup>61</sup> DE CASTRO Y BRAVO, (1985, 492), habla de «podar» aquella parte del negocio jurídico que resulte *contra legem* y que de modo semejante se ofrece la llamada «reducibilidad del negocio» que define como «disminuir el alcance de las prestaciones pactadas, para ajustarlas a las exigencias legales (p. ej. La tasa de precios, reducción de intereses).

<sup>62</sup> *Vid.* sentencia TJUE de 26 de marzo 2019 que responde de forma acumulada a los auto del Tribunal Supremo 8 de febrero de 2017 (ATS 271/2017 - ECLI: ES:TS:2017:271A) y de JPI núm. 1 de Barcelona 30 de marzo 2017, (asuntos C-70/17 y C-179/17), que (65) que aunque los artículos 6 y 7 Directiva 93/13 se oponen en principio a que una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva sea conservada parcialmente cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, sin embargo NO se oponen a que el juez ponga remedio a su nulidad sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que la inspiró, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que este NO pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a «consecuencias especialmente perjudiciales».

<sup>63</sup> DE CASTRO Y BRAVO, (1985, 494).

<sup>64</sup> Señala el autor que dicho ahorro de costes o de gastos, son definidos en sede de enriquecimiento: VII-5:103 (2) por el *Draft Common Frame of Reference*, como la disminución de activo o el aumento de pasivo que el enriquecido hubiera sufrido de no haber obtenido el enriquecimiento.

<sup>65</sup> Afirman del enriquecimiento negativo DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (1976, 545), que «...se da, cuando es evitada una disminución del patrimonio. En este sentido, un no gasto es un ingreso. Se comprenden aquí todos los casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a otro o servicios recibidos a expensas hechas por un tercero, si el enriquecimiento ha evitado de esta forma un gasto».

<sup>66</sup> *Vid.* concepto de enriquecimiento negativo en OROZCO MUÑOZ, (2015, 87), que puede consistir en su modalidad de ahorro de gastos y que se contempla en el DCFR artículo VV 5:103(2).

<sup>67</sup> Incluso, de forma general, dice OROZCO MUÑOZ (2015, 62-63), cierta jurisprudencia (cita este autor la STS 882/2006), no duda en equiparar el enriquecimiento injusto y el cobro de lo indebido; pero que hay otras resoluciones (cita la SSTS 751/2009, 30 de noviembre y 541/2013, 13 de septiembre), que separan ambas acciones considerando especial y típica el cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil y residual la acción de enriquecimiento sin causa. Cita a LACRUZ BERDEJO y a REBOLLO PUIG

como autores que hacen la distinción entre una y otra y él se adhiere a esta diferenciación, aunque afirmando que existe una zona común de intersección entre las mismas.

<sup>68</sup> La Ley navarra 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137 Sábado 8 de junio de 2019 Sec. I. Pág. 59769), que incluye el enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones (ley 488), lo incluya en un capítulo independiente (Capítulo VII: «Del enriquecimiento sin causa»: leyes 508 a 510, dentro del Título I «De las obligaciones en general» del nuevo Libro cuarto rubricado «De las obligaciones, estipulaciones y contratos»), la verdad es que en dicho capítulo también incluye la prueba en el pago de lo indebido (ley 509) y las Obligaciones naturales (ley 510); afirma su preámbulo que se aclara su redacción en la ley para contemplar una causa general que incluya tanto las transmisiones indirectas como el enriquecimiento indirecto y se sistematiza la adquisición y retención sin causa adicionando las consecuencias que acompañan a la obligación de restitución tal y como han ido siendo establecidas por la doctrina jurisprudencial. Se mantiene la resolución basada en la denominada «causa data, causa non secuta» en sede de enriquecimiento sin causa.

De reglas del enriquecimiento injusto se habla en libro sexto del Código Civil catalán (Ley 3/2017, 15 de febrero del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, BOE núm. 57, 8 de marzo de 2017), pero respecto de la gestión de asuntos ajenos sin mandato que dice: «El gestor, si su pretensión no se ajusta a los requisitos de la gestión de asuntos ajenos, puede recurrir a las reglas del enriquecimiento injusto» (art. 622-42.4).

<sup>69</sup> MÉNDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000, 9), señalan que la AP de Madrid de 13 de diciembre de 1993, afirma que la doctrina más moderna ha considerado artificiosa de la categoría de los cuasicontratos en la que se ubica el pago de lo indebido, a pesar de que el Código la regule en sede de cuasicontratos como una especie intermedia de fuente de las obligaciones situada entre los contratos y la ley.

<sup>70</sup> MENDEZ TOMÁS y VILALTA NICUESA, (2000, 10), citando la SAP de Madrid de 13 de diciembre 1993, explican que cuando se habla de que uno de los requisitos del pago de lo indebido es además del pago efectivo con *animus solvendi* o, en general de cumplir un deber jurídico, la inexistencia de la relación obligacional entre el *solvens* y el *accipiens*, que no es más que la falta de causa, puede entenderse en bien de forma subjetiva o ex persona, supuesto en el que hay vínculo que relaciona personas distintas del que da y el que recibe, o bien de forma objetiva o ex re, supuesto en el que, no hay relación de obligaciones entre el *solvens* y el *accipiens* ya porque nunca existió la obligación, ya porque no se ha constituido aún la obligación o bien porque se ha saldado la deuda o incluso se ha entregado una cantidad mayor a la debida. Este aspecto objetivo se encuentra en el artículo 1901 del Código Civil.

<sup>71</sup> LACRUZ BERDEJO, (1969, 573). Para OROZCO MUÑOZ, (2015, 59), este planteamiento es cuestionable porque argumenta que el tenor del artículo 1901 del Código Civil no permite sino deducir que el fin del precepto es más limitado y es regular la presunción probatoria del error en el pago.

<sup>72</sup> La STS 754/de 21 de diciembre 1984 (ECLI: ES:TS:1984:1848).

<sup>73</sup> Corroboramos que las SSAP de Navarra 223/2013, 25 de noviembre (ECLI: ES: APNA:2013:810) y 40/2014, 13 de marzo (ECLI: ES: APNA:2014:420), citan esta STS de 21 de diciembre de 1984, y presagian (FD CUARTO-4.4.º y FD SEGUNDO, que copia el anterior), la reforma de la ley 508 por la Ley Navarra 21/2019, pues dicen respecto a la versión anterior de este precepto que, como así lo establece la STSJ Navarra 31 de enero de 1997, en él se contempla además de los dos supuestos de enriquecimiento sin causa (el que adquiere sin causa y el que retiene sin causa) otros supuestos de enriquecimiento sin causa, que hoy recoge el renovado y son: las «adquisiciones sin causa» que se corresponden con las derivadas de un acto ilícito o de un convenio prohibido o inmorral

para el adquirente, y las «retenciones sin causa» en que se incardinan los de cesación de una causa inicialmente válida para la adquisición que deja de justificar lo adquirido, lo cual sucede con la efectuada para realizar una contraprestación que deja finalmente de cumplirse, y el cobro de lo indebido, por error de quien paga o de quien cobra».

<sup>74</sup> La referencia al «lucro» que en la resolución se identifica con «daño o gasto», y que había sido criticada por SABATER BAYLE, parece que se mantiene ahora en la nueva versión de la ley 508 FN.

<sup>75</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1976, 578). Esta sentencia, en la que fue ponente CASTÁN TOBENAS, se caracteriza la acción, como señala ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 55 y 56), a través del concepto de «causa»; el otro, es su diferencia con el principio en que se basa y que —dice— «comporta —o puede comportar— una la relajación de las reglas positivas». *Vid.* además sobre la distinción principio y de la acción, la opinión del autor, en 65 y sigs.

<sup>76</sup> ELSA SABATER, (2016, 200), señala que «en la tendencia actual [está afirmándolo antes de la modificación del Fuero por la Ley 29/2019], prima el enfoque de esta institución [el enriquecimiento injusto], propio del sistema anglosajón, que resta importancia al empeño de determinar las múltiples formas en que puede tener lugar el enriquecimiento y regula la materia desde la perspectiva práctica de los intereses en juego, que son los del empobrecido, a los efectos de procurarle la efectiva restitución de los lucros percibidos a su costa».

<sup>77</sup> El autor, (1979, 62), apuntilla que el contrato oneroso está justificado, aunque las prestaciones entre las partes no sean equivalentes (es la aplicación del *pacta sunt servanda* del art. 1255 CC) y que es independiente que en el momento de la celebración del contrato los contratantes sean conscientes del desequilibrio en el valor de las prestaciones (1979, 63).

<sup>78</sup> Así dice la ley 508: Clases. Enriquecimiento sin causa general.

El que adquiere, retiene o se enriquece de cualquier otro modo por sí o por medio de un tercero sin que exista causa que lo justifique, y obtiene un lucro de otra persona o a su costa que empobrezca su patrimonio, queda obligado a restituir lo recibido o a abonar el valor de la ventaja patrimonial obtenida. Deberá también indemnizar el perjuicio causado al empobrecido cuando así se establezca legalmente o el juez lo considere procedente.

Adquisición por acto ilícito o inmoral. Se entiende por adquisición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente.

En tal caso, el adquirente queda obligado a restituir lo recibido con sus frutos, rendimientos o intereses e indemnizar el perjuicio sufrido. Dicha obligación subsistirá cuando la cosa se hubiera perdido, aun cuando fuera por caso fortuito, debiendo restituirse su valor además de indemnizar el perjuicio en el caso de que proceda.

Lo previsto en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el adquirente sea una persona menor de edad no emancipada o con la capacidad judicialmente modificada, que responderá tan solo de su enriquecimiento.

Retención sin causa. Se entiende que se retiene sin causa cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pago y del que cobró, o cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido.

En estos casos, el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento sin perjuicio, además, de lo dispuesto en la presente Compilación para la posesión».

La redacción original era la siguiente: «Ley 508. Clases. El que adquiere o retiene sin causa un lucro recibido de otra persona queda obligado a restituir. Se entiende por adquisición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente, quien queda obligado a restituir lo recibido e indemnizar el perjuicio sufrido sin posible limitación por la pérdida fortuita, a

no ser que se trate de un incapaz, en cuyo caso responderá tan solo del enriquecimiento. Se entiende que se retiene sin causa cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pago y del que cobró, o cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido. En estos casos, el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento».

<sup>79</sup> ECLI:ES:TS: 2021:970, Id Cendoj: 28079110012021100134.

<sup>80</sup> Menos las costas, los demás gastos que incluía la cláusula gastos hipotecarios del préstamo, ya se dirimieron en primera y segunda instancia. En esta última la AP de Bilbao redujo el importe de la condena de Primera instancia respecto de los gastos tributarios (FD PRIMERO)

<sup>81</sup> Justifica esta recurrente el interés casacional de quién debe soportar el gasto de la tasación por la inexistencia de norma legal que lo imponga y por la existencia de jurisprudencia menor contradictoria de Audiencias, de forma que considera que al ser la tasación una premisa para la formalización de la garantía corresponde asumir dicho gasto al prestatario que es quien ofrece la misma (FD PRIMERO-4).

<sup>82</sup> El Tribunal Supremo desestima ambos motivos de casación: la denunciada infracción del artículo 1303 del Código Civil porque considera que los gastos de tasación, conforme a la STJUE 16 julio 2020, no están atribuidos al prestatario por Ley (en aquellos momentos, no estaba vigente el apartado i) del artículo 14.1.e) Ley 5/2019, de 15 de marzo) y en la situación de inexistencia de norma, considera que cabe la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula omnicomprendiva de gastos que fue declarada abusiva; y la denunciada inaplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, porque entendiendo que no hay norma que atribuya en esos momentos los gastos al prestatario, la interpretación y aplicación jurisprudencial de las consecuencias de la nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario, es fundamento jurídico que no permite apreciar que el prestatario al que se le devuelven los gastos, se vaya a enriquecer. En definitiva, para nosotros lo que hace el Tribunal Supremo es considerar que el fundamento base de las sentencias de la que trae causa esta, es la causa que justifica la devolución y, por tanto, impide la apreciación de enriquecimiento alguno (FD TERCERO-2).

<sup>83</sup> LACRUZ BERDEJO, (1969, 595 y sigs.); DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1976, 5.ª edición 1988, 547), ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 55-59); recalca que la mejor aportación de la jurisprudencia es la negación de su carácter subsidiario (p. 62). Si embargo, OROZCO MUÑOZ, (2015, 78 y 339), apunta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por la no subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, tomado este como «obligación de enriquecimiento injustificado», lo que no tiene que ver con la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado.

<sup>84</sup> Apunta REDONDO TRIGO, (2018, 110), que la concurrencia de las pretensiones restitutoria e indemnizatoria caben en esta acción de enriquecimiento injusto; acción que es recogida en el DCFR VII.-7:102, cuando expresa que la satisfacción de una de estas pretensiones reduce la otra en la misma cuantía. *Vid.* en general sobre el enriquecimiento injusto en el *common law*, DEL OLMO GARCÍA, (2016).

<sup>85</sup> Cita LACRUZ BERDEJO, (1969, 596), en esta línea de entender que la acción de restitución por enriquecimiento injusto es subsidiaria a NÚÑEZ LAGOS, FERRANDIS VILELLA y HERNÁNDEZ GIL; además, rebate que las sentencias que suelen citarse para sostener el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento (12 de enero de 1943; 5 y 28 de enero de 1956 y 22 de diciembre de 1962 la sentencia de 12 de abril de 1955), pueden ser tenidas en cuenta porque dice que lo afirman en *obiter dicta*, y porque al contrario, en dichas resoluciones el Tribunal Supremo afirma la posible concurrencia de acciones diferentes; por ejemplo, en la de 12 de abril de 1955, que es la que más desarrolla, concurren la acción interdictal, la reivindicatoria y la declarativa de culpa, las cuales no tienen un orden preestablecido de precedencia; además, señala el Alto Tribunal que

la acción de restitución acciones aquiliana y la *condictio sine causa* son independientes (pág. 598). En efecto, como afirma ALVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 58), a partir de la STS de 12 de abril de 1955, que cita la STS de 5 de mayo de 1964, en la que el Tribunal Supremo afirma la independencia de la acción aquiliana de la acción de restitución basada en el artículo 1902 del Código Civil, se abre una línea jurisprudencial nueva que asienta, no sin titubeos, dos de los grandes problemas que asoman en la acción de enriquecimiento injusto: la subsidiariedad o no de la acción y la consideración de que es requisito que el enriquecimiento indebido tenga su origen en el empleo de medios reprobables; línea que afirma no solo la independencia de la acción sino del requisito de la mala fe; así, se afirma su naturaleza no subsidiaria y que solo es importante examinar si ha habido causa o no en dicho incremento patrimonial.

ALVAREZ CAPEROCHIPI (1979, 57), da como argumento para rechazar la doctrina de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto, que la jurisprudencia patria anterior a la guerra civil no se lo planteaba, por lo que no hay raigambre histórica; que si bien es verdad que dicho requisito de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto se toma de la doctrina de NÚÑEZ LAGOS, lo que se refleja en la STS de 2 de junio de 1946, CDO tercero y sobre todo la STS de 7 de noviembre de 1947, (por cierto, no citadas por LACRUZ BERDEJO), era el temor a la oscuridad de la causa, a la gran amplitud que tendría la acción si no fuera subsidiaria, la influencia de la jurisprudencia francesa y sobre todo, al fundamento mismo de la acción, esto es, los principios generales del Derecho. Además, sigue la historia jurisprudencial (pág. 60), subrayando que después, la STS de 28 de enero de 1956 nos lega un memorable considerando en el que constituye una verdadera teoría general del enriquecimiento sin causa hasta el punto de ser tildada de «considerando de estilo» y con ella las SSTS de 17 de mayo de 1957, de 7 de abril de 1960. Finalmente, considera que la mejor aportación de la jurisprudencia es la negación de su carácter subsidiario, y que, siendo uno de los requisitos de la acción la falta de causa, habrá que definirla porque ello lleva a su delimitación con otras acciones repersecutorias de lo retenido sin causa; para el autor, la ausencia de causa implica la ausencia de un negocio jurídico válido o de una ley que fundamente y regule la adquisición de un bien o provecho (62); en definitiva si hay legítimo derecho a ese provecho, bien por acuerdo de las partes bien por ley, tendremos causa o justificación y no podrá apreciarse el enriquecimiento sin causa.

<sup>86</sup> ALVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 51), considera igualmente que el Principio «nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro», se concreta en declaraciones *obiter dicta*; véase también en pág. 55, la explicación de por qué se formulaba con ese adverbio el principio y su evolución hacia los adjetivos «indebido» o «injusto», aplicados al enriquecimiento.

<sup>87</sup> LACRUZ BERDEJO, (1969, 597), pone en boca de HERNÁNDEZ GIL, este entrecomillado: «La acción dirigida a corregir la situación de enriquecimiento [añade Lacruz para su entendimiento: cuando no procede de una norma legal concreta (por ejemplo, el art. 1895), sino del principio general de Derecho prohibitivo del lucro injusto], tiene que ser subsidiaria, porque subsidiaria es la fuente del Derecho de que procede. Si el supuesto de hecho generador de un desequilibrio patrimonial ha sido previsto por una norma legal o consuetudinaria para derivar del mismo una consecuencia jurídica y dotar al perjudicado de una acción protectora de sus intereses, es claro que ha de estarse a lo que resulte de la norma legal o consuetudinaria. Solo cuando falten disposiciones de esa clase, podrá acudir a la acción de enriquecimiento como último y único remedio para reparar el desequilibrio patrimonial, porque únicamente entonces podrá entrar en juego el Principio general de Derecho en que descansa».

<sup>88</sup> REDONDO TRIGO, (2018, 111); OROZCO MUÑOZ, (2015, 339), afirma que en general la acción de enriquecimiento es considerada subsidiaria y cita por todas la STS de 8 de junio de 1995.

<sup>89</sup> REDONDO TRIGO, (2018, 110-111).

<sup>90</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, (1979, 51), afirma que el principio del enriquecimiento sin causa «es el último cartucho amparado en su propia vaguedad, es una llamada a la justicia en abstracto. Parece que el abogado que ve naufragar sus argumentos jurídicos, en el enriquecimiento torticero buscarse un camino directo a la deontología del juez».

<sup>91</sup> La 5.<sup>a</sup> acepción es la que llama subsidiariedad subjetiva o subsidiariedad indirecta que es la que se produce cuando interviene en el desplazamiento patrimonial entre empobrecido y enriquecido un intermediario que recibe el enriquecimiento inicial y luego lo proyecta al enriquecimiento final. En este caso el empobrecido tendrá derecho a entablar la acción frente al enriquecido cuando no pueda recuperar su patrimonio del intermediario, de forma que la acción indirecta de enriquecimiento es subsidiaria.

Las otras tres acepciones del vocablo «subsidiariedad» son: 1) como apelación al principio de enriquecimiento injusto que actuaría como remedio excepcional y que descarta porque dice que aquí no estamos en hablando del principio de interdicción del enriquecimiento injusto sino de la obligación de restitución por enriquecimiento injustificado; 2) cuando no falta la causa que justifica la acción de enriquecimiento pues aquí es realmente una exclusión de la acción más que una subsidiariedad; y 3) cuando falta el requisito del empobrecimiento del actor porque puede ejercer una acción reivindicatoria). OROZCO MUÑOZ, (2015, 339-344).

<sup>92</sup> Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (725/2018). La fecha de devengos del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, Epígrafe 5.2., pág. 114.

<sup>93</sup> Así lo hace el Tribunal Supremo en su auto de 22 julio 2021 (FD CUARTO-6), considerando que, planteado con frecuencia ante él si la sentencia que declara la nulidad acuerda además la restitución recíproca de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato nulo, cuando no ha sido pedido por la parte, es incongruente, entiende que no lo es y la razón es que la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el artículo 1303 del Código Civil, no necesita la petición expresa de la parte y debe ser acordada por el juez cuando declara la nulidad del contrato. Cita en apoyo de esta afirmación sus sentencias 843/2011, de 23 de noviembre y 485/2012, de 18 de julio.

MARÍN LÓPEZ, (2017, 90), considera que es una consecuencia lógica del principio de congruencia que las sentencias de Audiencia que cita como ejemplos [Gerona 55/2011 (Secc. 1.º), de 10 de marzo de 2016; Zamora 101/2017, de 30 de marzo de 2017; Madrid 139/2017 (Secc. 20.ª), de 31 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 144838); Madrid 75/2016 (Secc. 12.ª), de 29 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 115862); Álava 266/2016 (Secc. 1.ª), de 1 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 243691); Ávila 50/2017 (Secc. 1.ª), de 3 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 111325); Huelva 537/2016 (Secc. 2.ª) de 21 de noviembre de 2016 (*JUR* 2017, 58477); Jaén 153/2016 (Secc. 1.ª), de 7 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 153270); La Rioja 131/2016 (Secc. 1.ª), de 16 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 184857); Valencia 252/2015 (Secc. 9.ª), de 15 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 272933); Valencia 578/2016 (Secc. 9.ª), de 27 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 155263); Valencia 617/2016 (Secc. 9.ª), de 4 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 214702); Murcia 140/2016 (Secc. 4.ª), de 25 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 489); SJM n.º 1 de San Sebastián 81/2006, de 3 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 120408); SJM n.º 1 de San Sebastián 89/2016, de 8 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 57311)], no aprecien de oficio las cantidades abonadas por el prestatario en concepto de gastos si la demanda únicamente solicitó la declaración de nulidad de la cláusula pero no la restitución de dichas cantidades, aunque deja apuntado que el Tribunal Supremo ha sostenido en ocasiones lo contrario. Pues bien, un pronunciamiento tal se contiene en el auto apuntado de hace unos meses y en el tema en concreto de gastos hipotecarios cuya prescripción plantea al TJUE. Está claro que para llegar a la conclusión de que es imprescriptible la acción de nulidad y prescriptible la acción de restitución sería mejor que no se pudiera dar más de lo que se pide, pero parece que Tribunal Supremo le resta importancia amparándose en el propio tipo de ineficacia de la cláusula en la que estamos.

Recordemos que justo este argumento de dar la consecuencia de la nulidad declarada, aunque o fuera pedida es utilizado por el voto particular a la sentencia de discordia para mantener que la acción de restitución y la declarativa son inescindibles.

<sup>94</sup> En la sentencia 725/2018 de 19 de diciembre, la AP de de Oviedo (Secc. 1.<sup>a</sup>) de 21 de marzo de 2018, estima el recurso de apelación en este punto de considerar que el interés legal que debe devengar el montante de las cantidades a abonar por el banco en concepto de gastos de tasación y gestoría sería no desde la fecha en el que el consumidor los abona, como así había estimado el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo sino desde la fecha de la reclamación extrajudicial, *ex* artículo 1108 del Código Civil (FD PRIMERO-3).

<sup>95</sup> No obstante, confirma el anuncio hecho por la anterior STS 35/2021, de que cuando entre en vigor la LCCI deberá correr con el gasto de la tasación [*ex* art. 14.1.e i)] el prestatario.

<sup>96</sup> Incluye aquí estos dos casos: 1) cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pagó y del que cobró, y 2) cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido.

<sup>97</sup> Así, en primer lugar, expone que puede ser considerada una acción resarcitoria sustentada en los artículos 1158 y 1895 del Código Civil, esto es, repetición por pago por cuenta de otro o por cobro de lo indebido; y, en segundo lugar, que la remoción no es automática pues la restitución debe de ser acorde a las normas sectoriales y las particulares circunstancias de cada caso (FD SEGUNDO-16).

<sup>98</sup> Porque, como decían ALAS, DE BUEN y RAMOS, (1918, 61), tomando una cita de Pugliese, concebir la prescripción como una pena no es dable porque «si moralmente es censurable el titular que permanece inerte, no lo es menos el deudor que, conociendo la obligación, no la cumple: el uno y el otro están en culpa y no hay razón para castigar a uno y recompensar a otro».

<sup>99</sup> Estos autores (1918, 62, 63 y 82), son partidarios de las teorías objetivas de la prescripción que la fundan en el influjo del tiempo, en la protección de situaciones estables, y en facilitar la prueba.

*(Trabajo recibido el 5 de octubre de 2022 y aceptado  
para su publicación el 17 de abril de 2023)*