

## LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS GASTOS HIPOTECARIOS: INFLUENCIA DEL DERECHO ALEMÁN Y EFECTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL\*

**Manuel Jesús Marín López\*\***

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** El TJUE ha dictado cuatro sentencias sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades derivado de la nulidad de una cláusula abusiva (SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020, 22 de abril de 2021 y 10 de junio de 2021). Pero pronto tendrá que pronunciarse de nuevo sobre el particular, cuando tenga que resolver las tres cuestiones prejudiciales planteadas, en relación con la restitución de los gastos hipotecarios, por el Tribunal Supremo, la AP de Barcelona y el JPI nº 20 de Barcelona. Este trabajo analiza con detalle la doctrina del TJUE sobre el *dies a quo* de la acción de restitución, la influencia que en la misma ha tenido la jurisprudencia alemana, la respuesta que el TJUE dará a las preguntas formuladas en las tres cuestiones prejudiciales, y el modo en que esta doctrina del TJUE ha de afectar al derecho español.

**Palabras clave:** Cláusula abusiva; préstamos hipotecarios; cláusula de gastos; prescripción; inicio del plazo de prescripción; *dies a quo*.

**Title:** The doctrine of the CJEU on the beginning of the limitation period of the action for restitution of mortgage expenses: influence of German law and effects on Spanish law

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9645-6325>

**Abstract:** The CJEU has issued four rulings on the start of the limitation period for the action to restitution of amounts derived from the nullity of an abusive clause (SSTJUE of July 9, 2020, July 16, 2020, April 22, 2021 and 10 June 2021). But soon it will have to rule again on the matter, when it has to resolve the three preliminary questions raised, in relation to the restitution of mortgage expenses, by the Supreme Court, the AP of Barcelona and the JPI nº 20 of Barcelona. This paper analyzes in detail the doctrine of the CJEU on the *dies a quo* of the restitution action, the influence that German jurisprudence has had on it, the answer that the CJEU will give to the questions formulated in the three preliminary questions, and the way this doctrine of the CJEU has to affect Spanish law.

**Key words:** Abusive clause; mortgage loans; expenses clause; prescription; start of the statute of limitations; *dies a quo*.

## ÍNDICE:

### I. INTRODUCCIÓN

### II. CERTEZAS E INCERTIDUMBRES SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS CONFORME AL ART. 1969 CC

1. *Dies a quo*, nacimiento de la acción de restitución y posibilidad jurídica de ejercitarla
2. El *dies a quo* no es la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula
3. *Dies a quo* y conocimiento por el consumidor de los hechos que fundamentan la acción de restitución
4. ¿Cabe vincular el *dies a quo* al conocimiento por el consumidor de que la cláusula es abusiva y de que puede solicitar la devolución de los gastos abonados?

### III. EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ALEMÁN

1. El criterio subjetivo de fijación del inicio del plazo de prescripción: el conocimiento por el acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión
2. La jurisprudencia alemana sobre el retraso del *dies a quo* en caso de situaciones jurídicas opacas o existencia de una jurisprudencia claramente hostil
3. La aplicación de la doctrina del retraso del *dies a quo* a la acción de restitución de los gastos

### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN

1. Certezas sobre el régimen de la prescripción en la doctrina del TJUE
2. Los elementos relevantes para determinar el inicio del plazo de prescripción

3. El principio de efectividad en la designación del *dies a quo*: las SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021
  4. ¿Modifica la STJUE de 10 de junio de 2021 la doctrina del TJUE?
  5. El conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, ¿requisito del *dies a quo* o causa de suspensión de la prescripción?
  6. La doctrina del TJUE: la acción de restitución no puede considerarse prescrita si el consumidor no ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que finalice el plazo de prescripción. La influencia de la jurisprudencia alemana sobre la inexigibilidad de la acción.
- V. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS GASTOS HIPOTECARIOS
1. La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo (auto de 22 de julio de 2021)
  2. La cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona (auto de 22 de julio de 2021)
  3. La cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona (auto de 9 de diciembre de 2021)
- VI. LAS POSIBLES RESPUESTAS DEL TJUE A LAS TRES CUESTIONES PREJUDICIALES
1. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar el *dies a quo* de la acción de restitución el día que se dicta la sentencia que declara la nulidad de la cláusula?
  2. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea que el plazo de prescripción empiece a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión o es necesario que el consumidor disponga de información adicional sobre la valoración jurídica de esos hechos?
  3. La posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula, ¿ha de tenerla el consumidor antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que expire ese plazo?
  4. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos el día que se abonan esos gastos?
  5. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar el *dies a quo* de la acción de restitución en una fecha anterior a aquella en que la cláusula sea declarada nula por abusiva?
  6. Sobre el momento en que el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula, ¿será cuando exista un criterio jurisprudencial consolidado sobre el carácter abusivo de esa cláusula o puede fijarse en otra fecha distinta?
  7. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que declara abusiva esa cláusula (STS de 23 de diciembre de 2015), con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia?

8. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que establecen los efectos restitutorios (SSTS de 23 de enero de 2019)?
9. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de las sentencias del TJUE que declaran que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción?

#### VII. ¿REPLANTEAMIENTO DEL RÉGIMEN DEL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL?

1. Recepción en el derecho español de la doctrina alemana de la inexigibilidad de la acción en caso de situaciones jurídicas opacas y confusas
2. Los efectos de la doctrina del TJUE en el derecho español
  - a) Interpretación restrictiva
  - b) El *dies a quo* no es el 23 de diciembre de 2015, ni la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, ni cualquier otra fecha en la que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula
  - c) Suspensión de la prescripción si el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula: ¿cuándo puede el consumidor conocer que la cláusula es abusiva?
  - d) Suspensión de la prescripción a la llegada del período de seguridad
3. La incorrecta aplicación de la doctrina del TJUE por las Audiencias Provinciales: los ejemplos de la SAP Salamanca 111/2022, de 14 de febrero, y SAP Cantabria 145/2022, de 15 de febrero.

#### VIII. CONCLUSIONES

#### IX. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene sobre la mesa, y sobre la que habrá de dictar sentencia, es la relativa al inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades derivada de la nulidad de la cláusula de gastos incluida en un préstamo hipotecario. Hasta donde alcanza mi conocimiento, han sido tres los órganos jurisdiccionales españoles que han planteado una cuestión prejudicial sobre este asunto. Lo hizo el Tribunal Supremo mediante auto de 22 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A). Y de ese mismo día es el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona que igualmente plantea cuestión prejudicial (ECLI:ES:JPI:2021:297A). El tercer órgano que ha formulado cuestión prejudicial es la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15) mediante auto de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:9350A).

Se trata de una cuestión compleja, que se ve afectada por varias instituciones y cuerpos normativos de origen diverso. Hay que partir de las reglas que disciplinan el régimen de la prescripción de las acciones regulado en el Código Civil español; fundamentalmente, los arts. 1964.2 y 1969 CC, que determinan el día inicial (*dies a quo*) del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de una cláusula abusiva. Pero estas reglas deben conjugarse con el principio de efectividad diseñado por el TJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CE, según el cual el establecimiento de un plazo de prescripción no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de que dispone el consumidor.

El objetivo final de este trabajo es tratar de averiguar la respuesta que el TJUE dará a las tres cuestiones prejudiciales planteadas, y cómo ello habrá de afectar al derecho español. Para eso será necesario examinar la doctrina que el TJUE ya ha dictado sobre el particular y conocer las razones por las que el TJUE se pronuncia en los términos en los que lo hace. Puede adelantarse ya que el TJUE se ha inspirado en la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*; en adelante, BGH). Por esta razón, antes de adentrarse en el examen de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, resulta imprescindible analizar la normativa vigente en Alemania sobre el inicio del plazo de prescripción y la doctrina jurisprudencial dictada sobre el particular.

El trabajo se estructura en las siguientes partes. En primer lugar se expone la regulación española sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados (epígrafe II). Después se examina cuál es el inicio del plazo de prescripción en el derecho alemán, lo que obligará a detenerse en la jurisprudencia del BGH alemán que retrasa el *dies a quo* en caso de situaciones jurídicas opacas o existencia de una jurisprudencia claramente hostil (epígrafe III). A continuación, se expone la jurisprudencia del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas (epígrafe IV). En este lugar se analizan los elementos que, según el TJUE, son

relevantes para fijar el *dies a quo*; se explican por separado las cuatro sentencias del TJUE que abordan esta cuestión (SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020, 22 de abril de 2021 y 10 de junio de 2021); y se expone la doctrina general del TJUE sobre este punto, en la que se aprecia una clara influencia de la jurisprudencia alemana. El epígrafe V se ocupa, por separado, de cada una de las tres cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por órganos jurisdiccionales españoles. Mientras que el epígrafe VI trata de responder a todas las preguntas contenidas en las cuestiones prejudiciales, avanzando la respuesta que, a mi juicio, dará el TJUE. Por último, en el epígrafe VII se analiza de qué modo afectará al derecho español la jurisprudencia alemana sobre la inexigibilidad de la acción por existir una situación jurídica confusa y la doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción restitutoria. El trabajo termina que unas Conclusiones.

Conviene advertir que sobre la prescripción de la acción de restitución de cantidades ya he publicado dos trabajos anteriores en esta misma revista<sup>1</sup>. Como no es mi intención agotar al lector, ni reiterar argumentos ya expuestos en esos lugares, en este trabajo me remitiré a esos documentos tantas veces como sea necesario.

## **II. CERTEZAS E INCERTIDUMBRES SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS CONFORME AL ART. 1969 CC**

Hoy constituye una cuestión pacífica en la doctrina científica que la acción ejercitada por un consumidor en la que solicita la nulidad de una cláusula abusiva es una acción declarativa, que no prescribe ni caduca, al tratarse de una nulidad absoluta. Y que la acción de restitución de cantidades derivada de la nulidad de la cláusula es una acción de naturaleza personal, que al no tener un plazo específico está sometida al plazo general de prescripción del art. 1964.2 CC (cinco años).

Esta es la tesis que ha asumido el Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial de 22 de julio de 2021. En efecto, establece que "en las pocas ocasiones en que tal cuestión se ha planteado, este Tribunal ha distinguido entre la acción por la que se solicita la nulidad del contrato, que no prescribe en el caso de tratarse de una nulidad absoluta, y la acción de restitución de las cosas y el precio entregados recíprocamente por las partes al ejecutar el contrato nulo, que es una acción de naturaleza personal sometida al plazo de prescripción previsto en el art. 1964 del Código Civil, que antes de octubre de 2015 era de quince años y en la actualidad es de cinco años" (FJ 4º, ap. 8)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> "La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usurario", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, nº 38, pp. 56 y ss.; "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*, 2021, nº 40, pp. 13 y ss.

<sup>2</sup> Sobre esta doctrina del ATS de 22 de julio de 2021, v. MARÍN LÓPEZ, "Dos cuestiones prejudiciales...", *cit.*, pp. 20 y ss.

Se trata, por tanto, de una cuestión que ya debería considerarse pacífica en los tribunales. Por esa razón resulta sorprendente que todavía algunas Audiencias Provinciales sigan defendiendo que la acción de restitución de cantidades es imprescriptible. Es el caso, por ejemplo, de la SAP Málaga 48/2021 (Secc. 7º, con sede en Melilla), de 14 de julio, que afirma que "*declarada la nulidad del contrato, no cabe fijar límite temporal a la restitución en función del tiempo transcurrido desde que aquél fue firmado*". Y también de la SAP Asturias (Secc. 4ª) 367/2021, de 18 de octubre, que en un caso de nulidad de un crédito revolving sostiene que la restitución de cantidades es una consecuencia automática derivada de la nulidad del contrato por usurario, sin estar sometida a plazo alguno de prescripción. Igualmente inexplicable es que la SAP Cádiz 4/2022, de 11 de enero (ECLI:ES:APCA:2022:48), considere imprescriptible la acción de restitución de los gastos hipotecarios.

Conforme a lo expuesto, hoy día es indiscutible que la acción de restitución de los gastos hipotecarios prescribe en el plazo de cinco años (art. 1964.2 CC). Sin embargo, si la acción nació antes del 7 de octubre de 2015, el plazo de prescripción, que debería ser de quince años (redacción del art. 1964 antes de su reforma por la Ley 42/2015), se reduce, pues se considerará prescrita el 7 de octubre de 2020; aunque en verdad esa prescripción tendrá lugar el 28 de diciembre de 2020, según resulta de la DA 4ª del RD 463/2020, y del art. 10 y la Disp. Derogatoria única del RD 537/2020<sup>3</sup>.

Aclarado que la acción de restitución sí prescribe, y que lo hace en el plazo de cinco años, queda pendiente de determinar el día en que empieza a correr el plazo de prescripción. A estos efectos, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 1969 CC, que establece que "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse". En parecidos términos se expresa el art. 1964.2 CC, tras la modificación operada por la Ley 42/2015: "las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación". En consecuencia, el plazo prescriptivo de la acción de restitución de los gastos hipotecarios se inicia el día en que esa acción "puede ejercitarse" o "puede exigirse"; expresiones ambas que tiene el mismo significado. Por esta razón es indiferente acudir a uno u otro precepto para fijar el *dies a quo*.

Existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado el art. 1969 CC en clave subjetiva, superando así la vieja doctrina de la "actio nata". De este modo, para que el plazo empiece a correr no basta con que la acción haya nacido jurídicamente, sino que se requiere además que el acreedor conozca o pueda razonablemente conocer los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona a la que reclamar.

---

<sup>3</sup> Sobre el modo en que afecta al plazo de prescripción la declaración del estado de alarma, v. MARÍN LÓPEZ, "La prescripción de la acción de restitución...", *cit.*, pp. 64 y ss.

En realidad, para que el plazo de prescripción empiece a correr es necesario que concurran tres requisitos: (i) que exista la posibilidad jurídica de ejercitar la pretensión, esto es, que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) que el acreedor conozca, o debiera haber conocido si hubiera con la diligencia debida, los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar; y (iii) que el acreedor tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar<sup>4</sup>. Si falta alguno de estos requisitos el acreedor no puede ejercitar la pretensión, tal y como exige el art. 1969 CC, por lo que el plazo prescriptivo no empezará a correr.

### **1. *Dies a quo*, nacimiento de la acción de restitución y posibilidad jurídica de ejercitarla**

El primer requisito para que el plazo de prescripción empiece a correr es que la acción, que ya ha nacido, pueda ser ejercitada jurídicamente. En los derechos de crédito, la acción es jurídicamente ejercitable cuando la deuda ha vencido y, por ello, el crédito es exigible; pues únicamente en ese instante puede el acreedor reclamar el pago o cumplimiento. Sin embargo, hay acciones que ya han nacido y que todavía no pueden ser ejercitadas porque una ley lo impide. En este caso, "se retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir [existir] un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio" (STS 780/2021, de 15 de noviembre; RJ 2021, 5281)<sup>5</sup>. Es lo que sucede con los arts. 111 y 114 LECrim, que prohíben el ejercicio judicial de acciones civiles (entre ellas, la acción de indemnización de daños) una vez que se han iniciado actuaciones penales; por lo que el plazo de prescripción empieza a correr cuando el acreedor conozca o hubiera debido conocer que las actuaciones penales o el proceso penal han concluido.

En el caso de la acción de restitución de los gastos hipotecarios indebidamente abonados, ¿cuándo nace esta acción y puede ser ejercitada por el consumidor conforme a derecho? Hay que partir del hecho de que la cláusula de gastos, que adolece de nulidad de pleno derecho por tratarse de una cláusula abusiva, es nula desde que se celebra el contrato de préstamo hipotecario. La cláusula es nula desde el principio, aunque tenga apariencia de validez hasta que no sea declarada nula en sentencia judicial. Repárese que la sentencia es declarativa (declara nulidad de la cláusula que ya existía desde el principio), y no constitutiva.

Aunque la cláusula sea nula desde que se celebra el préstamo hipotecario, desde ese instante no empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución. Y es que difícilmente cabe sostener que la acción de restitución puede ejercitarse desde

---

<sup>4</sup> Con más detalle, MARÍN LÓPEZ, "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil", en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 96 y ss.

<sup>5</sup> En el mismo sentido, SSTS 6/2015, de 13 de enero (RJ 2015, 266); 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 983); 721/2016, de 5 de diciembre (RJ 2016, 6310); 398/2017, de 27 de junio (RJ 2017, 3022); 416/2018, de 3 de julio (RJ 2018, 2798); 339/2020, de 23 de junio (RJ 2020, 2200).

la fecha de celebración del préstamo cuando en ese instante todavía no se han abonado los gastos hipotecarios. Por definición, no puede reclamarse la restitución de lo entregado antes de que esa entrega se haya realizado. Algo parecido sucede con la acción de cobro de lo indebido o enriquecimiento sin causa: el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de estas acciones no puede fijarse antes de que el deudor realice ese pago indebido o esa atribución patrimonial que provoca un enriquecimiento injusto del destinatario.

Conforme a lo expuesto, el consumidor no puede ejercitar jurídicamente la acción de restitución de los gastos hipotecario cuando se perfecciona el contrato de préstamo hipotecario, sino cuando el consumidor paga los gastos que la cláusula le impone. Por lo tanto, la fecha relevante es el día en que se abonan los aranceles notariales y registrales, el precio de la empresa de gestoría y de tasación, y el día en que se ingresa en la Hacienda Pública el impuesto de actos jurídicos documentados. Todos estos gastos se abonan, por definición, varios días o semanas después de celebrado el préstamo hipotecario. Con la excepción de los gastos de tasación, que en función de cuál sea la entidad tasadora y el sujeto que encargue el informe de tasación, pueden abonarse antes o después del préstamo. En todo caso, aunque el precio de la tasación lo pague el consumidor antes de celebrarse el préstamo, su restitución no podrá solicitarla el consumidor sino después de que las partes hayan firmado ante notario el préstamo hipotecario.

La determinación de la fecha exacta en la que se produce el pago de esos gastos será más o menos fácil de averiguar, dependiendo del gasto de que se trate. Así, en relación con el impuesto de actos jurídicos documentados, la fecha es la que figura en el modelo utilizado para abonarlo. Y en los demás gastos habrá de estarse a la fecha que se indica en la factura emitida por el correspondiente profesional; salvo que el prestamista (que es quien opone la prescripción) acredite de otro modo que el pago se realizó en una fecha anterior. Por otra parte, es muy habitual que el prestatario haya anticipado una cantidad de dinero a la gestoría encargada de los trámites conducentes a la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que con el mismo se abonen los gastos hipotecarios. La entrega de ese anticipo, que suele ser una parte del capital prestado, no puede servir como fecha para fijar el día en que la acción de restitución puede ejercitarse. Pues como su propio nombre indica, se trata de un simple adelanto de dinero para facilitar las gestiones de la gestoría. La fecha relevante a efectos del *dies a quo* es la de las facturas de abono de los gastos a los profesionales, en los términos que se ha expuesto.

## **2. El *dies a quo* no es la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula**

Algunas Audiencias Provinciales defienden que el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos es la fecha en que deviene firme la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos. Pues en ese instante es cuando "nace" el derecho a reclamar la restitución de los gastos indebidamente abonados. Así lo entienden, entre

otras, las SSAP La Rioja 59/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES:APLO:2018:114); Málaga de 31 de julio de 2019 (ECLI:ES:APMA:2019:1524), Toledo 1317/2021, de 13 de octubre (ECLI:ES:APTO:2021:1888), Toledo 82/2022, de 25 de enero (ECLI:ES:APTO:2022:37), Lérida 47/2022, de 21 de enero (ECLI:ES:APL:2022:37), Málaga 90/2022, de 20 de enero (ECLI:ES:APMA:2022:109)

Esta solución no es adecuada. Es cierto que para reclamar judicialmente la restitución de los gastos hay que solicitar con carácter previo (normalmente, en ese mismo proceso) la nulidad de la cláusula. Pero eso no implica que el *dies a quo* de la acción restitutoria pueda fijarse el día de la firmeza de la sentencia. Pues desde que se celebra el contrato la cláusula de gastos es nula, y desde ese instante nace la acción de restitución y puede ejercitarse judicialmente, aunque haya que ejercitar también para ello la acción de nulidad. Además, vincular el *dies a quo* a la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula significa en la práctica hacer imprescriptible la acción restitutoria, permitiendo así que los consumidores puedan solicitar la restitución de los gastos de préstamos hipotecarios celebrados hace décadas.

En definitiva, de los arts. 1964.2 y 1969 CC no puede concluirse que el *dies a quo* de la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas es la fecha en que se dicta la sentencia que declara la nulidad de la cláusula.

### **3. *Dies a quo* y conocimiento por el consumidor de los hechos que fundamentan la acción de restitución**

Para que el plazo de prescripción empiece a correr no basta con que la acción haya nacido y sea jurídicamente ejercitable. Es necesario, además, que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Es este el criterio subjetivo, o criterio del conocimiento, que ha sido acogido en otros modelos normativos (textos internacionales y leyes de otros países, como Francia o Alemania)<sup>6</sup>. En España ha sido expresamente admitido para los daños extracontractuales (art. 1968.2º CC), daños nucleares (art. 15.2 Ley 12/2011), daños por prácticas restrictivas de la competencia (art. 74.2 Ley 15/2007) y daños causados por productos defectuosos (art. 143.1 TRLGDCU). Por otra parte, se establece como criterio general en el derecho navarro (Ley 23 del Fuero Nuevo) y en el catalán (art. 121-23.1 CC catalán).

El Tribunal Supremo desde hace años ha interpretado el art. 1969 CC en clave subjetiva. En un primer momento acoge la denominada "teoría de la realización", según la cual el derecho no puede realizarse, esto es, no puede ejercitarse para lograr su efecto, "en una época en la que no podría ponerlo normal y eficazmente en ejercicio por no conocer todavía las bases para actuarlo" (STS 5 de junio de 2008; RJ 4239)<sup>7</sup>. Pero en otras sentencias se vincula el *dies a quo* a la fecha en que la parte

<sup>6</sup> Referencias concretas en MARÍN LÓPEZ, "El *dies a quo*...", *cit.*, pp. 56 y ss.

<sup>7</sup> También, SSTS 25.3.2009 (RJ 1746), 4.4.2013 (RJ 2597) y 16.1.2015 (RJ 278), entre otras.

que propone el ejercicio de la acción "*disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*" (STS 12 diciembre 2011, RJ 3542); lo que parece remitir a la posibilidad real y efectivo, en su doble vertiente de ausencia de impedimentos físicos y jurídicos y de conocimiento del actor sobre los hechos que fundamentan su pretensión. Este mismo razonamiento lo repiten muchas sentencias posteriores<sup>8</sup>, incluso algunas muy recientes<sup>9</sup>. Sin embargo, es la STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 4350) la que establece, como regla general, el criterio del conocimiento en la interpretación del art. 1969 CC. Señala que el plazo prescriptivo se inicial en el momento en que el titular del derecho "*tiene conocimiento de la lesión de su derecho, o debió tenerlo por exigencias de una diligencia básica*". Esta regla se repite en sentencias posteriores, como las SSTS 21 de junio de 2013 (RJ 8079), 2 de diciembre de 2013 (RJ 7832) y 14 de enero de 2014 (RJ 1). Y desde entonces son muchas las sentencias que insisten en vincular el *dies a quo* del plazo prescriptivo al conocimiento por el acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión<sup>10</sup>.

Para que el plazo empiece a correr no es necesario que el acreedor conozca esos hechos (conocimiento real), sino que basta con que hubiera podido conocerlos de haber actuado con la diligencia debida. Esta regla del conocimiento potencial (o cognoscibilidad) encaja perfectamente con el fundamento y finalidad de la prescripción. Si el acreedor diligente ignora los hechos que fundamentan la pretensión es indudable que el plazo prescriptivo no debe comenzar a correr. Pero si esa ignorancia sólo a él es imputable, pues cualquier persona en su situación habría conocido esos hechos, no parece que deba retrasarse el *dies a quo*. Pues eso significaría dejar en manos del acreedor la decisión de cuándo ha de comenzar a correr el plazo.

De este modo, la diligencia del acreedor constituye un parámetro para juzgar cuándo ha de fijarse el *dies a quo* del plazo prescriptivo. Esta regla del conocimiento potencial ha sido expresamente admitida por el legislador español en algunos ámbitos (daños nucleares, prácticas restrictivas de la competencia). Pero el Tribunal Supremo, que ya la asumió en la STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 4350), la ha generalizado y la utiliza para interpretar los arts. 1968.2º CC y 1969 CC. El conocimiento potencial de los hechos remite a la posibilidad "razonable" de conocerlos, o lo que es lo mismo, a una actuación diligente del acreedor encaminada a su averiguación. El *dies a quo* llega, aunque el acreedor ignore los hechos que fundamentan su pretensión, cuando de haber actuado diligentemente los habría conocido. Para determinar qué nivel de diligencia es exigible al acreedor habrá que atender a las circunstancias del caso.

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, SSTS 28.6.2012 (RJ 10403), 18.12.2012 (RJ 2013, 1251), 9.1.2013 (RJ 1260), 21.1.2013 (RJ 1262), 8.3.2013 (RJ 2170), 25.4.2013 (RJ 3389 y 2.4.2014 (RJ 2162).

<sup>9</sup> SSTS 279/2020, de 10 de junio, 326/2020, de 22 de junio (RJ 2020, 2229); 780/2021, de 15 de noviembre (RJ 2021, 5281).

<sup>10</sup> Entre otras, SSTS 114/2019, de 20 de febrero; 350/2020, de 24 de junio; 159/2021, de 22 de marzo; 602/2021, de 14 de septiembre.

¿Cuáles son los hechos que fundamentan la pretensión, y que el acreedor debe conocer para que empiece a correr el plazo prescriptivo? No es posible dar una única respuesta, pues variarán en función de la concreta acción que se ejercite<sup>11</sup>.

En el caso de la cláusula de gastos, son tres los hechos que fundamentan la acción de restitución de cantidades de que dispone el consumidor: que el consumidor ha celebrado un préstamo hipotecario, que ese contrato obliga al consumidor a abonar los gastos de constitución del préstamo hipotecario y que el consumidor, en cumplimiento de esa cláusula contractual, ha abonado todos esos gastos de constitución. Para que el plazo prescriptivo empiece a correr es preciso que el consumidor conozca, o pueda conocer si actúa con la diligencia debida, esos tres hechos. El primero de ellos no plantea dificultades: es evidente que desde que se celebra el contrato el consumidor conoce que lo ha celebrado. En cuanto al segundo, el consumidor también conoce que la escritura de préstamo hipotecario le obliga a satisfacer todos los gastos de constitución del préstamo. No cabe sostener que la cláusula de gastos es predispuesta e impuesta y, por ello, desconocida por el consumidor. Pues si la cláusula ha superado el control de incorporación es porque se trata de una cláusula "accesible", esto es, el consumidor ha tenido la oportunidad de conocerla con carácter previo a la celebración del contrato (como señala el art. 80.1.b) TRLGDCU, se permite al consumidor tener un "conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"). De modo que el consumidor al menos podía conocerla.

El consumidor también tiene que conocer el tercer hecho que fundamenta la pretensión: que ha abonado los gastos hipotecarios. Ese concreto dato lo conoce cuando recibe de la gestoría la documentación con todas las facturas del notario, registro de la propiedad, empresa tasadora y de la propia gestoría, y el documento acreditativo de haber ingresado el IAJD en la Hacienda Pública. Esta es la fecha relevante a efectos del *dies a quo*. No cabe sostener que el consumidor, de haber actuado con diligencia, podría haber obtenido esos datos con anterioridad. En concreto, que podía solicitar información a la gestoría antes de que esta le remitiera la documentación. Esta interpretación no convence, pues no parece razonable que una conducta diligente del prestatario le lleve a solicitar esa información antes de que se le envíe, sobre todo cuando él sabe que la gestoría le remitirá por correo las facturas emitidas y abonadas y la cuantía de cada gasto.

Lógicamente, para que el plazo prescriptivo empiece a correr el consumidor tienen que conocer la identidad de la persona contra la que reclamar. Pero este requisito no plantea dificultades en el caso que nos ocupa, pues siendo la parte demandada la entidad prestamista, es obvio que el consumidor conoce ese dato desde que se celebra el préstamo hipotecario.

---

<sup>11</sup> Numerosos ejemplos en MARÍN LÓPEZ, "La prescripción de la acción de restitución...", *cit.*, pp. 72 y ss.

En conclusión, el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados por el consumidor empieza a correr desde que el consumidor recibe de la gestoría las facturas del notario, registro de la propiedad, empresa tasadora y de la propia gestoría, y el impreso del IAJD. En ese momento conoce que ha pagado esos gastos y su cuantía exacta. Esta es, además, la tesis que mayoritariamente han seguido las Audiencias Provinciales, que fijan el *dies a quo* el día en que se abonan esos gastos. Es el caso de las Audiencias Provinciales de Barcelona, Valencia, Alicante, Murcia, Castellón y Baleares, entre otras.

#### **4. ¿Cabe vincular el *dies a quo* al conocimiento por el consumidor de que la cláusula es abusiva y de que puede solicitar la devolución de los gastos abonados?**

Para que el plazo de prescripción empiece a correr se exige que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión, pero no el derecho del que dispone el acreedor. El acreedor tiene que conocer (o tiene que poder haber conocido) que se han producido ciertos hechos (los que fundamentan la pretensión), pero no que esos hechos le atribuyen un derecho o pretensión.

Los arts. 1964.2 y 1969 CC deben interpretarse desde esta premisa. De este modo, un acreedor "puede exigir" el cumplimiento de la obligación o "puede ejercitar" la acción, a los efectos de los dos preceptos mencionados, aunque ignore que es titular de un derecho o pretensión y desconozca, por ello, que puede ejercitar ese derecho judicial o extrajudicialmente. Si conoce (real o potencialmente) los hechos que fundamentan la pretensión, el plazo de prescripción empezará a correr, aunque ignore el derecho. Esta regla rige en otros modelos regulatorios (textos internacionales y leyes de otros países). E igualmente se sigue en el derecho catalán y navarro, que aluden al conocimiento de "hechos", sin referirse en ningún momento al conocimiento sobre el derecho.

En otro lugar ya me he ocupado de la irrelevancia que tiene para fijar el *dies a quo* del plazo prescriptivo que el prestatario conozca el carácter usuario del préstamo y que tiene derecho a reclamar la devolución de los intereses usurarios abonados<sup>12</sup>. Esta misma irrelevancia puede predicarse respecto al plazo de prescripción de cualquier otra pretensión, y en particular, de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados por aplicación de la cláusula de gastos inserta en un préstamo hipotecario.

Centrándonos en la cláusula de gastos, no cabe vincular el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución a la fecha en la que el consumidor conozca (o hubiera debido conocer, si hubiera actuado con la diligencia exigible) que es titular del derecho a reclamar frente al prestamista la devolución de ciertas cantidades, por ser la cláusula de gastos nula. A efectos de fijar el *dies a quo* da absolutamente igual

---

<sup>12</sup> MARÍN LÓPEZ, "La prescripción de la acción de restitución...", *cit.*, pp. 74 y ss.

cuándo el consumidor sabía (o podía haber sabido) que la cláusula de gastos era abusiva, o cuándo conocía la concreta norma o doctrina jurisprudencial que ampara la anulación de la cláusula y la restitución de cantidades. Repárese que la calificación de una cláusula como abusiva es una cuestión jurídica que, como tal, queda fuera de los hechos que el acreedor debe conocer para que se inicie el plazo prescriptivo.

Por esta razón, el art. 1969 CC no puede servir para sostener, como hacen algunas sentencias de Audiencias Provinciales y parte de la doctrina científica, que el plazo de prescripción de la acción restitutoria no corre hasta que se publica la STS, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015, argumentando que es en ese momento cuando un consumidor medio conoció (o podía haber conocido de haber actuado diligentemente) que es abusiva la cláusula de gastos. O que el *dies a quo* debe fijarse en la fecha en que se publican las cinco SSTS de 23 de enero de 2019 (con número 44, 46, 47, 48 y 49), del Pleno de la Sala Primera, que son las primeras que establecen el reparto de gastos entre las partes, indicando qué concretas cantidades puede reclamar el consumidor al prestamista.

Esta doctrina es coherente con otros principios que rigen nuestro derecho. En particular, con aquel que sanciona que la ignorancia de la ley es un riesgo que soporta el ignorante, aunque la ignorancia sea excusable y no pueda evitarse ni siquiera con un comportamiento diligente. Y es que la norma o derecho en que se funda la pretensión del reclamante no forma parte del material cognoscible a efectos de fijar el *dies a quo*. El riesgo sobre la ignorancia del derecho no lo puede desplazar el acreedor al deudor mediante un retraso en el *dies a quo* del plazo de prescripción. O dicho de otro modo: el riesgo de desconocimiento de una norma jurídica, o de una errónea valoración de las consecuencias jurídicas de esa norma, recae sobre la persona que lo padece, sin que pueda reasignarse al otro contratante mediante el expediente de atrasar el *dies a quo*. Por eso, si el consumidor no sabe que la cláusula de gastos es abusiva, que el TRLGDCU establece que las cláusulas abusivas son nulas, o que al ser abusiva tiene derecho a solicitar la devolución de parte de los gastos abonados, esa ignorancia no impedirá que el plazo prescriptivo empiece a correr.

Igualmente, del art. 1969 CC no cabe deducir que el acreedor tenga que contar con un precedente jurisprudencial que reconozca que dispone de ese derecho. Para fijar el *dies a quo* no es necesaria una sentencia judicial (ni del Tribunal Supremo ni de ningún otro órgano jurisdiccional) que sancione la existencia de ese derecho a favor del acreedor, o que delimite su contenido, alcance o consecuencias. Por eso, si el consumidor celebró el contrato antes de 2015, el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empieza a correr aunque todavía no se haya dictado la STS de 23 de diciembre de 2015. Repárese, además, que el acreedor no puede beneficiarse de un cambio de jurisprudencia, que le "conceda" derechos que antes le negaba. Pensemos, por ejemplo, en la comisión de apertura de un préstamo hipotecario. La STS 44/2019, de 23 de enero, establece que esta cláusula es válida, porque supera el control de transparencia material. Imaginemos que el Tribunal Supremo dicta nueva sentencia sobre esta cláusula en julio de 2023, y que en este

caso la considera válida. Es evidente que si el préstamo se celebró en 2017 la pretensión de restitución de la comisión ya ha prescrito; porque el “reconocimiento” de la nulidad de la cláusula en julio de 2023 no afecta al *dies a quo*, ni vuelve a conceder al consumidor un nuevo plazo de prescripción que en realidad ya había transcurrido íntegramente<sup>13</sup>.

Son muy clarificadoras las palabras de CARRASCO PERERA cuando declara que “no sólo es riesgo del titular de la acción el conocimiento o desconocimiento de existencia de la norma jurídica o fuente del derecho correspondiente. Es también riesgo suyo la interpretación «correcta» de la norma, de la cual se desprende que es titular de una pretensión ganadora, aunque de hecho el titular no hubiera podido racionalmente conocer antes que era un titular de esta clase”<sup>14</sup>.

Por otra parte, hay casos en los que un acreedor, aunque actúe con diligencia, no puede por sí mismo conocer los hechos que fundamentan la pretensión o la identidad de la persona contra la que reclamar. En esta situación el acreedor podrá buscar el asesoramiento de un experto, quien emitirá un dictamen que indicará cuáles son esos hechos. Si el acreedor solicita el dictamen, como cualquier otra persona en su situación diligentemente habría hecho, el plazo de prescripción no corre hasta que el experto elabore el dictamen e informe al acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión. Esta doctrina ha sido asumida por la STS 190/2008, de 11 de marzo (RJ 2008, 5215), en un caso de daños en un edificio provocados por las obras realizadas en el edificio colindante. Según la sentencia, es el informe técnico el que acredita la causa de los daños y, por tanto, el sujeto responsable. De manera que es en ese momento cuando se conocen los hechos y, por tanto, puede fijarse el *dies a quo*<sup>15</sup>. Teniendo en cuenta los intereses en conflicto, y la exigencia de que el acreedor actúe con la diligencia debida, el conocimiento potencial requiere que el acreedor consulte a un experto, si cualquier otra persona en sus circunstancias lo habría consultado. Si el acreedor solicita el asesoramiento de un experto, el plazo de prescripción no corre hasta que el experto responda a esa consulta (normalmente, mediante un dictamen escrito). Actuando de este modo, el acreedor ha hecho todo lo que está en su mano

---

<sup>13</sup> Algo parecido sucede con la petición de restitución de parte de los gastos de gestoría. Las SSTS de 23 de enero de 2019 había declarado que los gastos de gestoría debían soportarse por mitad entre las partes, por lo que el consumidor podía reclamar la mitad de esos gastos. Pero más tarde la STS 555/2020, de 26 de octubre, cambia esta doctrina, sancionando que el consumidor tiene derecho a obtener la devolución íntegra de los gastos de gestoría. Este cambio de jurisprudencia no concede un nuevo plazo de prescripción al consumidor que pretende reclamar la mitad de los gastos de gestoría que, hasta ese momento, nunca había solicitado al prestamista. Más ejemplos en CARRASCO PERERA, “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”, en la *web del Centro de Estudios de Consumo*, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion\\_clausula\\_gastos\\_hipotecarios.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf) [fecha de consulta: 30.3.2022] pp. 6 y ss.

<sup>14</sup> “A vueltas...”, *cit.*, pp. 5.

<sup>15</sup> En parecidos términos, SSTS 501/2009, de 29 de junio (RJ 2009, 4761); 454/2016, de 4 de julio (RJ 2016, 2897); STS 94/2019, de 14 de febrero (RJ 2019, 544); y 602/2021, de 14 de septiembre (RJ 2021, 4067).

para averiguar los hechos que fundamentan la pretensión: consultar a un experto en la materia para que sea este el que, tras analizar el caso, descubra los hechos que fundamentan la pretensión. En tal caso el *dies a quo* hay que fijarlo el día en que el acreedor conoce el dictamen que le informa de esos hechos. El plazo de prescripción no corre incluso cuando el experto no descubre esos hechos por su conducta negligente; o cuando los descubre pero negligentemente no los comunica al acreedor. También en estos casos la conducta del acreedor es irreprochable, pues él ha actuado con la diligencia debida.

Usando una argumentación parecida, podría sostenerse que el acreedor que solicita el asesoramiento de un abogado retrasa con esa petición el inicio del cómputo del plazo hasta que el abogado realice ese asesoramiento. Como el abogado es un experto (en leyes), el plazo de prescripción no corre cuando se le consulta, incluso cuando el abogado responde al acreedor aconsejándole no interponer una demanda judicial, porque existen serias dudas de que pueda prosperar. Este razonamiento es inadecuado. Pues en ese caso el dictamen se solicita a un experto, no para que intente averiguar los hechos que fundamentan la pretensión, sino para que analice si el ordenamiento jurídico le atribuye un derecho, y en qué términos. Como se ha indicado, el conocimiento del derecho es un riesgo que soporta el acreedor, quien no podrá trasladarlo al deudor, ni siquiera mediante el expediente de consultar a un profesional de la abogacía.

Conviene hacer una última precisión. En algunas sentencias el Tribunal Supremo vincula el inicio del plazo de prescripción a que el acreedor conozca "*los elementos fácticos y jurídicos idóneos*" para poder ejercitar la pretensión (por todas, STS 12 diciembre 2011, RJ 3542). A pesar de utilizar esta expresión, el TS nunca ha precisado cuáles son esos elementos jurídicos. Más bien al contrario, en la práctica únicamente requiere que el acreedor conozca determinados hechos para que el plazo de prescripción empiece a correr. De manera que la alusión a los "elementos jurídicos" se utiliza como una suerte de cláusula de estilo de la que nunca se han derivado consecuencia alguna.

El régimen expuesto es el que deriva de la correcta aplicación de los arts. 1964.2 y 1969 CC. En otro lugar se analizará hasta qué punto esta interpretación ha de verse afectada por la doctrina del TJUE (v. epígrafe VII.2).

### **III. EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ALEMÁN**

Resulta muy interesante analizar la regulación alemana sobre el inicio del plazo de prescripción. De su estudio pueden extraerse enseñanzas que pueden ser muy útiles para entender la jurisprudencia del TJUE.

## **1. El criterio subjetivo de fijación del inicio del plazo de prescripción: el conocimiento por el acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión**

La prescripción se regula en Alemania en los §§ 194 y ss. del Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-). El BGB contempla los dos criterios (objetivo y subjetivo) para fijar el inicio del plazo de prescripción, lo que constituye una solución de compromiso que, además, dota al sistema de mucha complejidad. Se utilizará uno u otro en función del tipo de pretensión. El sistema subjetivo se aplica a las pretensiones sometidas al plazo general de prescripción (§ 199.1 BGB), plazo que es de tres años (§ 195 BGB). En cambio, el *dies a quo* se determina de forma objetiva a las demás pretensiones, esto es, a las que tienen un plazo de prescripción de diez y de treinta años (§§ 196 y 197 BGB, respectivamente). En estos casos, el plazo prescriptivo se inicia con el nacimiento de la pretensión (§ 200 BGB), con independencia de que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión.

Para las pretensiones sometidas al plazo general de prescripción (tres años), el plazo se inicia el primer día del año siguiente a aquél en el que la pretensión ha nacido y el acreedor ha tenido conocimiento (o debía haberlo tenido de no haber actuado con negligencia grave) de las circunstancias que fundamentan la pretensión y de la persona del deudor (§ 199.1 BGB)<sup>16</sup>. Se adopta el sistema subjetivo del conocimiento, con la particularidad de que la "cognoscibilidad" (conocimiento potencial) se vincula a la posibilidad de conocer "sin negligencia grave", y de que el plazo comienza el primer día del año siguiente.

La acción de restitución de cantidades que deriva de la nulidad de la cláusula de gastos es una acción sometida al plazo general de prescripción de tres años, y queda sometida, por ello, al criterio subjetivo de determinación del *dies a quo*. Esta petición de restitución se canaliza a través de la *conditio* de prestación (§ 812.1 BGB), en la medida en que nace de la nulidad absoluta de una cláusula contractual que contraviene la ley (§ 134 BGB).

En el derecho alemán, la fijación del *dies a quo* en clave subjetiva significa que aunque haya nacido la acción, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que el acreedor conozca, o hubiera debido conocer si no hubiera actuado con negligencia grave, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. A salvo del mayor rigor que se exige en el derecho alemán en relación con la negligencia del acreedor, se trata de un modelo regulatorio que coincide con la interpretación propuesta del art. 1969 CC. En este sentido, la doctrina alemana ha destacado que el conocimiento ha de versar sobre los hechos que fundamentan la acción, y no sobre el derecho. Como ha destacado GROTHE, el error

---

<sup>16</sup> "Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem

1. Der Anspruch entstanden ist und
2. Der Gläubiger von den den Anstruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste".

o la ignorancia del acreedor sobre el derecho aplicable es irrelevante a efectos de fijar el *dies a quo*<sup>17</sup>. Efectivamente, es irrelevante que el acreedor ignore que dispone de un derecho o pretensión, o que desconozca la calificación jurídica que resulta de los hechos y que le atribuye un derecho. Si conoce los hechos, o puede conocerlos actuando con una diligencia mínima, el plazo de prescripción empieza a correr (desde el 1 de enero del año siguiente).

Muy vinculado al tema del inicio del plazo de prescripción es el relativo a la interrupción y suspensión del plazo. La regulación alemana sobre prescripción también contempla la interrupción de la prescripción, aunque desde la reforma del BGB de 2001 se abandona este término (*Unterbrechung*) y se sustituye por el de "nuevo comienzo de la prescripción (*Neubeginn der Verjährung*), mucho más descriptivo. A diferencia del derecho español, que admite la interrupción con gran generosidad (basta una reclamación extrajudicial o el ejercicio de la acción ante los tribunales, art. 1973 CC), el derecho alemán es mucho más restrictivo, pues solo la admite en dos casos: reconocimiento por el deudor de la pretensión frente al acreedor, e inicio de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución forzosa (§ 212 BGB). Por lo que se refiere a la suspensión (*Hemmung*), el derecho alemán la admite con generosidad en los §§ 203 a 209 BGB. Los supuestos más importantes de suspensión son el ejercicio judicial de la pretensión, la fuerza mayor, las negociaciones entre los contratantes, dirigidas a obtener un acuerdo al margen de los tribunales, las relaciones familiares u otras que implican ciertos vínculos personales entre los sujetos, y las pretensiones (indemnizatorias) derivadas de abusos sexuales.

El derecho alemán contiene una regla de cierre: establece un plazo máximo por allá del cual el acreedor no puede ejercitar su derecho (o más exactamente, el deudor puede oponer la prescripción del mismo)<sup>18</sup>. Se trata de una regla de cierre del sistema, que trata de evitar que el plazo de prescripción se prolongue en exceso (incluso indefinidamente), afectando así a la seguridad jurídica. En Alemania este plazo es de diez años (§ 199.4 BGB). Por lo tanto, una vez transcurrido este plazo la pretensión se considerará prescrita, al margen de que con el juego de la interrupción o la suspensión debiera reputarse como no prescrita. Se trata de "corregir" los aspectos negativos que conlleva la fijación de un *dies a quo* conforme a criterios subjetivos. En efecto, aunque el plazo de prescripción comience a correr sólo cuando el acreedor tenga la posibilidad de conocer la acción y el alcance de la misma, hay que establecer un plazo de duración de carácter objetivo (en Alemania, diez años desde que nace la pretensión), transcurrido el cual ya no pueda el acreedor ejercitar la pretensión. Aunque esta es la regla general, el BGB regula plazos máximos más extensos para algunas acciones concretas<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Comentario al § 199, BGB, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9ª ed., 2021, Rn. 29.

<sup>18</sup> La terminología es muy variada. En Cataluña se conoce como "plazo de preclusión". El BGB alemán los denomina plazos máximos de prescripción (*Verjährungshöchstsfristen*).

<sup>19</sup> Algunas acciones de indemnización de daños y de sucesiones (en los § 199.2, 3 y 3a BGB).

El régimen de la prescripción en el derecho alemán se configura como un modelo adecuado de regulación, que toma en consideración los legítimos intereses de las partes. La determinación del *dies a quo* conforme a un criterio subjetivo beneficia al acreedor, pues el plazo no corre hasta que él conoce o podía conocer determinados hechos. Pero el plazo máximo de prescripción favorece al deudor, quien en todo caso quedará liberado si transcurre ese plazo máximo (de diez años) desde que objetivamente nace la acción, aunque el acreedor no haya conocido los hechos que fundamentan la pretensión. Igualmente interesa al deudor el limitado número de casos en que cabe la interrupción de la prescripción. También beneficia al deudor que el plazo no se interrumpa ni se suspenda por reclamación extrajudicial. Y el ejercicio judicial del derecho tampoco interrumpe, sino que simplemente suspende el transcurso del plazo prescriptivo. Se trata, pues, de un modelo equilibrado, que atiende tanto a los intereses del acreedor como del deudor. Ese mismo equilibrio se manifiesta en la duración del plazo general (tres años), que no es ni muy largo ni muy corto.

## **2. La jurisprudencia alemana sobre el retraso del *dies a quo* en caso de situaciones jurídicas opacas o existencia de una jurisprudencia claramente hostil**

La jurisprudencia alemana se ha alejado de la letra del § 199.1 BGB, y ha establecido que en ocasiones para se inicie el plazo de prescripción no basta con que el acreedor conozca o pueda conocer los hechos que fundamentan la pretensión. Así sucederá cuando la situación jurídica existente sea tan opaca y confusa que ningún abogado habría considerado razonable ejercitar una pretensión por vía judicial; o cuando existe una jurisprudencia claramente contraria al ejercicio del derecho que permite calificar como temerario al abogado que interponga una demanda<sup>20</sup>. Como señala RUIZ ARRANZ<sup>21</sup>, aunque jurídicamente sea posible ejercitar la pretensión, porque se conocen todos los hechos que la fundamentan, la situación jurídica es tan confusa o la jurisprudencia tan hostil que es irracional exigir que se interponga una demanda, pues esa conducta podría calificarse como arriesgada o muy imprudente.

El retraso en el *dies a quo* se produce por la existencia de situaciones jurídicas opacas y confusas ("*eine unsichere un zweifelhafte Rechtslage*"). Una situación es de esa naturaleza cuando, a la vista del marco jurídico existente, ningún profesional del derecho ejercitaría judicialmente esa pretensión porque razonablemente cabría pensar que sería desestimada. También se retrasa cuando existe una jurisprudencia consolidada hostil ("*eine anspruchsförderlicher Rechtsprechung*") que rechaza el

---

<sup>20</sup> Una completa exposición de la situación, en HERRESTHAL, "Die Verschiebung des Verjährungsbeginns bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage – Contra legale Rechtsgewinnung im Verjährungsrecht", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2018, nº 9, pp. 401 y ss.

<sup>21</sup> En su espléndido trabajo "El *dies a quo* para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería", blog Almacén de Derecho, 22 de noviembre de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/se-puede-mover-la-porteria> [fecha de consulta: 22.3.2022]. Agradezco al prof. RUIZ ARRANZ haberme facilitado bibliografía alemana sobre la materia.

ejercicio de esa pretensión, de manera que únicamente una persona temeraria interpondría una demanda ante los tribunales. Como señala PIEKENBROCK<sup>22</sup>, en ambos casos puede estar justificado retrasar el *dies a quo*, aunque los intereses en conflicto son sensiblemente diferentes en uno y otro caso. El parámetro para valorar si la situación jurídica es opaca y confusa es la del "tercero bien informado legalmente", esto es, la del profesional jurídico que conoce adecuadamente el marco jurídico aplicable. Es ese tercero (y no el acreedor) quien debe examinar el marco jurídico existente y valorar si no está justificada (porque es irracional) la interposición de una demanda.

En estos casos la jurisprudencia alemana entiende que no puede exigirse al acreedor interponer una demanda, porque la demanda será desestimada con una probabilidad rayana en la certeza. Repárese que en el derecho alemán no existe otro mecanismo adecuado para que el acreedor pueda evitar el transcurso completo del plazo de prescripción que no sea la interposición de una demanda. En derecho alemán la reclamación extrajudicial no es causa de interrupción ni de suspensión. Y la suspensión se producirá en caso de ejercicio judicial de la pretensión (§ 204 BGB). Ahora bien, como la presentación de una demanda está totalmente contraindicada, por las razones expuestas, si se quiere proteger adecuadamente al acreedor no queda otra opción que retrasar el *dies a quo* hasta que la situación jurídica deje de ser opaca y confusa.

El *dies a quo* se retrasa hasta que la situación jurídica deje de ser opaca y confusa. Eso sucederá cuando, tras una evaluación precisa de la situación jurídica realizada por un profesional jurídico, pueda afirmarse que las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales impiden ya calificar el ejercicio judicial de la pretensión como absolutamente infundado o temerario. Para que ello suceda no hay que esperar a que el Tribunal Supremo alemán (BGH) haya dictado una sentencia en la que reconozca ese derecho, o a que los tribunales inferiores de manera mayoritaria lo hayan admitido<sup>23</sup>. Pues la opacidad y confusión puede desaparecer mucho antes. Basta con que exista un "caldo de cultivo" jurídico que permita entender que es posible la reclamación judicial de la pretensión (esto es, que no sea infundada o temeraria), aunque evidentemente no haya certeza de su estimación por los tribunales de justicia.

Conviene advertir que una situación jurídica incierta, compleja o difícil no es necesariamente una situación opaca y confusa que permite retrasar el *dies a quo*. Por su propia naturaleza el ordenamiento jurídico es complejo, de modo que en muchas ocasiones resulta engorroso adivinar si un determinado sujeto puede ejercitar una pretensión, en qué casos, contra quién y con qué consecuencias jurídicas y económicas. Estas situaciones de incertidumbre constituyen el pan nuestro de cada día, como bien sabe cualquier profesional del derecho. Por eso, esta

---

<sup>22</sup> En § 199, BGB, en GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN, *Beck-Online Grosskommentar zum BGB*, Rn. 137.

<sup>23</sup> PIEKENBROCK, § 199, BGB, *cit.*, Rn. 139.

dificultad, ambigüedad o incertidumbre sobre la calificación jurídica de una situación, la duda sobre cómo será resuelta por los tribunales, no afecta al *dies a quo*.

La doctrina de la inexigibilidad (irracionalidad) del ejercicio judicial de la pretensión, en la medida en que supone una modificación de la regla del *dies a quo* contenida en el § 199.1 BGB, debe ser interpretada restrictivamente<sup>24</sup>. Y es que únicamente tiene sentido para los verdaderos casos de situaciones jurídicas opacas y confusas. En esta línea, la jurisprudencia del BGH la ha aplicación de forma muy limitada<sup>25</sup>.

El carácter excepcional de la doctrina del retraso del *dies a quo* se expone con claridad en la sentencia del BGH de 17 de diciembre de 2020, que tiene su origen en las emisiones contaminantes de vehículos diésel de Volkswagen causadas por la manipulación de los motores<sup>26</sup>. El BGH ya había declarado, en una sentencia de 25 de mayo de 2020, que los compradores de vehículos manipulados tenían derecho a obtener del vendedor la devolución del precio abonado (descontado el valor del uso). Es la sentencia de 17 de diciembre de 2020 la que examina el régimen de la prescripción. En el caso de autos el demandante interpone la acción en 2019, y el BGH considera que está prescrita. El BGH entiende que en el año 2015 la propia Volkswagen había emitido un comunicado en el que informaba sobre la manipulación de los motores. Conforme al § 199.1 BGB, el comprador conocía (o podía conocer) desde ese momento los hechos que fundamentaban su reclamación: sabía de la manipulación del vehículo, conocía que su vehículo era de los posibles afectados y sabía la identidad de la persona contra la que reclamar. Por lo tanto, el plazo de prescripción comenzó a correr en enero de 2016 y termina a finales de 2018. Por eso, cuando interpone la demanda en 2019, ya está prescrita.

La sentencia es importante porque, aunque no aplica la doctrina del retraso del *dies a quo* por existencia de una situación jurídica opaca, explica cuál es la posición del BGH sobre esta doctrina<sup>27</sup>. Así, en su párrafo 10 señala que el aplazamiento del inicio del plazo ordinario de prescripción debido a una situación jurídica incierta y dudosa únicamente puede aceptarse en casos excepcionales perfectamente definidos y especialmente fundados. Con la introducción del plazo de prescripción de tres años, el legislador pretende dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas. Para obtener esa finalidad protectora, la prescripción requiere de normas claras, y ello aconseja interpretar las normas de prescripción de acuerdo con redacción de las

<sup>24</sup> GROTHE, § 199, *BGB, cit.*, Rn. 29.

<sup>25</sup> Así, en casos de responsabilidad del Estado por una inadecuada transposición de Directivas europeas, poderes fiduciarios nulos, responsabilidad del notario, etc. Una exposición de los casos admitidos, en PIEKENBROCK, § 199, *BGB, cit.*, Rn. 142 y ss.

<sup>26</sup> RUIZ ARRANZ, "El dies a quo...", *cit.*, pp. 4.

<sup>27</sup> Un resumen de la sentencia, en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2020&nr=113063&pos=3&anz=166> [fecha de consulta: 16.3.2022]. La sentencia a texto completo está disponible en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2020&anz=166&pos=3&nr=113688&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> [fecha de consulta: 16.3.2022].

normas vigentes. Según el BGH, la regulación de la prescripción representa un equilibrio de intereses entre el acreedor y el deudor. Aun así, dentro de unos estrechos límites cabe admitir excepciones para dar al acreedor una oportunidad justa de hacer valer su derecho. En definitiva, el BGH configura el retraso del *dies a quo* como una medida excepcional, que únicamente procede en casos plenamente justificados.

Además, la SGBH añade (párrafo 11) que el plazo de prescripción debe correr con normalidad aunque haya riesgo de que la acción ejercitada no sea estimada. Y establece también (párrafo 12) que no es exigible ejercitar un derecho si la interposición de la demanda es contraria a una jurisprudencia consolidada del más alto tribunal. Pero eso sólo está justificado siempre que no existe jurisprudencia discrepante, aun minoritaria, de otros tribunales superiores. Por otra parte, un cambio en la jurisprudencia que simplemente mejore las posibilidades de éxito de una reclamación no justifica el aplazamiento del inicio del plazo de prescripción. Además, destaca que el hecho de que no haya todavía una decisión del BGH sobre una determinada cuestión no implica que exista una situación jurídica opaca y confusa, sobre todo si hay una disputa de opiniones en la literatura científica y en la jurisprudencia menor (párrafo 13).

Conviene advertir que la doctrina del retraso del *dies a quo* por existir una situación jurídica opaca ha recibido severas críticas de parte de la doctrina alemana<sup>28</sup>. Se ha señalado que se trata de una creación jurisprudencial *contra legem*, pues se separa de las previsiones normativas contenidas en el § 199.1 BGB. Constituye además una anomalía en un modelo de prescripción equilibrado, que atiende por igual a los intereses del acreedor y del deudor. La demora del *dies a quo* hasta que la situación jurídica deje de ser opaca provoca una intolerable indefensión para el deudor, quien al cabo de los años puede verse demandado por pretensiones que él reputaba prescritas. Por otra parte, la seguridad jurídica, que es el objetivo principal de la prescripción, desaparece. Todo deudor está expuesto a un cambio de jurisprudencia que "reabra" pretensiones que debían considerarse prescritas, lo que es inadmisibles en un estado de derecho. Además, la propia configuración del supuesto de hecho (¿cuándo una situación jurídica es opaca y confusa?) es tan abstracta que resulta imposible de delimitar. Al ser una doctrina de contornos difusos, es seguro que en cada pleito el acreedor se afanará por demostrar que no era razonable (exigible) obligarle a litigar. También se ha tildado a esta doctrina de colocar a los acreedores en distinta situación, según se animen a litigar en un primer momento (con el riesgo de ver desestimada su pretensión) o esperar a que la situación jurídica ya no sea confusa (con mayores posibilidades de éxito procesal). No hay razones para tratar mejor a los acreedores que de ese segundo grupo que a los del primero. No parece justo, y puede incluso vulnerar el principio de igualdad, beneficiar a los acreedores que no arriesgan y permanecen inactivos frente a aquellos que dan un paso adelante y

---

<sup>28</sup> Especialmente críticos, HERRESTHAL, "Die Verschiebung...", *cit.*, pp. 405 y ss; BITTER, "Aufschub des Verjährungsbeginns bei unklarer und klarer Rechtslage?", *Juristen Zeitung*, 2015, nº 4, pp. 170 y ss.

ejercitan judicialmente su pretensión. Se da por buena la conducta estratégica de quien espera hasta que los tribunales aclaren si es titular de un derecho y si puede con su ejercicio obtener determinadas ventajas económicas. La situación es especialmente grave en casos de cambio de jurisprudencia consolidada. Admitir que en estos supuestos el acreedor puede interponer su demanda, porque se inicia el plazo de prescripción, supone socavar las bases del estado de derecho y de la propia institución de la prescripción como mecanismo para dar seguridad jurídica al sistema.

### **3. La aplicación de la doctrina del retraso del *dies a quo* a la acción de restitución de los gastos**

La acción de restitución de las cantidades abonadas en aplicación de una cláusula de gastos abusiva está sometida al § 199.1 BGB. Eso significa que el plazo de prescripción para ejercitar esta acción empieza a correr cuando se realizan los pagos, pues desde ese instante nace la acción y el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión. La doctrina alemana coincide que ese es el *dies a quo* conforme al § 199.1 BGB. Así, por ejemplo, si el préstamo hipotecario se celebra en junio de 2006 y ese mismo mes se abonan los gastos, el plazo de prescripción se inicia el 1 de enero de 2007 y finaliza el 31 de diciembre de 2009.

Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha aplicado a esta acción la doctrina del retraso en el *dies a quo*. Lo hace en la sentencia del BGH de 28 de octubre de 2014 (XI ZR 348/13) la que fija esta doctrina<sup>29</sup>, según la cual el *dies a quo* de esta acción hay que fijarlo en el año 2011<sup>30</sup>. Se ha destacado que con esta sentencia el BGH desarrolla su doctrina de la inexigibilidad de la acción en caso de jurisprudencia abiertamente hostil<sup>31</sup>.

Para comprender esta decisión conviene hacer un poco de historia<sup>32</sup>. Hasta el 2004 era jurisprudencia consolidada que el consumidor no podía reclamar al prestamista la restitución de los gastos abonados al constituir un préstamo hipotecario. En el año 2008 Gerd Nobbe, presidente de la Sección de Derecho bancario del BGH, publicó un artículo doctrinal en el que calificada a la cláusula de gastos como abusiva. En el año 2010 se dictan sentencias por algunos tribunales regionales (OLG) que declaran

---

<sup>29</sup> Un resumen de la sentencia en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Seite=1&nr=69202&pos=43&anz=196> [fecha de consulta: 11.3.2022]. Puede consultarse a texto completo en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Seite=1&anz=196&pos=43&nr=69425&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> [fecha de consulta: 11.3.2022].

<sup>30</sup> En el mismo sentido, dos SSBGH de 4 de julio de 2017, disponibles en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2017-7&nr=78794&pos=21&anz=22> [fecha de consulta: 11.3.2022].

<sup>31</sup> MÜLLER-CHRISTMANN, "Zumutbarkeit der Klageerhebung als ungeschriebene Voraussetzung des Verjährungsbeginns", en *Festschrift Bamberger zum. 70 Geburtstag*, Beck, 2017, pp. 235.

<sup>32</sup> Se sigue a RUIZ ARRANZ, "El dies a quo...", *cit.*, pp. 5.

abusiva esta cláusula, pero sin condena a la restitución de cantidades. Esta jurisprudencia se generaliza en el año 2011. El BGH dicta dos sentencias el 13 de mayo de 2014 que sostienen que la cláusula de gastos es abusiva, por no superar el control de contenido. Desde ese momento se generalizan las demandas judiciales que reclaman la devolución de los gastos indebidamente satisfechos. En esta situación es cuando se dicta la SBGH de 28 de octubre de 2014, relativa al inicio del plazo de prescripción de esta acción de restitución.

La SBGH de 28 de octubre de 2014 analiza cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos abonados y si es posible aplicar la doctrina del retraso del *dies a quo*. El alto tribunal entiende que sí cabe aplicar esta doctrina, y de hecho fija el *dies a quo* en el año 2011. Sostiene que hasta 2004 existía una jurisprudencia consolidada que negaba al consumidor el derecho a reclamar la devolución de esos gastos. Por esa razón no era exigible que un consumidor interpusiera una acción. Pero a partir de 2010, y sobre todo en 2011, muchos tribunales regionales entienden ya que la cláusula de gastos es abusiva. Ha cambiado el escenario jurídico y no existe ya una jurisprudencia hostil que haga irrazonable interponer una demanda. En palabras de la propia sentencia, "antes de 2011 no se podía esperar razonablemente que los prestatarios interpusieran una acción para obtener los gastos de tramitación injustamente cobrados" (párrafo 55 de la sentencia)<sup>33</sup>.

Es importante destacar que, según el BGH, el *dies a quo* de la acción no se vincula a la fecha en la que el Tribunal Supremo alemán dicta por primera vez dos sentencias que declaran abusiva la cláusula de gastos (SBGH de 13 de mayo de 2014), sino que se fija en un momento anterior (año 2011), concretamente en aquel en el que la situación jurídica había dejado de ser opaca y confusa, y existía, por tanto, un escenario jurídico que no hacía inexigible la interposición de una demanda. En realidad, lo que el BGH viene a reconocer es que hasta el año 2010 la jurisprudencia era abiertamente hostil a la pretendida reclamación de los gastos, por lo que el *dies a quo* debía retrasarse. En el año 2010 deja de ser abiertamente hostil, porque se dictan las primeras sentencias de los tribunales regionales que admiten la abusividad de la cláusula, pero la situación jurídica puede calificarse todavía como opaca y confusa. Es en 2011 cuando esa opacidad desaparece y ya no es irrazonable que el acreedor litigue. Por eso si fija el *dies a quo* en ese año.

Esta sentencia ha sido recibida por la doctrina científica con disparidad de opiniones. Son muchos los que no comparten la solución adoptada, y reproducen las críticas que, con carácter general, se hacen de la teoría del retraso del *dies a quo* mencionadas en el epígrafe anterior. En particular, se ha señalado que esta sentencia avala el renacimiento de una acción ya prescrita cuando cambien de forma relevante

---

<sup>33</sup> "Darlehensnehmern war vor dem Jahre 2011 die Erhebung einer Rückforderungsklage wegen zu Unrecht vereinnahmter Bearbeitungsentgelte nicht zumutbar".

la jurisprudencia; lo que no está amparado en el § 199.1 BGB y provoca una insoportable inseguridad jurídica.

#### **IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN**

##### **1. Certezas sobre el régimen de la prescripción en la doctrina del TJUE**

Son ya varias las ocasiones en las que el TJUE ha tenido que pronunciarse sobre la prescripción de la acción de restitución de cantidades derivada del carácter abusivo o ilícito de una cláusula. Así lo han hecho, entre otras, las SSTJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto C-40/08), 15 de abril de 2010 (asunto C-542/08), 15 de diciembre de 2011 (asunto C-427/10), 29 de octubre de 2015 (asunto C-8/14), 21 de diciembre de 2016 (asunto C-154/15 y otros), 28 de marzo de 2019 (asunto C-637/17), 9 de julio de 2020 (asuntos C-698/18 y C-699/18), 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19), 22 de abril de 2021 (asunto C-485/19) y 10 de junio de 2021 (asuntos C-776/19 a C-782/19).

Hay que partir de que el régimen jurídico de la prescripción no es una materia armonizada. Por eso, los Estados miembros, en el marco de su autonomía procesal, pueden regular el régimen procesal de los recursos judiciales, y en este marco establecer el régimen de la prescripción que consideren más adecuad. Es cierto que la normativa europea se refiere a la prescripción en determinados sectores normativos<sup>34</sup>. Pero no hay normas jurídicas generales aplicables a cualquier tipo de pretensión. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE sí ha conseguido establecer algunas reglas para los contratos con consumidores, apoyándose en los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CE.

Es doctrina del TJUE que la acción declarativa de nulidad de una cláusula predispuesta en contratos con consumidores no prescribe. Por esa razón, un consumidor puede invocar en cualquier momento el carácter abusivo de una cláusula, no solo como medio de defensa ante la reclamación del empresario, sino también a efectos de que el consumidor solicite al juez, ejercitando una demanda, que declare ese carácter abusivo (STJUE de 10 de junio de 2021, ap. 40). Eso significa que es contraria a la Directiva 93/13/UE una normativa nacional que prohíba al juez declarar el carácter abusivo de una cláusula predispuesta por haber transcurrido un plazo de preclusión (STJUE de 9 de julio de 2020 y de 16 de julio de 2020).

---

<sup>34</sup> Por ejemplo, art. 10 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; arts. 11.2 y 3 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; art. 10.4, 5 y 6 de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

A diferencia de la acción declarativa de nulidad, la acción de restitución sí puede estar sometida a un plazo de prescripción. Como ha señalado el TJUE, es compatible con el derecho de la Unión la normativa nacional que fija un plazo razonable para recurrir, en interés de la seguridad jurídica (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). En esta línea, los principios de no vinculación y de efectividad recogidos en los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE “no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración” (STJUE de 9 de julio de 2020 y 16 de julio de 2020).

En consecuencia, los Estados miembros pueden someter la acción de restitución de cantidades a un plazo de prescripción. Pero es imprescindible que “ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad)”. Por lo tanto, la prescripción que se regule en una norma nacional cumplirá con el derecho de la Unión si respeta los principios de equivalencia y de efectividad, en los términos expuestos.

El cumplimiento del principio de equivalencia no plantea dificultades en el derecho español, porque, en principio, el régimen de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas se somete en nuestro derecho a un régimen que no es menos favorable que el que resultaría de aplicar normas nacionales. Los problemas pueden plantearse, en cambio, en relación con el principio de efectividad.

Hay que analizar, por tanto, cómo afecta el principio de efectividad al tratamiento de dos materias fundamentales en el régimen de la prescripción: la duración del plazo prescriptivo y el momento en que empieza a correr el plazo de prescripción.

En relación con la duración del plazo de prescripción, el TJUE ha declarado que un plazo de prescripción no hace imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión Europea si ese plazo resulta materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo (STJUE de 29 de octubre de 2015, ap. 28 y 29). Partiendo de esta regla, ha considerado que respetan el principio de efectividad los plazos que duran dos años (STJUE de 15 de diciembre de 2011), tres años (SSTJUE de 15 de abril de 2010, 9 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021) o cinco años (STJUE de 10 de junio de 2021). En concreto, la STJUE de 16 de julio de 2020 entiende que el plazo de cinco años del art. 1964.2 CC es un plazo suficiente para que el consumidor pueda ejercitar su derecho a obtener la restitución de los gastos indebidamente abonados.

## **2. Los elementos relevantes para determinar el inicio del plazo de prescripción**

Los Estados miembros son libres para fijar el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas. Pero la norma que determine el inicio del plazo de prescripción no puede ser contraria al derecho de la Unión. Lo que significa que ha de respetar el principio de equivalencia (que no plantea problemas para el derecho español) y el principio de efectividad.

Además del principio de efectividad, hay que atender a otros elementos que, según la jurisprudencia del TJUE, son importantes por la relación que tienen con el inicio del plazo de prescripción.

El Abogado General Szpunar, en las Conclusiones del asunto C-447/13<sup>35</sup>, hace unas interesantes reflexiones sobre el inicio del plazo de prescripción. Sostiene que compete al legislador establecer el plazo de prescripción de una pretensión. Para ello el legislador debe encontrar el equilibrio entre la seguridad jurídica del deudor y el interés legítimo del acreedor en poder ejercitar el derecho. Este equilibrio debe hallarse de forma abstracta y no para un caso concreto. So pena de poner en riesgo las expectativas legítimas del acreedor, el plazo de prescripción y sus modalidades de aplicación deben estar previstas y ser conocidas de antemano (ap. 81). Lo mismo cabe decir en relación con la fijación del comienzo del cómputo del plazo prescriptivo (ap. 82). Debe venir establecido en la ley. La identificación del punto de partida constituye un instrumento de calibración tan importante como el propio plazo de prescripción, que permite lograr el equilibrio entre los intereses del acreedor y los del deudor (ap. 83). Este punto de equilibrio puede ser diferente en el marco de la responsabilidad contractual y de la extracontractual (ap. 85). Por un lado, para los créditos derivados del incumplimiento de una cláusula contractual, el plazo de prescripción empieza a contar, con carácter general, en el momento en el que el crédito deviene exigible, que suele coincidir con la fecha en la que se produce el incumplimiento (ap. 85). Por otro lado, en cuanto a los créditos derivados de delitos, es preciso tener presente que es posible que el acreedor no tenga consciencia de forma inmediata del hecho cometido o incluso de haber sufrido un perjuicio. También cabe que no disponga de todos los datos necesarios para ejercitar una acción (ap. 86). En lo que respecta a esos créditos, la determinación del punto de partida del plazo de prescripción es una cuestión más delicada, que ha sido resuelta de distinta forma por los legisladores de los diferentes Estados miembros (ap. 87).

Añade que los diversos sistemas jurídicos pueden fijar este punto de partida *a tempore facti*, es decir, en la fecha en la que se ha cometido el hecho o en la que se produjo el perjuicio, o *a tempore scientiae*. Este último momento puede identificarse de varios modos: puede ser el día en el que el acreedor haya descubierto el hecho o el perjuicio, el día en el que el daño podría razonablemente haber sido descubierto,

---

<sup>35</sup> Presentadas el 9 de junio de 2014, que luego dieron lugar a la STJUE de 13 de noviembre de 2014.

el día en el que el acreedor haya tenido la certeza de la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio, o incluso en el que haya conocido o habría tenido que conocer la identidad del responsable. El criterio del conocimiento supone además que se establezca qué grado de información es suficiente para desencadenar el cómputo del plazo. Por otra parte, algunos sistemas jurídicos establecen un punto de partida distinto para los créditos derivados de un acto doloso o de actos que pueden entrañar responsabilidad penal (ap. 88). Elegir entre estas posibilidades supone realizar un ejercicio de equilibrio entre intereses que es claramente competencia del legislador (ap. 89).

Por las razones expuestas, entiende Szpunar que no puede contemplarse establecer un plazo de prescripción, ni su punto de partida, por la vía jurisprudencial. Incluso con independencia del número de soluciones posibles, el acreedor debe conocer el plazo de prescripción y su punto de partida con carácter previo (ap. 90).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el consumidor debe emplear una diligencia mínima en la defensa de sus propios intereses. En esta línea, en las Conclusiones del asunto C-698/18 y C-699/18<sup>36</sup> se indica que "puede exigirse al consumidor una determinada vigilancia respecto a la salvaguardia de sus intereses sin que se infrinjan el principio de efectividad o el derecho a la tutela judicial" (ap. 67). En relación con el plazo de prescripción de tres años del derecho rumano, que empieza a correr desde la fecha del cumplimiento íntegro del contrato, dispone que parece, en principio, dejar al consumidor, que desconoce sus derechos y/o el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tiempo suficiente para informarse sobre la legalidad de dichas cláusulas y evaluar si resulta oportuno ejercitar una acción judicial" (ap. 73). El consumidor tiene, pues, la carga de informarse sobre el alcance jurídico de las cláusulas contractuales que integran el contrato.

A la hora de analizar el *dies a quo* del plazo de prescripción, deben tomarse en consideración los demás elementos que conforman el régimen de la prescripción. Así lo afirma la STJUE de 28 de marzo de 2019: "procede tomar en consideración en su totalidad los elementos del régimen de prescripción portugués" (ap. 45). Esta regla, dictada en un proceso relativo al régimen de la prescripción de las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia (Directiva 2014/104/UE), es generalizable a cualquier pretensión. Por esa razón, hay que tomar en consideración la duración del plazo de prescripción y la posibilidad de interrumpir o suspender el cómputo (SSTJUE de 9 de julio de 2020, ap. 61; 10 de junio de 2021, ap. 30). En cuanto a la duración, ya se ha indicado que el TJUE ha señalado que plazos de dos, tres o cinco años son plazos razonables que, en principio, respetan el principio de efectividad. Por lo que concierne a la interrupción o a la suspensión, la STJUE de 28 de marzo de 2019 considera que es un dato relevante para entender que no respeta el principio de efectividad la normativa portuguesa sobre prescripción de la acción de indemnización por infracción del derecho de la competencia. Señala la sentencia que

---

<sup>36</sup> STJUE de 9 de julio de 2020.

“debe considerarse que un plazo de prescripción de tres años, como del que se trata en el litigio principal, que, por una parte, empieza a correr a partir de la fecha en la que la persona perjudicada tuvo conocimiento de su derecho a indemnización, aunque no se conozca al responsable de la infracción y, por otra parte, no puede suspenderse o interrumpirse en el transcurso de un procedimiento seguido ante la autoridad nacional de la competencia, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento” (ap. 53). De donde resulta que quizás sí se respetaría el principio de efectividad si la reclamación ante la autoridad nacional de la competencia suspendiera o interrumpiera la prescripción

Es muy importante que el TJUE destaque el valor de los demás elementos que configuran la prescripción a la hora de determinar el *dies a quo*. Esto es particularmente relevante para el régimen de la prescripción español, puesto que el Código Civil admite la interrupción por una simple reclamación extrajudicial (art. 1974 CC), no contempla plazos máximos de prescripción y hasta 2015 fijaba el plazo general de prescripción en quince años. Circunstancias estas muy beneficiosas para el acreedor y que perjudican gravemente al deudor, rompiendo así el esperado “equilibrio” que debe predicarse de una regulación adecuada y coherente de la prescripción. Es muy revelador que el TJUE señale que estas circunstancias deben tenerse en cuenta a la hora de fijar el *dies a quo*.

El TJUE también ha señalado que, para juzgar si una norma nacional procesal (por ejemplo, sobre prescripción) respeta el principio de efectividad, es decir, hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión, debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha norma dentro del conjunto del procedimiento, así como el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (SSTJUE de 16 de julio de 2020, ap. 85; 10 de junio de 2021, ap. 28).

### **3. El principio de efectividad en la designación del *dies a quo*: las SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021**

Entiende el TJUE que la determinación de en qué momento empieza a correr el plazo de prescripción corresponde a los legisladores nacionales. Pero la regla que se establezca debe respetar el principio de efectividad. Aplicado a la designación del *dies a quo*, significa que no puede fijarse en el derecho nacional un *dies a quo* que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho por el consumidor.

Son varias las sentencias del TJUE que versan sobre esta materia. Resulta necesario examinar por separado las más relevantes.

1. La STJUE de 9 de julio de 2020 (asunto C-698/18 y C-699/18) resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal rumano. El órgano remitente formula dos preguntas. En la primera de ellas se pregunta si es conforme a la Directiva 93/13/CE una normativa, como la rumana, que considera imprescriptible la acción judicial para declarar el carácter abusivo de una cláusula impuesta en un contrato con consumidor, y sin embargo reputa prescriptible la acción destinada a eliminar los efectos de la obligación nacida y ejecutada en virtud de esa cláusula declarada abusiva. El TJUE responde afirmativamente. Entiende que la Directiva 93/13/CE se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula (ap. 55). Lo que significa que no existe un plazo determinado para declarar abusiva la cláusula, sea solicitando judicialmente esa declaración, sea oponiéndose a una reclamación formulada contra el consumidor por el empresario.

En la segunda pregunta se plantea si se opone a la Directiva 93/13/CE y a los principios de autonomía procesal, equivalencia y efectividad una normativa nacional “una interpretación derivada de la aplicación del principio de seguridad de las relaciones jurídicas civiles según la cual el momento objetivo desde el que el consumidor debía tener conocimiento o debería haber tenido conocimiento de la existencia de una cláusula abusiva es el momento de extinción del contrato de préstamo en el que tuvo la condición de consumidor”. En realidad, se trata de averiguar si es contraria a la Directiva 93/13/CE la normativa rumana según la cual la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato. Según el tribunal remitente, en ese momento de inicio del cómputo se presume que el consumidor tenía o debía haber tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula.

Sostiene el TJUE que “en la medida en que, según la interpretación del Derecho nacional defendida por el tribunal remitente, el plazo de prescripción empieza a correr en la fecha de cumplimiento íntegro del contrato, hay que tener en cuenta que es posible que los consumidores desconozcan el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un profesional o no perciban la amplitud de los derechos que les confiere la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69) tanto en el momento del cumplimiento íntegro del contrato como con posterioridad a este” (ap. 65). “Pues bien, habida cuenta de esta circunstancia y de la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor, ha de considerarse que un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr a partir de la fecha del cumplimiento íntegro del contrato no puede garantizar al consumidor una protección efectiva, puesto que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en dicho contrato. Un plazo de tal naturaleza hace, por tanto, excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor conferidos por la

Directiva 93/13" (ap. 67). "De cuanto antecede se deduce que el principio de efectividad se opone a que la acción de restitución quede sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha en que finaliza el contrato en cuestión, con independencia de si para esa fecha el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula de ese contrato, en el que fundamenta la acción, dado que estas reglas de prescripción pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor conferidos por la Directiva 93/13" (ap. 75).

De lo expuesto cabe responder a la segunda pregunta que "los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisdiccional de la normativa nacional según la cual la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato, cuando se presume, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión" (ap. 83 y fallo).

Como puede apreciarse, el TJUE no señala cuál ha de ser el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas, ni si resulta adecuado vincular esa fecha (la del *dies a quo*) al momento del cumplimiento íntegro del contrato. Únicamente establece que es contrario al principio de efectividad que haya transcurrido íntegramente el plazo de prescripción sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula.

2. La STJUE de 16 de julio de 2022 (asuntos C-224/19 y C-259/19) responde a las cuestiones prejudiciales formuladas por el JPI nº 17 de Palma de Mallorca (auto de 12 de marzo de 2019) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta (auto de 13 de marzo de 2019).

El JPI de Palma de Mallorca ha preguntado, entre otras, si a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (art. 6.1 y 7.), los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional".

El TJUE reproduce su doctrina de que el derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a

hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (ap. 84). Añade que, en principio, un plazo de prescripción de cinco años, como el establecido en el art. 1964.2 CC, no parece que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva (ap. 87).

Aunque no lo formula como pregunta concreta, en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial del Juzgado de Palma de Mallorca se plantea si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia (seguida por muchos tribunales españoles) según la cual la prescripción de la acción de restitución de cantidades, sometida al plazo de cinco años (art. 1964.2 CC), empieza a correr en la fecha de celebración del contrato que contiene la cláusula abusiva.

Sobre el particular, afirma el TJUE (ap. 90) que “procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69). Y añade que “la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica” (ap. 91).

Por estas razones, el TJUE responde a la pregunta formulada del siguiente modo: “el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución” (ap. 92 y fallo).

La solución del TJUE parece clara. Lo relevante no es cuándo se fije el *dies a quo* de la acción de restitución. La cuestión nuclear es si puede transcurrir todo el plazo de prescripción sin que el consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. Si el plazo prescriptivo transcurre de ese modo, se vulnera el principio de efectividad, pues resulta excesivamente difícil

para el consumidor el ejercicio del derecho a solicitar la restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

3. La STJUE de 22 de abril de 2021 (asunto C-485/19) vuelve a ocuparse de esta materia. En este caso el órgano remitente es un tribunal de Eslovenia. En lo que ahora interesa, pregunta si se opone al principio de efectividad una norma nacional (en el caso, el art. 107.2 del Código Civil eslovaco) que establece que la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas (en aplicación de una cláusula abusiva o de una cláusula contraria a la Directiva 2008/48/UE) está sometida a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto (esto es, el abono de esas cantidades), aun cuando el consumidor no tuviera conocimiento del carácter abusivo o ilícito de la cláusula.

La sentencia constituye un compendio espléndido de la doctrina del TJUE sobre la materia. En los apartados 52 y ss. analiza con detalle la posibilidad de que la acción de restitución prescriba, la duración del plazo prescriptivo y la fijación del momento de inicio del cómputo del plazo, reproduciendo en cada uno de estos puntos la doctrina dictada por el TJUE.

En relación con el *dies a quo*, señala que según el órgano remitente, el plazo de prescripción de tres años comienza a correr desde la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto, aun cuando el consumidor no pueda apreciar por sí mismo que una cláusula contractual es abusiva o no haya tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual (ap. 61). Como los consumidores están en una situación de inferioridad, es posible que ignoren o no perciban la amplitud de los derechos que les reconocen la Directiva 93/13 o la Directiva 2008/48 (ap. 62). Como en los contratos de crédito (como el contrato litigioso), se ejecutan normalmente durante períodos de tiempo prolongados, si cada abono indebido tiene su propio plazo de prescripción de tres años, no puede excluirse que, al menos para una parte de los pagos efectuados, "se produzca la prescripción incluso antes de que finalice el contrato, de modo que tal régimen de prescripción puede privar sistemáticamente a los consumidores de la posibilidad de reclamar la restitución de los pagos realizados en virtud de las cláusulas que contravienen las citadas Directivas" (ap. 63).

De ello deduce la STJUE (ap. 64) que "procede considerar que una regulación procesal como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que exige al consumidor que actúe ante los tribunales en un plazo de tres años a partir de la fecha del enriquecimiento injusto y en la medida en que dicho enriquecimiento puede tener lugar durante la ejecución de un contrato de larga duración, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confieren la Directiva 93/13 o la Directiva 2008/48, y que, por lo tanto, infringe el principio de efectividad (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartados 67 y 75,

y de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 91)”.

En virtud de lo expuesto, se responde a la pregunta formulada del siguiente modo: “el principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que la acción ejercitada por un consumidor con el fin de obtener la restitución de las sumas indebidamente abonadas para cumplir un contrato de crédito, de acuerdo con cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o con cláusulas contrarias a los requisitos de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, está supeditada a un plazo de prescripción de tres años que comienza a correr a partir de la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto” (ap. 66 y fallo).

Aunque pudiera parecer lo contrario, la STJUE de 22 de abril de 2021 no modifica la regla asentada en sentencias anteriores. La sentencia parece dar especial importancia al hecho de que, tratándose de un contrato de larga duración, es posible que algunos de los pagos efectuados, y cuya restitución después se reclama, puedan estar prescritos aunque todavía esté vigente el contrato. En realidad esa no es una especialidad de este litigio, pues es evidente que eso mismo sucede en el caso resuelto en la STJUE de 16 de julio de 2020, que se refería a las cláusulas de gastos y de comisión de apertura en un préstamo hipotecario español. Puede resultar llamativo que ni en el apartado más trascendente (el ap. 64), ni en el fallo, la sentencia se refiera a que es posible que transcurra íntegramente el plazo de prescripción sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo o ilícito de la cláusula. Pero las referencias a estas circunstancias se mencionan en los apartados 61 y 62.

En definitiva, no puede sostenerse que esta STJUE de 22 de abril de 2021 modifica el régimen del *dies a quo* de la acción de restitución. Al contrario, viene a consagrar la necesidad de cumplir el principio de efectividad en la designación del inicio del plazo de prescripción, en los términos ya expuestos en las SSTJUE de 9 de julio de 2020 y 16 de julio de 2020.

En conclusión, el análisis de las tres STJUE comentadas conduce al mismo resultado: la acción de restitución de cantidades no puede considerarse prescrita por el transcurso íntegro del plazo si el consumidor no conoce o no ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula.

#### **4. ¿Modifica la STJUE de 10 de junio de 2021 la doctrina del TJUE?**

La STJUE de 10 de junio de 2021 (asuntos C-776/19 y C-782/19) resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal francés. El litigio principal versa

sobre un contrato de préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera. Se formulan al TJUE ocho preguntas relacionadas con la validez de la cláusulas que fijan los intereses remuneratorios en moneda extranjera y el mecanismo financiero de conversión de esa moneda extranjera en euros. De esas ocho preguntas las dos primeras versan sobre la prescripción.

En el derecho francés es el art. 2224 del Código Civil el que establece el día inicial del plazo de prescripción: "las acciones personales y las reales sobre bienes muebles prescribirán a los cinco años contados desde el día en el que el titular de un derecho tuviera conocimiento o hubiera debido conocer los hechos que le legitimaban para su ejercicio". Se asume el criterio subjetivo del conocimiento sobre los hechos que fundan la pretensión, en términos parecidos a como lo hace la jurisprudencia del TS español. El tribunal remitente señala que, si el consumidor solicita la devolución de las cantidades indebidamente cobradas cuando han transcurrido más de cinco años desde la celebración del contrato, el prestamista podría alegar la prescripción. Pues el plazo de cinco años empieza a correr, según la jurisprudencia francesa, en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo; es decir, en la fecha de celebración del contrato. Esta regulación puede no ser compatible con el principio de efectividad, dado que el tipo de cambio puede permanecer estable durante los primeros años del contrato y deteriorarse en un momento posterior, momento en el cual los prestatarios serán realmente conscientes del alcance de la cláusula, pero en el que ya no podrá hacer valer sus derechos, porque están prescritos.

Las preguntas concretas que se formulan son las siguientes. Primera: "¿Se opone la Directiva [93/13], interpretada a la luz del principio de efectividad, en [asuntos como los examinados en los procedimientos principales], a que se apliquen las normas de prescripción en los supuestos siguientes: a) para la declaración del carácter abusivo de una cláusula, b) para las eventuales devoluciones, c) cuando el consumidor es el demandante y d) cuando el consumidor es el demandado, incluso en el marco de una reconvencción". Segunda: "En caso de respuesta negativa a todos o alguno de los supuestos planteados en la primera cuestión, ¿se opone la Directiva [93/13], interpretada a la luz del principio de efectividad, en [asuntos como los examinados en los procedimientos principales], a la aplicación de una jurisprudencia nacional que fija la fecha de inicio del plazo de prescripción en la fecha de aceptación de la oferta de préstamo, y no en la fecha en que se presenten graves dificultades financieras?".

La sentencia se ocupa del dies a quo del plazo prescriptivo en los apartados 43 y ss. Establece que "existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no esté en condiciones de invocar, durante dicho plazo, los derechos que le confiere la Directiva 93/13" (ap. 43), y que "es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario es abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13" (ap. 45). Añade que "un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase" (ap. 46). El hecho de que el empresario pueda oponer una

excepción de prescripción (de cinco años, según el derecho francés) a la acción de restitución de cantidades derivada de la nulidad de una cláusula abusiva, prescripción que empieza a correr “en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo” (esto es, en la fecha de perfección del contrato de préstamo), “no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión” (ap. 47).

De lo expuesto el TJUE concluye que los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que “se oponen a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor... a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas... a un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento en que dicho plazo empiece a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, de modo que el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva” (ap. 48 y fallo).

La sentencia es llamativa. En una primera aproximación parece seguir la doctrina sentada en sentencias anteriores. Así, afirma que un plazo de cinco años que empiece a correr en la fecha de celebración del contrato de préstamo puede ser contraria al principio de efectividad. Eso ya lo había establecido el TJUE en otras sentencias. Y sostiene, siguiendo su propia doctrina, que se vulnera el principio de efectividad si el plazo de prescripción expira sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula (ap. 48). Pero el apartado 46 introduce un matiz novedoso, al señalar que el consumidor debe conocer sus derechos “antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase el plazo”. Esto no significa vincular el *dies a quo* al conocimiento de los derechos. La norma, más bien, reproduce una regla obvia: si el principio de efectividad se respeta cuando el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula antes de que expire el plazo prescriptivo, con más razón se respeta cuando el consumidor conoce ese dato al comienzo del plazo de prescripción. En consecuencia, del apartado 46 no cabe concluir que el TJUE está afirmando que es necesario que el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula para que empiece a correr el plazo de prescripción.

Por esta razón, es absolutamente sorprendente el fallo de la STJUE (reproducido también en el apartado 48), según el cual la fecha de celebración del contrato no puede fijarse como *dies a quo* porque “el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce” la Directiva 93/13/CE<sup>37</sup>. De donde parece deducirse que en la fecha en que empieza a correr el plazo de prescripción el consumidor ya debe conocer los derechos de que dispone; de modo que, si no los conoce, el plazo de prescripción no corre.

---

<sup>37</sup> “The consumer may have been unaware of all of the rights that he or she has under that directive” (en Lengua inglesa).

¿Ha querido esta sentencia del TJUE modificar su doctrina anterior? No estoy seguro de ello. Resulta chocante que los argumentos utilizados en esta sentencia hasta el apartado 47 sean los mismos que en las sentencias anteriores. Y que sea el apartado 48 (que se reproduce en el fallo) el que parezca vincular el *dies a quo* al conocimiento potencial por el acreedor del derecho que le concede la Directiva.

### **5. El conocimiento del carácter abusiva de la cláusula, ¿requisito del *dies a quo* o causa de suspensión de la prescripción?**

Las SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021 establecen la doctrina de que el plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades empieza a correr con normalidad, tal y como se diseña en la normativa nacional. Pero la acción no puede considerarse prescrita si antes de que termine el plazo prescriptivo el consumidor no ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. Así diseñado, la ignorancia sobre el derecho (la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula) parece configurarse como una causa de suspensión de la prescripción. El plazo de prescripción empieza a correr con normalidad (cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión). Pero si la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se mantiene cuando el plazo está en su tramo final –en el período de seguridad– (pe., en los últimos dos años o en el último año), el plazo se suspende en tanto subsista la ignorancia sobre ese dato jurídico. El desconocimiento sobre la calificación jurídica de la cláusula (que es abusiva) exista desde que el plazo empezó a correr. Pero únicamente afecta al cómputo del plazo a partir de un determinado momento: cuando afecta al período de seguridad. En este instante se suspende el cómputo del plazo (es decir, se paraliza). Y el plazo reanuda su curso (seguirá corriendo desde el momento en que se paró) cuando el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Frente a esta concepción, la STJUE de 10 de junio de 2021 parece entender que el conocimiento del consumidor acerca del carácter abusivo de la cláusula constituye un requisito del *dies a quo*. Así entendido, para que empiece a correr el plazo de prescripción no basta que el acreedor (consumidor) conozca los hechos que fundamentan la pretensión, sino que ha de conocer también que la cláusula es abusiva.

¿Cuál de estas dos concepciones es más adecuada? Sin lugar a dudas, configurarlo como un supuesto de suspensión de la prescripción. Por las siguientes razones:

- (i) Es preferible configurarlo como causa de suspensión, y no como requisito del *dies a quo*, porque es la que menos interfiere en el régimen de la prescripción. Está generalmente admitido que la ley debería intervenir en el transcurso del plazo prescriptivo lo menos posible. Por esa razón, por ejemplo, se observa la tendencia en muchos países a reducir las causas de interrupción de la prescripción y a aumentar las causas de la suspensión (que afecta menos al cómputo del

plazo). De hecho, en un modelo ideal de regulación el conocimiento de los hechos que fundamentan la pretensión debería configurarse también como una causa de suspensión, y no como un requisito del *dies a quo*<sup>38</sup>. Y si ahora en España se trata como un requisito del *dies a quo* es porque el art. 1969 CC no permite hacerlo de otro modo.

(ii) Esta es la solución más coherente con la propia doctrina del TJUE, que requiere que sea el legislador, y no la jurisprudencia, el que fije el punto de partida del plazo de prescripción (v. epígrafe IV.2). En este sentido, cabe defender que la jurisprudencia del TJUE debe intervenir lo menos posible en el régimen de la prescripción. Siguiendo esa regla, es más adecuado que el TJUE “cree” un supuesto de suspensión de la prescripción que un nuevo requisito de delimitación del *dies a quo*.

(iii) Las normas sobre la prescripción no están armonizadas en la Directiva 93/13/CE, y por eso el TJUE no puede imponer a un Estado miembro el régimen de prescripción aplicable y, en particular, la fecha de inicio del plazo de prescripción. Lo que debe constatar el TJUE es que la normativa nacional cumple el principio de equivalencia y el de efectividad, pero sin imponer un concreto *dies a quo*.

(iv) Si se configura como una hipótesis de suspensión de la prescripción también se respeta adecuadamente el principio de efectividad, en la medida en que no resulta imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio del derecho por el consumidor. En realidad, no se opone al principio de efectividad ni configurarlo como un requisito del *dies a quo*, ni reputarlo una causa de suspensión de la prescripción.

Por las razones expuestas es preferible que se configure como un caso de suspensión.

## **6. La doctrina del TJUE: la acción de restitución no puede considerarse prescrita si el consumidor no ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que finalice el plazo de prescripción. La influencia de la jurisprudencia alemana sobre la inexigibilidad de la acción.**

A la vista de los argumentos expuestos en el subepígrafe anterior, y teniendo en cuenta también la doctrina sentada en las SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021, y las dudas interpretativas que plantea la STJUE de 10 de junio de 2021, entiendo que la doctrina vigente del TJUE es la siguiente: la

---

<sup>38</sup> Como sucede, por ejemplo, en los arts. 14:301 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*) y III-7:303 del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*). Es la regla asumida en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en su art. 614-1: “la prescripción se suspende si el titular de la pretensión no conoce, ni podría conocer de haber actuado con la diligencia exigible, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del deudor”.

acción de restitución de cantidades no puede considerarse prescrita por el transcurso íntegro del plazo si el consumidor no conoce o no ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que finalice el plazo de prescripción<sup>39</sup>.

Es importante destacar que el TJUE no establece cuál ha de ser el día en que comienza a correr el plazo de prescripción (*dies a quo*). Corresponde a los legisladores nacionales fijar esa fecha. Tampoco ordena el TJUE que el día en que empieza a correr el plazo prescriptivo el consumidor conozca o puede conocer razonablemente que la cláusula es abusiva o ilegal. Esta idea es esencial, porque no modifica la regla de determinación del *dies a quo* seguida por la mayoría de los Estados miembros, entre ellos España. Esta regla general establece que el plazo de prescripción empieza a correr cuando el acreedor conoce o podía conocer, de haber actuado con la diligencia debida, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Este conocimiento recae sobre hechos, y no sobre el derecho. Por lo tanto, el plazo prescriptivo se inicia cuando el acreedor conoce determinados hechos, y no cuando conoce o puede conocer el derecho que el ordenamiento jurídico le atribuye. Por esa razón, el plazo corre aunque ignore que su contrato tiene una cláusula abusiva, o que por tener una cláusula abusiva dispone del derecho a solicitar al empresario la restitución de las cantidades abonadas en virtud de esa cláusula.

La normativa nacional que vincula el *dies a quo* al conocimiento por el acreedor de determinados hechos, y no del derecho, puede seguir manteniéndose, porque no se ve afectada por la doctrina del TJUE. Aplicándolo al derecho español, significa que esta jurisprudencia del TJUE no obliga a modificar la forma en que el Tribunal Supremo viene interpretando los arts. 1964.2 y 1969 CC, que hace depender el inicio del plazo de prescripción del conocimiento (real o potencial) de ciertos hechos.

La doctrina del TJUE sirve para desechar dos interpretaciones que vienen haciendo algunos autores o cierta jurisprudencia menor española. No es cierto -como ellos afirman- que la doctrina del TJUE obligue a fijar el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades el día en que se dicta o se publicita la sentencia del Tribunal Supremo que declara abusiva una cláusula. Tampoco es cierto que el TJUE exija fijar el *dies a quo* el día en que el consumidor afectado obtiene una sentencia que declara abusiva la cláusula. Los defensores de esas tesis argumentan que en ese momento (sentencia del TS o sentencia del consumidor afectado) el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, por lo que en ese instante se inicia el plazo prescriptivo. Esta argumentación es insostenible, porque, como ya se ha indicado, el TJUE no obliga a modificar el *dies a quo* establecido por el legislador nacional.

¿A qué pretensiones se aplica esta doctrina del TJUE? En primer lugar, a la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en virtud de una cláusula abusiva. En realidad, se aplica a cualquier acción de restitución que resulte del régimen de las

---

<sup>39</sup> RUIZ ARRANZ, "El dies a quo...", *cit.*, pp. 8.

cláusulas predispuestas en contratos con consumidor diseñado en la Directiva 93/13/CE. Por eso, entra en juego no solo cuando la cláusula es abusiva por no superar el control de contenido, sino también cuando es nula por no superar el control de inclusión o incorporación, o cuando la cláusula no supera el control de transparencia y, sometiéndose después al control de contenido, no lo cumple. Pero, en segundo lugar, la STJUE de 22 de abril de 2021 aplica esta doctrina también a la cláusula (no necesariamente predispuesta) incluida en un contrato de préstamo contraria a la Directiva 2008/48/UE, de contratos de crédito al consumo, siempre que en ejecución de esa cláusula el consumidor haya realizado un pago que resulta indebido (precisamente porque la cláusula que lo ampara es contraria a la Directiva). De ello resulta que este régimen del TJUE rige para cualquier igualmente para cualquier pretensión de restitución de cantidades que deriva de una cláusula contractual contraria a una Directiva de protección de consumidores, sea cual fuere. Esta solución resulta adecuada, porque el principio de efectividad opera no sólo en el ejercicio de las acciones que derivan de la Directiva 93/13/CE, sino también en el ejercicio de los derechos que otras Directivas europeas conceden a los consumidores.

Conforme a la doctrina del TJUE, lo relevante no es cuándo se fije el *dies a quo* de la acción de restitución. La cuestión nuclear es si puede transcurrir todo el plazo de prescripción sin que el consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. Si el plazo prescriptivo transcurre de ese modo, se vulnera el principio de efectividad, pues resulta excesivamente difícil para el consumidor el ejercicio del derecho a solicitar la restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Y a estos efectos es indiferente que el plazo prescriptivo haya comenzado a correr cuando se celebra el contrato, cuando se abonan las cantidades indebidas o cuando se cumple íntegramente el contrato. El TJUE no juzga la idoneidad de cualquiera de estas fechas. Lo importante es que el plazo no puede transcurrir completamente sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Como ya se ha expuesto, la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se configura como una causa de suspensión de la prescripción (v. epígrafe IV.5). El cómputo del plazo prescriptivo se inicia en los términos expuestos por la normativa nacional; por lo general (como sucede en España), cuando el consumidor conoce o puede diligentemente conocer los hechos que fundamentan la pretensión. El plazo sigue corriendo hasta que llega el período de seguridad. Si en ese momento el consumidor no conoce ni podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, el plazo se paraliza (se suspende). Y quedará en suspenso hasta que desaparezca esa ignorancia.

Las sentencias del TJUE no son muy claras acerca de qué concreta información jurídica ha de conocer el consumidor para que no se vea afectado el cómputo del plazo de prescripción. Las STJUE de 9 y 16 de julio de 2020 aluden al conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula. Pero la STJUE de 10 de junio de 2021 se refiere, además, al conocimiento de "todos los derechos que le reconoce"

la Directiva 93/13/CE (ap. 46 y 48). Es dudoso si esta última sentencia pretende también modificar la doctrina anterior. Me inclino por pensar que no ha pretendido alterar el marco previo, y que, por lo tanto, el único aspecto jurídico que el consumidor tiene que conocer es que una cláusula es abusiva. En cualquier caso, la situación no sería muy distinta si el consumidor tuviera que conocer también "los derechos que le reconoce la Directiva". Con esta expresión parece aludirse al derecho a solicitar la nulidad de la cláusula y al derecho a obtener la restitución de las cantidades indebidamente abonadas. Aunque estos datos jurídicos también formaran parte del material cognoscible por el consumidor, es evidente que los conoce (debe conocer) desde el mismo instante en que conoce que esa concreta cláusula es abusiva. Pues es el efecto típico de la consideración de una cláusula como abusiva, y cualquier consumidor tendría razonablemente que conocer esos datos; más aun si, como propongo (y explico más adelante), el parámetro para medir la diligencia en el conocimiento del derecho es el del profesional jurídico razonablemente informado (que, obviamente, debe saber que si la cláusula es abusiva, puede pedirse su nulidad y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas).

La alusión al consumidor debe entenderse realizada al consumidor medio, esto es, al consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que es el modelo de consumidor destinatario de información precontractual o publicidad diseñado en la jurisprudencia del TJUE. La referencia al "consumidor medio" ha sido utilizada por el TJUE en dos ámbitos. En primer lugar, para juzgar si determinadas menciones publicitarias podían inducir a error al consumidor y son, por ello, prácticas comerciales desleales (SSTJCE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96; y 13 de enero de 2000, asunto C-220/98). En este sentido, el art. 5.2 de la Directiva 2005/29 considera desleal una práctica comercial cuando distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica. Y el Considerando 18 de esta Directiva se remite al concepto de "consumidor medio" acogido por la jurisprudencia del TJUE. En segundo lugar, es el parámetro utilizado para constatar si una cláusula predispuesta que afecta al objeto principal del contrato es "clara y comprensible", en los términos del art. 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas; es decir, si esa cláusula supera el control de transparencia material, porque el consumidor conoce, antes de celebrar el contrato, la carga económica y jurídica de la cláusula. Así lo ha indicado el TJUE en multitud de sentencias (SSTUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, ap. 74; 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ap. 75; 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, ap. 46 y 47; 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, ap. 46; 16 de julio de 2022, ap. 68). En el caso que nos ocupa (posibilidad de conocer que la cláusula es abusiva) resulta razonable atender a este mismo parámetro del consumidor medio, y no al de si ese concreto consumidor -el que interpone la demanda- conoció o debió haber conocido este dato jurídico.

¿Cuándo el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula? Repárese que lo decisivo no es que el consumidor conozca realmente el carácter abusivo de la cláusula, sino que razonablemente pueda conocerlo. Se trata

del criterio del conocimiento potencial, o cognoscibilidad, ya empleado por las legislaciones nacionales para fijar el *dies a quo* en relación con los hechos que fundamentan la pretensión. La cognoscibilidad se aplica ahora a la posibilidad de conocer el derecho (una característica jurídica de la cláusula); en concreto, que la cláusula es abusiva. Lo que "razonablemente" puede conocer el consumidor remite a la diligencia exigible. Ese es el parámetro para juzgar si el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Pero en verdad un consumidor medio no es un profesional del derecho: no conoce las leyes, ni puede conocerlas por sí mismo por muy diligentemente que actúe. Por esa razón lo habitual es que el consumidor solicite información a un abogado o a un asesor jurídico sobre la posible contrariedad al derecho de la cláusula. Las Conclusiones del AG Szpunar en el asunto C-485/19 (que luego dan lugar a la STJUE de 22 de abril de 2021) apuntan en esta línea, al analizar las dificultades que tiene un consumidor para conocer la adecuación del contrato al derecho de la Unión. Señala que "no parece inhabitual que el consumidor solicite información a un abogado o a un asesor jurídico sobre dicha falta de conformidad tras la finalización del contrato. Así ocurre, en particular, con los contratos cuya ejecución se prolonga durante muchos años, lo cual no constituye un período suficientemente extenso para poder exigir a un consumidor que, dando muestra de una cierta diligencia por lo que se refiere a la salvaguardia de sus intereses, se informe sobre dicha falta de conformidad" (ap. 73).

Cabe sostener, por tanto, que lo decisivo no es si un consumidor medio podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, sino si un asesor jurídico o profesional del derecho razonablemente informado podía conocer que la cláusula en cuestión era abusiva o, más exactamente, podía ser declarada abusiva teniendo en cuenta la situación jurídica existente. Esto supone que hay que valorar si, a la vista del marco jurídico existente en ese momento, un profesional del derecho adecuadamente (razonablemente) informado podría pensar que la cláusula en cuestión es abusiva. Repárese que la cláusula es abusiva desde que se celebra el contrato, y que lo decisivo, a efectos de la doctrina del TJUE que estamos analizando, es que un asesor jurídico tenga la posibilidad de constatar que esa cláusula es abusiva.

Esa "posibilidad de conocer" que la cláusula en cuestión es abusiva existe, obviamente, cuando el alto tribunal del orden jurisdiccional civil (en nuestro caso, el Tribunal Supremo) ha dictado una sentencia que así lo declara. Pero también puede existir en una fecha anterior a esa sentencia. Concretamente, cuando hay un escenario jurídico que hace razonable pensar que el consumidor puede solicitar la nulidad de la cláusula con alguna (aunque sean pocas) posibilidades de éxito. O dicho de otro modo, cuando no es irrazonable que el consumidor puede solicitar y obtener la nulidad de la cláusula.

Si bien se mira, la doctrina del TJUE recuerda mucho a la jurisprudencia alemana sobre el retraso del *dies a quo* en caso de situaciones jurídicas opacas<sup>40</sup>. Con la diferencia de que en la jurisprudencia alemana la existencia de una situación jurídica opaca provoca un retraso en el *dies a quo* (el plazo no empieza a correr hasta que la situación jurídica deja de ser opaca), mientras que en la doctrina del TJUE el plazo corre con normalidad desde el principio, pero se suspende cuando, en un determinado momento (en la parte final del plazo), se mantiene una situación jurídica opaca sobre el carácter abusivo de la cláusula. En ese instante el plazo deja de correr (se suspende), y no se reanuda hasta que el consumidor pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, lo que en verdad sucede cuando un asesor jurídico razonablemente debería saber que la cláusula puede ser abusiva.

La doctrina del TJUE, sin embargo, no toma en consideración la jurisprudencia alemana que retrasa el *dies a quo* en caso de existencia de una jurisprudencia claramente hostil. Y es que, el que exista una jurisprudencia consolidada que niega el carácter abusivo de una cláusula, no impide que jurídicamente pueda discutirse sobre este extremo. De hecho, sucede justo lo contrario: se han interpuesto demandas que solicitan la nulidad de la cláusula por abusiva, demandas que han sido desestimadas, incluso por el más alto tribunal; por eso la jurisprudencia es claramente hostil. En definitiva, si varios abogados solicitaron judicialmente la nulidad de la cláusula es porque no había una situación jurídica opaca y confusa que hacía inexigible demandar.

Esta última frase nos pone en la pista de un matiz importante: se trata de que el asesor jurídico pueda conocer que la cláusula "puede" ser abusiva, y no que "es" abusiva. Porque la determinación precisa de si una cláusula es abusiva solo puede realizarse atendidas las circunstancias del caso, y por eso debe ser analizada caso a caso. Así, por ejemplo, la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario depende de si el consumidor antes de contratar tuvo conocimiento de los efectos económicos y jurídicos de la cláusula, de manera que pueda conocer cómo la cláusula va a funcionar durante toda la vida del contrato. Hoy día un consumidor medio puede saber que esa cláusula incluida en su préstamo hipotecario "puede" ser abusiva; pero no hay certeza de que lo "sea" hasta que en un concreto proceso judicial así se declare. Lo relevante es que se conozca que esa cláusula "puede" ser abusiva, y no que lo "sea" en ese caso concreto.

Queda por resolver una última cuestión: ¿en qué momento exacto el plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades debe dejar de correr y suspenderse? ¿Cuál ha de ser la duración de ese período de seguridad, llegado el cual el cómputo del plazo se detiene? Nada aportan estas sentencias del TJUE sobre este punto. Pero parece que ha de suspenderse el plazo cuando, una vez que sea posible conocer el carácter abusivo de la cláusula, el consumidor disponga todavía de

---

<sup>40</sup> RUIZ ARRANZ, "El dies a quo...", *cit.*, pp. 8, quien destaca que la doctrina alemana considera que la doctrina del TJUE es perfectamente congruente con la jurisprudencia alemana sobre el retraso del *dies a quo*, citando en esta línea a PIEKENBROCK, § 199 *BGB*, *cit.*, Rn. 136.

un margen temporal suficiente para solicitar la nulidad de la cláusula. Cabe preguntarse cuál ha de ser ese margen temporal suficiente. En relación con la duración del plazo de prescripción, el TJUE ha defendido que ha de tratarse de un plazo que resulte materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo (por todas, STJUE de 9 de julio de 2020, ap. 62); y ha considerado que un plazo de prescripción de dos años se considera suficiente (STJUE de 15 de diciembre de 2011). Si un plazo de prescripción de dos años respeta el principio de efectividad, es evidente que también se respeta este principio si, una vez que el consumidor puede tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, le quedan al menos dos años del plazo de prescripción. Pero como este período de seguridad es, por definición, más breve que el plazo de prescripción (pues el periodo de seguridad es la parte final del plazo prescriptivo), razonablemente cabe pensar que el período de seguridad puede tener una duración inferior. En cualquier caso, no es función del TJUE fijar una duración mínima del período de seguridad. Serán los operadores nacionales los que, al interpretar la doctrina del TJUE, tengan que resolver esta cuestión.

## **V. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS GASTOS HIPOTECARIOS**

Hasta la fecha son tres las cuestiones prejudiciales que se han formulado sobre esta materia, planteadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona y la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

### **1. La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo (auto de 22 de julio de 2021)**

Con fecha de 22 de julio de 2021 el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado un auto en el que plantea una cuestión prejudicial al TJUE (ECLI:ES:TS:2021:10157A; ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres). Esta cuestión prejudicial (asunto C-561/21) se formula en el marco del recurso de casación 1799/2020, presentado por los prestatarios contra la SAP Barcelona (Secc. 15ª) 20/2020, de 8 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:24).

Los hechos que se juzgan son los siguientes. En 1999 un matrimonio celebra un préstamo hipotecario con el Banco Santander. El contrato tenía una cláusula predispuesta que hacía recaer sobre los prestatarios el pago de todos los gastos de constitución del préstamo. En 2017 los prestatarios interponen una demanda, solicitando la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condena al prestamista a abonar a los prestatarios determinadas en concepto de gastos de notaría, registro de la propiedad y gestoría.

Interpuesto recurso de apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso. Considera que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, pero que, por el contrario, la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción (ap. 19 de la sentencia). El plazo de prescripción de esta pretensión es de diez años, según dispone el art. 121-20 del CC de Cataluña, aplicable al caso. En cuanto al *dies a quo*, hay que estar a lo dispuesto en el art. 121-23 CC catalán, que establece que "el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse". Según la sentencia, los demandantes pudieron ejercitar la acción desde el momento en que hicieron efectivos los pagos cuya restitución reclaman (ap. 25). La sentencia explica por qué no puede fijarse como *dies a quo* la fecha de la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula de gastos (STS de 23 de diciembre de 2015) o el momento en que se declara judicialmente su nulidad (ap. 25). De todo ello concluye que, interpuesta la demanda en noviembre de 2017, esto es, más de diez años después de haber abonados los gastos (en junio de 1999), la acción de reclamación de cantidades ha prescrito (ap. 26).

La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo se estructura del siguiente modo. Tras exponer los antecedentes del litigio (FJ 1º), se indica cuál es la cuestión controvertida (FJ 2º): "determinar cuándo comienza el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor a un tercero como consecuencia de una cláusula abusiva que impone al prestatario el pago de todos los gastos generados por la concertación de un préstamo hipotecario". Después se enumeran las disposiciones del Derecho de la Unión y del derecho nacional que resultan aplicables (FJ 3º y 4). En el primer bloque se citan los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE, y los principios de equivalencia y de efectividad desarrollados por la doctrina del TJUE. En el segundo, los arts. 1964.2, 1969, 1895, 1303 y 1973 CC (FJ 4º, ap. 1 a 5)

Más relevantes son los apartados 6 y siguientes del Fundamento de Derecho 4º. El auto señala que, si se solicita la declaración de nulidad de un contrato, la sentencia que acuerda además la restitución de cantidades (aunque no se haya solicitado) no incurre en incongruencia, "porque la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, prevista en el art. 1303 del Código Civil, no necesita de petición expresa de la parte y debe ser acordada por el Juez cuando declara la nulidad del contrato". No estoy convencido que esta forma de proceder sea adecuada. No sólo porque puede vulnerar el principio de congruencia, sino porque como enseñan los arts. 1305 y 1306 CC, el contrato puede reputarse nulo y las partes pueden no tener el derecho a obtener la restitución de lo entregado. Además, esta solución encaja mal con la calificación que hace el propio Tribunal Supremo de la acción de restitución de los gastos como una acción

derivada de un cobro de lo indebido del art. 1896 CC (ap. 11 del FJ 4º del auto), que excluye la aplicación del art. 1303 CC.

En otro lugar ya he destacado la enorme relevancia del auto del TS al establecer con contundencia dos reglas: que la acción de restitución de gastos abonados sí prescribe, y que el plazo de prescripción es el designado en el art. 1964.2 (cinco años; antes de su reforma, quince años)<sup>41</sup>.

Es el Fundamento de Derecho 5º del auto el que se ocupa específicamente del inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución. Es cierto, como señala el TS (ap. 1), que la STJUE de 10 de junio de 2021 constituya un compendio de la doctrina del TJUE, en la medida en que resume lo establecido en las STJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021 (citadas las tres por el TS). Pero quizás convendría destacar (cosa que no hace el TS) que la STJUE de 10 de junio de 2021 es en algún extremo confusa, y que cabe plantearse incluso si en algún punto modifica la doctrina sentada en las sentencias anteriores.

En lo relativo a la concreta doctrina del TJUE sobre el comienzo del plazo de prescripción, el FJ 5º (ap. 2) afirma lo siguiente:

*"2.- En lo que concierne al «comienzo del cómputo del plazo», las SSTJUE 16 de julio de 2020, CaixaBank SA y BBVA; 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, y 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance se refieren expresamente a casos en que se juzgaba la compatibilidad del dies a quo previsto en el Derecho interno con la interpretación del Derecho de la Unión.*

*En la STJUE 16 de julio de 2020, CaixaBank SA y BBVA, apartado 88, el TJUE ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato». En el caso de la sentencia 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, el Tribunal de Justicia es más explícito todavía en su apartado 47:*

*«Pues bien, la oposición de un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, a una acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente, viola el principio de efectividad (véanse,*

---

<sup>41</sup> Sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, "Dos cuestiones prejudiciales...", *cit.*, pp. 22 y ss.

*por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, Caixabank y BBVA, apartado 91)».*

*El TJUE ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el «enriquecimiento indebido» o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, apartados 51- 52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad.*

*E igual sucede respecto de un plazo que comienza a correr con el cumplimiento íntegro del contrato: STJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, apartados 65, 67 y 75”.*

Me da la sensación de que el auto no ha llegado a comprender realmente la doctrina del TJUE. Según el auto, “en la STJUE 16 de julio de 2020, ap. 88, el TJUE ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato»”. Esta afirmación puede ser rebatida, en un doble sentido. En primer lugar, el ap. 88 de esta sentencia no afirma lo que ahí se dice, sino que se refiere a otra cosa<sup>42</sup>. Pero es que, en segundo lugar, no es cierto que la STJUE de 16 de julio de 2020 establezca esa tesis. La sentencia no afirma que es incompatible con el principio de efectividad fijar el *dies a quo* del plazo en el momento de la celebración del contrato, sino que lo que es contrario a este principio es que el plazo prescriptivo transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. Así resulta del apartado 91 de la STJUE de 16 de julio de 2020, y también del apartado 47 de la STJUE de 10 de junio de 2021, que se reproduce literalmente en el auto del Tribunal Supremo.

De manera similar parece interpretar el TS las STJUE de 22 de abril de 2021 y 9 de julio de 2020, que se refieren a un *dies a quo* que las legislaciones nacionales fijan, respectivamente, el día en que se realizó el pago y el día del cumplimiento íntegro del contrato.

En definitiva, el auto del TS sostiene que, según la jurisprudencia del TJUE, no es compatible con la Directiva 93/13/CE fijar el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo en la fecha en que se celebra el contrato, se produce el enriquecimiento indebido (se realiza el pago) o se cumple íntegramente el contrato. Repito que esta

---

<sup>42</sup> En concreto, establece lo siguiente: “El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula”.

interpretación es, a mi juicio, desacertada, pues en verdad el TJUE no impide que el plazo pueda empezar a correr en esas fechas, como ya se ha indicado (v. epígrafe IV.3 y 4).

En el apartado 3 del FJ 5º, el auto del TS sostiene que, una vez descartado que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos, quedan dos opciones:

*"a) Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.*

*b) Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato. Igualmente, puede decirse, no respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino desde la propia jurisprudencia del TJUE, cuando admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción*

*Este criterio, que no contradice la prescriptibilidad de la acción de restitución, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia".*

De nuevo el TS parte de una premisa errónea: que el TJUE impide que pueda fijarse el *dies a quo* en la fecha en que se abonaron los gastos. En cuanto a los dos posibles *dies a quo* señalados por el ATS, la primera (vincular el *dies a quo* a la sentencia que declara la nulidad) entiende el TS que puede ser contraria a la seguridad jurídica, al hacer imprescriptible en la práctica la acción de restitución. Lo que parece claro, a mi juicio, es que esta forma de fijar el *dies a quo* no es contraria al principio de efectividad. En relación con la segunda manera de fijar el *dies a quo* (la fecha de la STS que prescribe qué gastos concretos puede reclamar el consumidor o la de la STJUE que admite que la acción de restitución sí prescribe), el TS entiende que ello puede ser contrario al principio de efectividad, porque un consumidor medio puede no conocer la jurisprudencia del TS o del TJUE. Esta argumentación es inconsistente, como más adelante se expondrá (v. epígrafe VI.8 y 9).

Tras estos argumentos, el auto del TS formula las tres preguntas siguientes:

A la vista de lo expuesto, el auto plantea las tres preguntas siguientes:

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

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

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

Las tres preguntas son congruentes con los argumentos previos esgrimidos por el Tribunal Supremo. Pero al margen de la respuesta que proceda dar a cada una de ellas (de lo que nos ocuparemos más adelante; epígrafe VI.1, 8 y 9), ahora interesa llamar la atención sobre varios aspectos. En primer lugar, es curioso que ninguna de las preguntas aluda expresamente al conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula, que es el dato esencial para juzgar si la legislación o jurisprudencia nacional se opone al principio de efectividad. Por otra parte, no se comprende por qué se descarta definitivamente como *dies a quo* el día en que el consumidor ha abonado los gastos indebidos; puesto que es posible que ese día el consumidor conozca (o pueda haber conocido) el carácter abusivo de la cláusula; lo que puede suceder, por ejemplo, en un préstamo celebrado en marzo febrero de 2020.

Especial mención ha de hacerse al modo en que se formulan las preguntas, o más exactamente, al hecho de que se presente de forma jerarquizada. La primera pregunta es si es conforme al derecho comunitario fijar como inicio del plazo prescriptivo de la acción restitutoria el día en que es firme la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Si el TJUE responde de forma afirmativa, ya no tendrá que responder a las demás, pues el presupuesto de la segunda pregunta es que se

respuesta a la primera de forma negativa. Y lo mismo sucede con la tercera pregunta. Esto no tiene ningún sentido. Lo correcto hubiera sido pedir al TJUE que responda a las tres preguntas en todo caso, al margen de que la respuesta que se dé a las demás preguntas. Repárese en que si el TJUE responde de forma afirmativa a la primera pregunta, poco más tendrá que resolver. De manera que la cuestión prejudicial poco aclarará.

El auto del TS ha tenido un efecto nocivo en la jurisprudencia menor. Como el TS señala que no puede fijarse el *dies a quo* la fecha en que se hicieron los pagos, y que únicamente cabe designar como *dies a quo* la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos, o los días 23 de diciembre de 2015 o 23 de enero de 2019, son muchas las Audiencias Provinciales que, siguiendo estos criterios, establecen que estas son las únicas posibles fechas de inicio del plazo prescriptivo; razón por la cual la acción de restitución no ha prescrito (v. epígrafe VII.3). Este razonamiento es palmariamente erróneo, pues implica desconocer por completo la doctrina del TJUE sobre la materia.

## **2. La cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona (auto de 22 de julio de 2021)**

Con fecha de 22 de julio de 2021 (curiosamente, el mismo día que el auto del Tribunal Supremo), el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona (Magistrada-Juez: Dña. Rocío Ortega Atienza) formula una cuestión prejudicial sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios (ECLI:ES:JPI:2021:297A).

En este caso el préstamo hipotecario se había celebrado en 2007. En mayo de 2019 el consumidor prestatario interpuso demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la condena a la devolución de los aranceles notariales. En febrero de 2021 interpone una segunda demanda en la que pide la restitución de los aranceles registrales y gastos de gestoría. Es en el marco de esta segunda demanda en el que el JPI nº 20 de Barcelona plantea la cuestión prejudicial.

El núcleo de la controversia es “conocer si el actor, un consumidor que ha contratado con una entidad bancaria, puede verse privado de reclamar las cantidades fruto de una cláusula abusiva porque el plazo de prescripción de su acción comienza antes de que la cláusula sea declarada nula” (apartado 7 del auto).

Como señala el auto, esta cuestión se ha resuelto de manera diferente en las distintas Audiencias Provinciales catalanas (ap. 11 a 14). Para la AP Barcelona el plazo de prescripción se inicia cuando se abona la factura de los gastos, pues en ese momento se agotan los efectos de la cláusula y ya no hay riesgo de que se pueda extender el perjuicio al consumidor durante la ejecución del contrato. Para la AP Tarragona, el *dies a quo* es la STS de 23 de diciembre de 2015. Esta es la tesis defendida también

por la AP Gerona. En cambio, la AP Lérida entiende que el plazo prescriptivo se inicia cuando se declara por sentencia la nulidad de la cláusula.

Después de analizar el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea, y de su relevancia a los efectos de fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción (ap. 18), el auto acude al art. 121-23 del Código Civil catalán, que fija como inicio del plazo de prescripción la fecha en que el titular de la pretensión “conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan” (ap. 19). Entiende el auto que, en el caso que se analiza, es relevante el hecho de que los efectos de la cláusula de gastos se agoten tras su abono, al principio del contrato, pues después, durante la vida del contrato, no serán cargados nuevos gastos.

“Ante esta circunstancia se plantea cuándo el consumidor puede tener conocimiento de los hechos en que fundamenta la acción de reclamación de cantidad: si es cuando realiza los pagos y agota el contenido de la cláusula; si es cuando se dicta la sentencia que declara la nulidad o si es cuando los tribunales empiezan a declarar la nulidad de un cláusula como la suya, siendo relevante la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que sienta jurisprudencia sobre esta materia” (ap. 21).

La Magistrada no tiene dudas de que los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE se respetan y, por tanto, se garantiza el principio de efectividad, si se fija el inicio de la prescripción en el momento de la declaración de nulidad, “pero es más dudoso entender que se respeta este principio si los efectos de cláusula se han agotado mucho antes sin riesgo alguno de repetición o si el conocimiento de la posibilidad de ejercer la acción se sujeta al dictado de una sentencia del Tribunal Supremo que el consumidor puede no conocer hasta tiempo después” (ap. 21). Añade el auto que “si el momento de inicio de la prescripción se sitúa en el momento en que se realizó el pago de los gastos la acción estaría prescrita y se privaría al consumidor del resarcimiento. Por el contrario si se fija el cómputo en el momento en que el TS declaró que la cláusula de gastos era abusiva (diciembre de 2015) o en el momento en que una sentencia declaró la nulidad de su cláusula (2 de mayo de 2019), el consumidor se vería resarcido del daño ocasionado en aplicación de una cláusula nula” (ap. 22).

Establece el auto que las sentencias del TJUE que han analizado el inicio del plazo de prescripción lo han hecho respecto de cláusula que se seguían aplicando y que, por tanto, no habían cesado de producir efectos. Lo que no sucede en la cláusula de gastos, cuyos efectos se manifiestan en su totalidad tras el abono de los gastos, justo después de la celebración del contrato (ap. 23). Así, “la STJUE de 10 de junio de 2021 que considera contrario al derecho comunitario que la prescripción se inicie en el momento de la firma de la oferta analiza una cláusula que estará vigente durante toda la duración del contrato. En el mismo sentido, la STJUE de 22 de abril de 2021 que entiende contrario al derecho comunitario iniciar el cómputo cuando se produce el enriquecimiento del empresario analizaba una cláusula que potencialmente se podía volver a aplicar. Por otro lado, no se han establecido criterios claros sobre qué

elementos hay que valorar para analizar cuando el consumidor tiene conocimiento de que una cláusula es abusiva y, por tanto, se inicia el cómputo de la prescripción respecto a las cantidades abonadas en aplicación de una cláusula nula” (ap. 23).

Tras estas reflexiones el auto enumera las tres concretas preguntas que desea que el TJUE conteste:

*“Primera: Si es compatible con el artículo 38 CDFUE, con el principio de efectividad del derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 13/93 que la prescripción de la acción para reclamar las consecuencias económicas de una cláusula abusiva, como la de gastos, se inicie con anterioridad al momento en que dicha cláusula ha sido declarada nula por abusiva.*

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

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

Varias son las reflexiones que cabe hacer al auto del JPI nº 20 de Barcelona. A mi juicio, estas preguntas son más atinadas que las del auto del Tribunal Supremo. Pero incluso así entiendo que podían haberse formulado otras mejores.

El auto de Barcelona entiende que es compatible con el derecho europeo fijar el “dies a quo” de la acción de restitución el día en que se declara por sentencia la cláusula. Por eso no pregunta al TJUE sobre este extremo. Pero es llamativo que el auto no pregunte qué significa la fórmula utilizada por el TJUE, según la cual es contrario al principio de efectividad que transcurra íntegramente el plazo prescriptivo sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. En el auto se aprecia una cierta confusión entre el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la situación jurídica. Así sucede, en particular, en el apartado 21, que pregunta cuándo el consumidor puede tener “conocimiento de los hechos en que fundamenta la acción”, pero que alude a circunstancias que no tienen que ver con el conocimiento de hechos, sino con el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula (por ejemplo, el día en que el TS dicta la primera sentencia sobre gastos).

Por otra parte, el auto sostiene que en las sentencias del TJUE no hay “criterios claros sobre qué elementos hay que valorar para analizar cuando el consumidor tiene conocimiento de que una cláusula es abusiva y, por tanto, se inicia el cómputo de la prescripción” (ap. 23). Sin embargo, el auto no formula una pregunta concreta sobre el particular.

En cualquier caso, es digno de elogio que las preguntas no se formulen de forma jerárquica, como sucede en el auto del Tribunal Supremo. Por esa razón el TJUE tendrá necesariamente que responder a las tres. Sobre las posibles respuestas que el TJUE dará a cada pregunta, me remito al epígrafe VI.4, 5 y 7.

### **3. La cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona (auto de 9 de diciembre de 2021)**

La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha planteado una cuestión prejudicial, mediante auto de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:9350A). Los Magistrados de la Audiencia Provincial conocen que el Tribunal Supremo ha preguntado al TJUE mediante auto de 22 de julio de 2021, pero aún así estiman “necesario ampliar o completar las cuestiones sobre las que ha de pronunciarse el Tribunal Europeo” (FJ 4º, ap. 3).

En el Fundamento Jurídico 1º el auto explica los cuatro recursos de apelación que ha de resolver, y que suspende para plantear la cuestión prejudicial al TJUE. En todos ellos han transcurrido más de diez años (que es el plazo general de prescripción en el derecho catalán) desde que el prestatario abonó la última factura relativa a los gastos de constitución del préstamo (en concreto, la factura de la gestoría) hasta que se interpone la demanda. Es doctrina consolidada de la Secc. 15ª de la AP Barcelona que en esta hipótesis el prestamista demandado puede oponer con éxito la excepción de prescripción, porque el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados es la fecha en que se abonan los gastos. En los cuatro casos analizados, la Audiencia Provincial prefiere parar el proceso y preguntar al TJUE, porque desea saber si es conforme con la jurisprudencia del TJUE designar la fecha del abono de los gastos como *dies a quo* de la acción restitutoria.

El auto de planteamiento de la cuestión prejudicial señala los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE como únicas disposiciones del Derecho de la Unión aplicables (FJ 2º). En cuanto a las normas del derecho nacional que entran en juego (FJ 3º), menciona los arts. 121-20 y 121-21 del Código Civil catalán (que regulan, respectivamente, el plazo general de prescripción de diez años y las causas de interrupción de la prescripción) y el art. 1303 CC español. Además, establece que la acción declarativa de nulidad de la cláusula es imprescriptible, mientras que la acción de restitución sí está sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales.

En cuanto a la conveniencia de plantear la cuestión prejudicial (FJ 4º), indica que la STJUE de 16 de julio de 2020 admite que el ejercicio de la acción restitutoria pudiera quedar sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución. Esta STJUE ha sido interpretada por los tribunales españoles de forma muy dispar, fijando el *dies a quo* en la fecha en que se declara judicialmente la nulidad de la cláusula, se firma el contrato, se dicta la STS de 23 de diciembre de 2015, o se abonan los gastos. Este último criterio es el que asume la AP Barcelona, y otras Audiencias que se citan (Alicante, Murcia, Castellón, Baleares o Valencia). Por ello es necesario plantear una cuestión prejudicial (aunque ya se hayan formulado otras).

Las razones que le llevan a preguntar de nuevo al TJUE se exponen en el Fundamento Jurídico 5º. El auto comienza haciendo un repaso a la doctrina del TJUE. Así, reproduce el fallo de las SSTJUE de 9 de julio de 2020 y de 16 de julio de 2020 (ap. 1 y 2), explica el alcance del principio de efectividad (ap. 3) y los dos parámetros para examinar la adecuación del régimen de prescripción al principio de efectividad, que son la duración del plazo y la fecha de inicio del cómputo (ap. 4). En relación con la duración, reproduce la doctrina del TJUE que exige que se trata de un plazo suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo; y añade que un plazo de diez años es suficiente a estos efectos (ap. 5).

En relación con el inicio del plazo de prescripción, el TJUE precisa que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13/CE (STJUE de 16 de julio de 2020, ap. 90). Esto es, "el cómputo del plazo, de acuerdo con la normativa nacional, no debe impedir al consumidor conocer que una cláusula incluida en el contrato es abusiva ni percibir la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva. Esto es, debe permitir al consumidor medio tomar conciencia de la existencia de la cláusula abusiva y, en segundo lugar, formular su reclamación de nulidad. Es este el requisito que más dudas de interpretación genera y que estimamos debe ser objeto de aclaración" (FJ 5º, ap. 7).

El auto da cierta relevancia al hecho de que los gastos hipotecarios los abone el consumidor de forma íntegra al comienzo del contrato. "A diferencia de otros supuestos sometidos a consideración del TJUE (sobre cláusulas suelo, multidivisa o comisiones durante la vigencia del contrato), la cláusula que imputa al prestatario todos los gastos de formalización del contrato agota por completo sus efectos con el pago por el consumidor de la última de las facturas. En ese momento el consumidor conoce que asume todos los gastos de formalización del contrato y cuál es su coste total, sin que sea preciso que el contrato se desenvuelva y concluya para que el consumidor pueda plantear la acción para reclamar lo que considera indebidamente pagado por su parte. No sería suficiente, por tanto, la "fecha de celebración del contrato", como se sugirió al Tribunal en el asunto Caixanbank/BBVA, pues en ese

momento el prestatario se limita a realizar una provisión de fondos para cubrirlos gastos, sin mayor desglose, siendo necesario su posterior liquidación" (ap. 8).

A continuación, el auto hace una de sus afirmaciones más interesantes: "no creemos... que la STJUE de 22 de abril de 2021 considere en todo caso contrario al principio de efectividad que se compute el plazo desde el pago (o al menos la duda deberá resolverla el Tribunal)" (ap. 9). Y añade: "es cierto que la Sentencia consideró que un plazo de tres años a partir de la fecha del enriquecimiento injusto podía hacer excesivamente difícil el ejercicio de los Derechos que confiere la Directiva. Ahora bien, el litigio tenía por objeto una comisión que retribuía la posibilidad del prestatario de retrasar el pago de crédito, de la que podía hacer uso hasta la finalización del crédito, comisión que se cobraba por anticipado. El TJUE consideró contrario a la Directiva la norma nacional en la medida que el cómputo del plazo podía iniciarse antes de que se efectuaran todos los pagos" (el auto reproduce a continuación el ap. 63 de citada STJUE).

Los apartados 10 a 12 son cruciales, porque exponen las razones que justifican la primera pregunta formulada por la AP Barcelona. Su texto es el siguiente:

"10. La duda que nos surge y que estimamos que todavía no ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es si el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula por el consumidor recae únicamente sobre los elementos de hecho que justifican la abusividad o abarca también la valoración jurídica de esos hechos, teniendo en cuenta que el modelo de consumidor medio a considerar es el de una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz, pero no necesariamente experta en Derecho. Si el conocimiento versa sobre los hechos, podría ser suficiente con el pago de la última de las facturas, momento, como venimos señalando, en que la cláusula agota por completo sus efectos.

11. Por el contrario, si el respeto al principio de efectividad exige que el consumidor esté en condiciones de valorar jurídicamente esos hechos, habría que concretar qué información debe estar a disposición del consumidor medio, en concreto, si debe posponerse el cómputo del plazo hasta que exista un criterio jurisprudencial asentado sobre el carácter abusivo de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas. En el primer caso, el consumidor tendría la certeza absoluta del éxito de la acción. Sin embargo, en la medida que el principio de efectividad se vincula con el hecho de que el ejercicio de la acción resulte "posible" o no sea "excesivamente difícil", podría ser suficiente con que el consumidor conozca que la pretensión restitutoria puede prosperar. En otros Ordenamientos también se ha suscitado la misma cuestión, admitiéndose que el inicio del cómputo del plazo legal de prescripción pueda posponerse de existir una jurisprudencia abiertamente hostil a la pretensión ejercitada. No es ese el caso del Ordenamiento Español, en el que no ha existido una jurisprudencia contraria a la pretensión restitutoria derivada de

la nulidad de la cláusula de gastos. De hecho, se viene admitiendo con carácter general que la nulidad de una cláusula abusiva determina necesariamente la remoción de los efectos derivados de su aplicación.

12. Como circunstancias que permitirían al consumidor español alcanzar el pleno conocimiento, desde una perspectiva jurídica o normativa, del carácter abusivo de la cláusula, cuando el marco legal no ha cambiado, y que la pretensión restitutoria puede prosperar, podríamos señalar las siguientes:

(i) La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, en un procedimiento iniciado en el año 2003 de una acción ejercitada por una asociación de consumidores contra varias entidades de crédito, analiza la validez de múltiples cláusulas por abusivas, incluida la repercusión al prestatario de los gastos judiciales.

(ii) En mayo de 2010 se interpone una acción colectiva de nulidad de la cláusula de gastos por una organización de consumidores, que es resuelta definitivamente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015, declarando la nulidad de la cláusula. Previamente distintos tribunales de instancias inferiores se habían pronunciado sobre la validez de la misma cláusula en acciones individuales promovidas por consumidores.

(iii) El Tribunal Supremo dictó Sentencia el 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad de la cláusula que establece límites a la variabilidad de los tipos de interés (cláusula suelo), de enorme repercusión y general conocimiento, generándose desde ese momento un contexto de litigación en masa con multitud de procedimientos sobre la validez de cláusulas en contratos suscritos por consumidores, también de la cláusula de gastos”.

Tras esta argumentación, la AP formula la siguiente pregunta (primera pregunta):

*“En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿Es compatible con el artículo 6, apartado 1, y al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/2013 someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos, momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos?”*

*De ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos ¿Debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?”*

Hay un segunda materia sobre la que el órgano remitente tiene dudas. “En relación con la exigencia del conocimiento por parte del consumidor del carácter abusivo de la cláusula y de la amplitud de derechos que le confiere la Directiva, es preciso aclarar si ese conocimiento debe tenerse antes de iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, de acuerdo con la normativa nacional, o antes de que expire. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 2021 (asunto BNP Paribas Personal Finance) señala que basta con que se dé antes de que expire” (ap. 13), reproduciendo a continuación el auto el apartado 46 de esta STJUE. Sostiene el auto (ap. 14) que “la cuestión es relevante cuando, frente al plazo de cinco años de la norma estatal (artículo 1964 del Código Civil), en el ámbito territorial de Catalunya el plazo se extiende a los diez años (artículo 121-20 del Ccat). Además de tratarse de un plazo largo de prescripción, muy superior a los considerados por el TJUE, el ejercicio de la acción se ve favorecido en el Ordenamiento Español al contemplar, como causa de interrupción del plazo, la mera reclamación extrajudicial (artículo 121-11 del Ccat), hecho que determina que el plazo empiece a correr de nuevo y completamente (artículo 121-14)”.

Por todo ello, se formula una segunda pregunta al TJUE:

*“Estando sujeta la acción restitutoria a un plazo largo de prescripción de diez años ¿En qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva, antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?”*

Antes de examinar cómo el TJUE podrá responder a cada una de estas dos preguntas (v. epígrafe VI.2, 3 y 6), hay que agradecer a los Magistrados de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial que hayan decidido formular una tercera cuestión prejudicial. Y es que, efectivamente, las dos anteriores, del TS y del JPI nº 20 de Barcelona (esta última, por cierto, ni siquiera es mencionada en el auto de la AP Barcelona), no hacen la pregunta clave: si la posibilidad de conocer por parte de consumidor el carácter abusivo de la cláusula es un requisito del inicio del plazo de prescripción, por lo que debe concurrir para que el plazo empiece a correr, o es suficiente con que exista antes de que el plazo de prescripción haya transcurrido en su totalidad. Por fortuna, esta es la segunda pregunta del auto de la Audiencia Provincial. Simplemente por eso está más que justificada la interposición de una nueva cuestión prejudicial.

En relación con esta segunda pregunta, la argumentación empleada por el auto de la AP (FJ 5º, ap. 13) no es del todo correcta. Según el auto, la STJUE de 10 de junio de 2021 (en su ap. 46) señala que basta con que el consumidor tenga conocimiento del carácter abusivo de la cláusula antes de que expire el plazo prescriptivo para que se respete el principio de efectividad. Esta idea debe matizarse, porque, por una parte, el apartado 46 también alude a que el conocimiento puede tenerlo el consumidor “antes de que dicho plazo empezase a correr”; y por otra, porque el apartado 48 (que se reproduce en el fallo de la STJUE) parece dar a entender que el consumidor

debe conocer el carácter abusivo de la cláusula en el momento en que empieza a correr el plazo. Precisamente porque la interpretación de esta STJUE de 10 de junio de 2021 es confusa, y no queda claro si el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula afecta al inicio del plazo u opera como causa de suspensión cuando se produce en el período de seguridad, es indispensable que el TJUE se pronuncie expresamente sobre ello. Y tendrá que hacerlo necesariamente, porque así lo pide la AP Barcelona en su segunda pregunta.

Una cuestión debatida es qué concretas circunstancias jurídicas ha de conocer el consumidor para que corra con normalidad el plazo de prescripción. Con apoyo en las palabras del TJUE (“que los consumidores ignoren que una cláusula sea abusiva o perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13”), el auto de la AP Barcelona entiende que el consumidor debe conocer que la cláusula es abusiva y que por eso puede pedir su nulidad (“la existencia de la cláusula abusiva y formular su reclamación de nulidad”; FJ 5º, ap. 7). Como ya he indicado en otro lugar (v. epígrafe IV.6), creo que es suficiente con que el consumidor conozca (o puede razonablemente conocer) el primer dato, esto es, que la cláusula es abusiva. En cualquier caso, hubiera sido bueno, ya puestos, preguntar al TJUE sobre ello.

La Audiencia Provincial da un especial valor al dato de que, en la cláusula de gastos, el prestatario abona todos los gastos casi inmediatamente después de celebrado el contrato (FJ 5º, ap. 8 y 9). De manera que la cláusula agota por completo sus efectos con el pago por el consumidor de la última factura de los gastos (normalmente, la de gestoría) pocas semanas después de la celebración del préstamo. No estoy seguro de que este dato pueda ser relevante, más allá de la evidencia de que, si todavía no se ha abonado cantidad alguna, no se puede pedir su restitución y, en consecuencia, no ha lugar a plantearse cuál es el *dies a quo* de esa acción restitutoria que todavía no existe. Según la AP, la STJUE de 22 de abril de 2021 consideró contrario al derecho europeo la norma nacional que fijaba el inicio del plazo de prescripción de tres años en la fecha del enriquecimiento injusto, en la medida en que el cómputo del plazo podía iniciarse antes de que se efectuaran todos los pagos (FJ 5º, ap. 9, con cita del ap. 63 de la STJUE de 22 de abril de 2021). Ya he señalado en otro lugar que, a mi juicio, lo decisivo es que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula que le impone el pago; y que a estos efectos es irrelevante si el consumidor puede solicitar la restitución de cantidades cuando todavía está vigente el contrato o cuando ya se ha extinguido (normalmente, porque el consumidor ha satisfecho todas las cuotas de amortización). Es obvio que, si ya ha pagado cantidades indebidas, podrá conocer los hechos que fundamentan la pretensión. Mientras que si todavía no ha pagado no podrá solicitar la restitución, simplemente porque no ha nacido la acción para reclamarlos (precisamente porque no los ha pagado). En definitiva, si las cantidades indebidas las paga al principio (como sucede con los gastos hipotecarios), desde ese momento será consciente de su sacrificio patrimonial y podrá indagar sobre las razones jurídicas que le imponen ese abono. Cosa que no sucede cuando las cantidades indebidas las paga el consumidor más tarde. Pero no se advierte la razón

por la que en aquel y en este caso el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula ha de operar de forma diferente.

Por otra parte, en auto pregunta "si el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula por el consumidor recae únicamente sobre los elementos de hecho que justifican la abusividad o abarca también la valoración jurídica de esos hechos" (FJ 5º, ap. 10). La redacción es mejorable, porque creo que lo que en realidad se cuestiona es si basta con que el consumidor conozca los hechos que fundamentan la acción de nulidad, o es necesario además que conozca la "valoración jurídica" de los hechos, es decir, que la cláusula es abusiva (que es lo que dice, con una fórmula más acabada, la primera pregunta del auto). Creo que el TJUE ya ha respondido a esta pregunta, cuando afirma que el plazo de prescripción no puede correr en su totalidad sin que el consumidor pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. De donde resulta que el conocimiento de ese carácter abusivo afecta al plazo de prescripción; o dicho de otra manera, que en el cómputo del plazo prescriptivo tiene relevancia que el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos.

Lo que sí es más importante es la segunda parte de la primera pregunta, cuya argumentación se contiene en los apartados 11 y 12: ¿qué concreta información específica debe estar a disposición del consumidor para que pueda conocer el carácter abusivo de esa cláusula? ¿Debe existir un criterio jurisprudencial asentado sobre el carácter abusivo de esa cláusula o el juez nacional puede tomar en consideración otras circunstancias, y en ese segundo caso, cuáles son esas circunstancias? El auto de la AP Barcelona parece entender que esta segunda interpretación es aceptable, "en la medida que el principio de efectividad se vincula con el hecho de que el ejercicio de la acción resulte *"posible"* o no sea *"excesivamente difícil"* podría ser suficiente con que el consumidor conozca que la pretensión restitutoria puede prosperar". Esta aproximación al problema es acertada, pues que el consumidor pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula no requiere que se haya dictado una sentencia del Tribunal Supremo que consagre la nulidad de esa cláusula, sino que basta que el consumidor conozca que puede pedirse judicialmente su nulidad porque es posible que un juez así lo declare.

Es llamativa la alusión que se hace a "otros Ordenamientos" que admiten que el inicio del cómputo del plazo de prescripción "puede posponerse de existir una jurisprudencia abiertamente hostil a la pretensión ejercitada". Lo que no sucede en el derecho español, "en el que no ha existido una jurisprudencia contraria a la pretensión restitutoria derivada de la nulidad de la cláusula de gastos" (ap. 11). Es evidente que el auto se está refiriendo al derecho alemán<sup>43</sup>. Pero como he explicado en otro lugar (epígrafe III.2), la jurisprudencia alemana que retrasa el *dies a quo* se aplica no sólo en caso de jurisprudencia hostil, sino también cuando existe una

---

<sup>43</sup> Lo que evidencia que los Magistrados conocen el trabajo que sobre el particular ha publicado RUIZ ARRANZ en la web *Almacén de Derecho*.

situación jurídica opaca y confusa, esto es, cuando un tercero informado (un asesor jurídico) no habría interpuesto una demanda judicial solicitando la nulidad por no existir una conciencia jurídica entre los profesionales del derecho de que esa demanda podría tener alguna posibilidad de éxito. Es esta segunda hipótesis de retraso del *dies a quo* la que, en su caso, habría que aplicar al derecho español, y analizar a partir de qué momento era razonable que un abogado español interpusiera una demanda solicitando la nulidad de la cláusula de gastos, por no resultar irrazonable en ese momento una demanda de ese tipo. Y es que, como ya se ha señalado (v. epígrafe IV.6), el TJUE parece haberse inspirado en la doctrina alemana sobre la situación jurídica opaca y confusa, pero no en la relativa a la existencia de una jurisprudencia claramente hostil. Por otra parte, no viene a cuento la alusión del auto a que en España no existe una jurisprudencia hostil a la restitución de cantidades tras la nulidad de una cláusula. Es verdad que en España no existe una jurisprudencia hostil sobre ese punto. Pero, si se quiere aplicar aquí la doctrina de la jurisprudencia alemana, la jurisprudencia hostil debe referirse a la posibilidad de solicitar la nulidad de la cláusula de gastos, y no a los efectos que provoca la nulidad de la cláusula. Porque, según la jurisprudencia alemana, la situación jurídica opaca o la jurisprudencia hostil recae sobre la propia calificación de abusiva de la cláusula, y no sobre sus efectos.

El auto designa algunas fechas relevantes, porque desde ese instante el consumidor tiene el “pleno conocimiento” del carácter abusivo de la cláusula y de que la acción restitutoria puede prosperar. El concreto cita tres fechas (ap. 12): la STS de 16 de diciembre de 2009 (en un proceso iniciado en 2003), la STS de 23 de diciembre de 2015 (la demanda se interpuso en mayo de 2010) y la STS de 9 de mayo de 2013 (que es la primera sentencia que declara abusiva la cláusula suelo del préstamo hipotecario).

Este apartado 12 también merece algún comentario. Se fijan tres fechas en las que un consumidor tiene “pleno conocimiento”, porque existe un criterio jurisprudencial consolidado sobre el carácter abusivo de la cláusula. El auto menciona las fechas de las sentencias del Tribunal Supremo, pero también las fechas en las que se interponen las demandas (salvo en la STS de 9 de mayo de 2013). Además, únicamente la STS de 23 de diciembre de 2015 trata de la cláusula de gastos. La primera citada (la STS de 2009) se refiere a la cláusula de imposición de gastos judiciales, que poco tiene que ver con los gastos de constitución del préstamo hipotecario. Y la tercera (la de 2013) se ocupa de la cláusula suelo, y parece que se trae a colación porque desde esta sentencia es de general conocimiento la posibilidad de reclamar a las entidades de crédito y solicitar la nulidad de las cláusulas por abusivas.

La referencia a estas sentencias del Tribunal Supremo resulta interesante. Y puede dar juego para averiguar cuándo un consumidor medio podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos, como más adelante se verá (v. epígrafe VII.2.c).

Por otra parte, el auto señala, con buen criterio, que para juzgar si el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, no hay que partir de ese concreto consumidor, sino del consumidor medio, entendido como persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz (ap. 10).

Por último, el auto solicita que esta petición de cuestión prejudicial se acumule a la "decisión prejudicial C-565/2021 formulada por el Tribunal Supremo". Hay aquí un error en la designación numérica del asunto. En realidad se pide la acumulación con el asunto C-561/21, que es la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre *dies a quo* (el asunto C-565/2021 es la cuestión prejudicial del TS sobre la comisión de apertura).

## **VI. LAS POSIBLES RESPUESTAS DEL TJUE A LAS TRES CUESTIONES PREJUDICIALES**

Procede ahora examinar las distintas preguntas formuladas en las tres cuestiones prejudiciales e intentar indagar sobre la posible respuesta que, en su momento, dará el TJUE, se supone que en la única sentencia que resolverá, de manera conjunta, las tres cuestiones prejudiciales.

### **1. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar el *dies a quo* de la acción de restitución el día que se dicta la sentencia que declara la nulidad de la cláusula?**

Es esta la primera pregunta que formula el Tribunal Supremo. El TJUE tendrá que pronunciarse sobre si es conforme al Derecho europeo fijar como inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que deviene firme la sentencia que declara nula esa cláusula.

Creo que el TJUE responderá de forma afirmativa: no se opone al principio al principio de equivalencia ni al principio de efectividad designar como *dies a quo* el de la sentencia declarativa, o el día en que sea sentencia devenga firme. Repárese que el TJUE ha declarado que la acción declarativa es imprescriptible, y que puede prescribir la acción de restitución de cantidades si el plazo de prescripción y el inicio de cómputo del plazo no vulneran estos principios. Y considerar como *dies a quo* de la acción restitutoria la fecha de la sentencia declarativa de nulidad no hace imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de la acción de restitución. Al contrario, el ejercicio de esta acción resultará muy fácil, precisamente porque el plazo prescriptivo empieza a correr cuando se dicta la sentencia declarativa.

Más discutible es si fijar el *dies a quo* en ese momento puede colisionar con el principio de seguridad jurídica. El Tribunal Supremo considera que puede vulnerar este principio, al hacer en la práctica imprescriptible la acción de restitución (FJ 5º, ap. 3 del ATS). No resulta fácil predecir la posición del TJUE en este punto, pero me

inclino a pensar que resolverá que el principio de seguridad jurídica no se ve afectado. El TJUE ha declarado que una consecuencia del carácter no vinculante de una cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE) es que, en caso de que el consumidor haya efectuado pagos en virtud de cláusulas abusivas, tendrá derecho al reembolso de dichos pagos. Este efecto restitutorio puede verse limitado solamente por disposiciones relativas a la seguridad jurídica, en concreto, por las normas sobre cosa juzgada y plazos de prescripción (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ap. 62 y 63, y 67 a 69). De donde resulta que la regla general es la restitución de cantidades, configurándose la prescripción como una limitación. Cada Estado miembro es libre para determinar el *dies a quo* de la acción restitutoria, y por eso no afecta a la seguridad jurídica el hecho de que la jurisprudencia española puede fijarlo el día en que se dicta la sentencia declarativa de nulidad.

En cualquier caso, la respuesta que el TJUE dé a esta primera pregunta no afectará al derecho español. Si el TJUE declara que es contrario al derecho europeo que el plazo de prescripción de la acción restitutoria empiece a correr el día que se dicta la sentencia declarativa de nulidad, es obvio que ya no podrá defenderse esa tesis. Pero aunque el TJUE admita que no vulnera el derecho europeo, eso no significa que en el derecho español deba fijarse el *dies a quo* en esa fecha. Una cosa es que una determinada interpretación no vulnera el derecho de la Unión, y otra muy distinta que por ese simple hecho tenga que ser asumida por los tribunales españoles. La finalidad del TJUE es señalar qué interpretación no es admisible conforme al Derecho europeo. Pero entre las que sean admisibles, es el legislador español y la jurisprudencia nacional la que debe fijar el *dies a quo*. Y como con detalle se han indicado en otro lugar (v. epígrafe II.2), con los arts. 1964.2 y 1969 CC en la mano no cabe defender que el *dies a quo* de la acción de restitución de los gastos es la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, sino la fecha en que el consumidor conoce que ha abonado los gastos, lo que sucede cuando recibe las facturas de esos gastos.

Esta idea debe quedar absolutamente clara: que no sea contrario al principio de efectividad (ni al derecho europeo) fijar el *dies a quo* el día de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos en ese concreto contrato no significa que en el derecho español haya que fijar el *dies a quo* en ese día. El TJUE marca unas líneas de juego (como si fueran las líneas blancas de un campo de fútbol), más allá de las cuales la designación de un *dies a quo* será contraria al derecho europeo. Pero dentro de esas líneas (dentro del campo de fútbol) los tribunales españoles pueden “jugar” por donde consideren oportuno, aplicando el derecho español.

Muchos operadores jurídicos nacionales (abogados y tribunales de justicia) parecen desconocer esta regla, porque vinculan el *dies a quo* a la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, “por exigencias de la doctrina del TJUE” o “porque así resulta de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo”. En el epígrafe VII.3 se señalan algunas sentencias de Audiencias Provinciales que siguen

esa argumentación. Pero nada de cierto hay en ello. Porque de la doctrina del TJUE no cabe extraer, en ningún caso, esa conclusión. Y tampoco de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo, por mucho que su redacción sea poco afortunada.

## **2. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea que el plazo de prescripción empiece a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión o es necesario que el consumidor disponga de información adicional sobre la valoración jurídica de esos hechos?**

Esta es la primera pregunta (más exactamente, la primera parte de esa pregunta) que formula la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona. Como ya se ha indicado (v. epígrafe V.3), en realidad lo que se cuestiona es si el conocimiento que se exige al consumidor, y que habrá de afectar al cómputo del plazo prescriptivo, recae sobre los hechos que fundamentan la acción de nulidad de la cláusula o ha de versar también sobre la calificación jurídica de esos hechos. En definitiva: ¿tiene el consumidor que conocer que la cláusula es abusiva?

Me parece evidente que la respuesta del TJUE será positiva. Porque las cuatro sentencias del TJUE dictadas sobre prescripción y *dies a quo* (SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020, 22 de abril de 2021 y 10 de junio de 2021) coinciden en que el conocimiento del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula influye en el cómputo del plazo de prescripción. Puede haber dudas sobre el modo en que se produce esa influencia (si el conocimiento es un requisito del *dies a quo* o una causa de suspensión de la prescripción) o sobre los concretos datos jurídicos que ha de conocer el consumidor. Pero es necesario que el consumidor pueda razonablemente conocer determinada información jurídica. De manera que la ignorancia de ese dato necesariamente influirá en el cómputo del plazo de prescripción.

¿Pero qué concreta información jurídica ha de tener el consumidor? ¿Basta con que conozca el carácter abusivo de la cláusula, o además debe conocer que por ser abusiva puede solicitar al juez que declare su nulidad y que se le restituyan las cantidades indebidamente abonadas en virtud de esa cláusula? La primera pregunta de la Audiencia Provincial de Barcelona no solicita al TJUE que se pronuncie expresamente sobre este extremo; se limita a preguntar si el consumidor debe disponer de "información añadida sobre la valoración jurídica" de los hechos, pero no exige al TJUE que indique cuál ha de ser esa "información añadida". Pero algo se aclara en la segunda pregunta, que cuestiona en qué momento puede el consumidor conocer "el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva"; de donde resulta que ya está dando por bueno que el consumidor tiene que conocer también "los derechos que le confiere la Directiva".

Lo cierto es que no hay una doctrina clara del TJUE sobre este punto. Como ya se ha indicado (v. epígrafe IV.6), el consumidor tiene que conocer que la cláusula es abusiva. Pero es más discutible que además tenga que conocer los derechos que le

reconoce la Directiva, y cuáles son esos derechos. Esta última exigencia se contiene únicamente en la STJUE de 10 de junio de 2021, por lo que cabe dudar si ello supone una modificación de lo dicho en sentencias anteriores. Por esta razón hubiera sido muy útil que se preguntara directamente al TJUE si además del carácter abusivo de la cláusula, el consumidor debería saber que tiene unos derechos reconocidos en la Directiva, y que en su caso aclarase cuáles son esos derechos. Como no se le ha preguntado de manera expresa, creo que en esa futura sentencia el TJUE repetirá la clásica coletilla de que es necesario que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula; o puede que añada, además, que también debe conocer “los derechos que le reconoce la Directiva”.

### **3. La posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula, ¿ha de tenerla el consumidor antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que expire ese plazo?**

Esta pregunta es clave, y por fortuna la plantea la Audiencia Provincial de Barcelona (es su segunda pregunta). Como ya se ha expuesto (v. epígrafe IV.3), de las STJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020 y 22 de abril de 2021 resulta que el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula no es un requisito del *dies a quo*. El plazo prescriptivo empieza a correr conforme a las reglas establecidas por la legislación nacional (en el derecho español, al igual que en la mayoría de los Estados miembros, cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión). Pero la acción restitutoria no puede considerarse prescrita si el consumidor no ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que expire el plazo. Sin embargo, no está claro si la STJUE de 10 de junio de 2021 mantiene esta misma doctrina o la modifica, en el sentido de exigir que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para que empiece a correr el plazo de prescripción (considerándolo, pues, como un requisito del *dies a quo*).

En el comentario a la STJUE de 10 de junio de 2021 (epígrafe IV.4) he señalado que, a mi juicio, el TJUE no ha querido cambiar la doctrina anterior. Pero como se trata de una cuestión dudosa, agravada además por la confusa redacción de esta sentencia, es conveniente que el TJUE se pronuncie expresamente sobre esta materia.

No albergo dudas de que el TJUE resolverá que el conocimiento del carácter abusivo de una cláusula no es un presupuesto del *dies a quo*, sino una circunstancia que ha de concurrir necesariamente durante el plazo prescriptivo para que la prescripción se produzca; de modo que si la ignorancia sobre esa calificación jurídica se mantiene, se suspenderá la prescripción. En otro lugar (epígrafe IV.5) ya he expuesto las cuatro razones por las que es mejor configurarlo como un supuesto de suspensión de la prescripción, y no como un requisito del *dies a quo*.

Cabría defender que el TJUE debería asumir la misma regla que la jurisprudencia alemana, y configurarlo como un requisito del *dies a quo*. Nos referimos a la jurisprudencia alemana relativa al inicio del plazo de prescripción de la acción de

restitución de gastos indebidamente abonados (expuesta en el epígrafe III.3), según la cual el *dies a quo* del plazo de prescripción se retrasa hasta que desaparece esa situación jurídica opaca y confusa o esa jurisprudencia tan hostil que hace irracional exigir al consumidor que interponga una demanda. Como he explicado (v. epígrafe III.2), esta jurisprudencia alemana tiene un origen concreto, una razón de ser: en el derecho alemán el único mecanismo de que dispone el acreedor para evitar que el plazo corra íntegramente es la interposición de una demanda judicial (no cabe la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial). En estos casos (situación jurídica opaca o jurisprudencia claramente hostil) interponer una demanda es irracional o incluso temerario. Por eso se retrasa el *dies a quo*. Es evidente que el BGH alemán tiene, entre sus funciones, la de interpretar los preceptos legales (en este caso, el § 199.1 BGB). Pero no es adecuado que el TJUE asuma una regla de esta naturaleza, que interfiere mucho en el plazo prescriptivo y que además es contraria a la propia doctrina del TJUE que considera que es el legislador, y no la jurisprudencia, la que tiene que fijar el inicio del cómputo del plazo de prescripción; más aún cuando el principio de efectividad se respeta igualmente configurando el conocimiento del carácter abusivo como un supuesto de suspensión de la prescripción.

No se pregunta al TJUE sobre las características y duración del plazo de seguridad. Se trata del plazo de que ha de disponer el consumidor desde el momento en que puede razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. En efecto, el plazo prescriptivo corre con normalidad desde el principio. Pero llega un momento en el que se detiene (se suspende) si el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula. ¿En qué momento exacto ha de suspenderse la prescripción? Hubiera sido útil formular esta pregunta. Sobre el particular, sospecho que el TJUE simplemente dirá que ha de quedar un período de tiempo que se considere materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo. Se trata de la misma expresión empleada por el TJUE para indicar qué es un plazo razonable de prescripción (v. epígrafe IV.6). El TJUE no señalará un plazo concreto (nunca lo hace), sino que utilizará esta fórmula, u otra parecida, que deberá ser concretada por el legislador o la jurisprudencia nacional.

#### **4. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos el día que se abonan esos gastos?**

La tercera pregunta del auto del JPI nº 20 de Barcelona es si resulta compatible con la normativa europea y con el principio de efectividad designar como inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos la fecha en que se abonan esos gastos, dado que la cláusula abusiva ha agotado sus efectos en ese momento y no hay riesgo de que la cláusula se vuelva a aplicar.

Creo que el TJUE responderá afirmativamente, indicando que es compatible con el derecho europeo fijar el *dies a quo* en el momento del abono de los gastos; pero

añadiendo que únicamente será compatible si el consumidor ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que finalice el plazo de prescripción. Respondiendo de este modo, el TJUE no hará sino continuar con la doctrina iniciada en la STJUE de 9 de julio de 2020. Repárese, además, que esta pregunta es muy parecida a la que resolvió en la STJUE de 22 de abril de 2021, que juzgaba la contrariedad al derecho de la Unión de una norma eslovaca que vinculada el *dies a quo* del plazo de prescripción de tres años a la fecha en que se produjo el enriquecimiento injusto, aun cuando el consumidor no tuviera conocimiento del carácter abusivo de la cláusula contractual. Como se expuso al comentar esta sentencia (epígrafe IV.3), esta forma de fijar el inicio del plazo de prescripción respeta el principio de efectividad si el consumidor, antes de que haya transcurrido íntegramente el plazo prescriptivo, ha podido tener conocimiento del carácter abusivo o ilícito de la cláusula.

La única diferencia entre la pregunta que ahora se comenta (la tercera pregunta del JPI nº 20 de Barcelona) y la examinada en la STJUE de 22 de abril de 2021, es que en la pregunta actual se justifica la posibilidad de vincular el *dies a quo* a la fecha del pago, "dado que la cláusula [de gastos] abusiva ha agotado sus efectos en ese momento y no hay riesgo de que la cláusula se vuelva a aplicar". A pesar de esta diferencia, la respuesta ha de ser la misma. Porque para juzgar si se respeta el principio de efectividad no es relevante si la cláusula en cuestión (en este caso, la de gastos) ya ha agotado o no sus efectos, sino que lo verdaderamente decisivo es que el plazo de prescripción no transcurra en su totalidad sin que el consumidor pueda conocer que la cláusula es abusiva.

##### **5. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar el *dies a quo* de la acción de restitución en una fecha anterior a aquella en que la cláusula sea declarada nula por abusiva?**

Procede ocuparse ahora de la primera pregunta que hace el JPI nº 20 de Barcelona: ¿se respetan la normativa europea y, en particular, los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE, si el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades abonadas en virtud de una cláusula abusiva se inicia con anterioridad al momento en que dicha cláusula ha sido declarada nula por abusiva?

La respuesta es evidente: el *dies a quo* puede ser una fecha anterior a la declaración de nulidad de la cláusula por sentencia, pero será necesario que se respete el principio de efectividad, lo que requiere que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que finalice el plazo de prescripción. La solución no puede ser otra. Si el TJUE ha establecido que es posible fijar el *dies a quo* en la fecha en que se celebra el contrato, se abonarán las cantidades indebidas o se cumple íntegramente el contrato, siempre que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula antes de que transcurra todo el plazo de prescripción, con la misma razón

podrá designarse como *dies a quo* cualquier otra fecha anterior a la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, siempre que concurra esta misma circunstancia.

**6. Sobre el momento en que el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula, ¿será cuando exista un criterio jurisprudencial consolidado sobre el carácter abusivo de esa cláusula o puede fijarse en otra fecha distinta?**

Esta es la madre de todas las preguntas, y sin duda las más difícil de resolver.

Esta pregunta la hace la Audiencia Provincial de Barcelona (es la segunda parte de la primera pregunta). Su tenor literal es el siguiente: "*de ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos ¿Debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?*". La formulación no es del todo correcta, porque alude al "inicio del cómputo del plazo", cuando la cuestión de si el conocimiento sobre la valoración jurídica ha de afectar al inicio del cómputo del plazo o debe concurrir antes de que expire el plazo prescriptivo se formula al TJUE en la pregunta segunda de la AP Barcelona (ya analizada en el epígrafe VI.3), y no en la primera pregunta.

Pero existe un segundo motivo por el que la pregunta de la AP Barcelona no está bien formulada: el TJUE no está facultado para decidir en qué momento puede el consumidor razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula (si cuando hay jurisprudencia consolidada sobre la nulidad de esa cláusula o si en otro momento diferente). Lo que el TJUE puede resolver es si respeta el derecho de la Unión, o por el contrario lo vulnera, designar como día inicial del plazo de prescripción una determinada fecha. Porque la función del TJUE no es averiguar cuándo el consumidor podía conocer una determinada información jurídica, sino constatar si la elección de una concreta fecha como aquella en la que se inicia el cómputo del plazo es compatible (o vulnera) el derecho europeo.

Al margen de lo expuesto, el TJUE sí puede establecer criterios generales que permitan sondear acerca de si el consumidor podía conocer que una determinada cláusula es abusiva; criterios que tendrán que ser tomados en consideración por los tribunales de los Estados miembros.

Y es que, efectivamente, esta es la pregunta clave: ¿cuándo el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula? Esta cuestión ya la he analizado con detenimiento en otro lugar, al que me remito (epígrafe IV.6). Baste aquí con recordar que lo relevante no es si un consumidor medio podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, sino si un asesor jurídico o profesional del derecho razonablemente informado podía conocer que la cláusula en cuestión era abusiva o, más exactamente, podía ser declarada abusiva teniendo en cuenta la situación jurídica existente. Esto supone que hay que valorar si, a la

vista del marco jurídico existente en ese momento, un profesional del derecho adecuadamente informado podría pensar que la cláusula en cuestión es abusiva. Como puede apreciarse, la tesis expuesta recuerda mucho a la jurisprudencia alemana sobre el retraso del *dies a quo* por existir una situación jurídica opaca y confusa, con la diferencia de que en la doctrina del TJUE esa situación jurídica opaca no afecta al *dies a quo* (el plazo de prescripción empieza a correr con normalidad), sino que permite que el plazo se paralice (se suspenda) hasta que el consumidor (mejor dicho, el asesor jurídico) pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Que el consumidor pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula no significa que haya certeza jurídica de que esa cláusula es abusiva. Por eso no cabe afirmar que la "posibilidad de conocer" el carácter abusivo de la cláusula únicamente se tiene cuando el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que declara esa cláusula nula por abusiva. En este caso lo que hay es una certeza absoluta de que esa concreta cláusula es abusiva. En realidad, la posibilidad de conocer que la cláusula es abusiva puede existir en una fecha anterior: cuando hay un escenario jurídico que hace razonable pensar que el consumidor puede solicitar la nulidad de la cláusula con algunas posibilidades de éxito. O dicho de otro modo, cuando no es irrazonable (temerario) que el consumidor pueda solicitar y obtener la nulidad de la cláusula, porque un tercero bien informado (un asesor jurídico) habría interpuesto una demanda judicial solicitando la nulidad por existir una conciencia jurídica entre los profesionales del derecho de que esa demanda podría tener alguna posibilidad de éxito. Así nos lo enseña la jurisprudencia alemana sobre la inexigibilidad de la acción en caso de situaciones jurídicas opacas y confusas.

La AP Barcelona admite que cabe hacer esta interpretación. En este sentido, explica que no es necesario que el consumidor tenga la certeza absoluta de que su acción será estimada, sino que basta con que conozca que el ejercicio de la acción es "posible" o no "excesivamente difícil". Por eso, es suficiente con que el consumidor sepa que la acción de nulidad de la cláusula puede prosperar (FJ 5º, ap. 11).

Desde estas premisas, y en relación con la cláusula de gastos, no puede fijarse como *dies a quo* el 23 de diciembre de 2015, fecha en que se dicta la primera sentencia del Tribunal Supremo que declara abusiva la cláusula de gastos. Pues desde bastante antes ya existía un escenario jurídico que hacía posible que un consumidor pudiera solicitar la nulidad de esta cláusula.

La AP Barcelona sugiere si *el dies a quo* podría fijarse en la STS de 9 de mayo de 2013, que es la primera sentencia del alto tribunal que declara la nulidad de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios (FJ 5º, ap. 12), pues desde este momento se genera un contexto de litigación en masa con multitud de procedimientos sobre la validez de cláusulas en contratos suscritos por consumidores. Es cierto que esta sentencia tuvo una enorme publicidad, y que provocó un auténtico boom en las reclamaciones de los consumidores contra las

entidades financieras. Pero para valorar la existencia de un escenario jurídico que no hace irrazonable la reclamación del consumidor hay que atender a la concreta reclamación que se formula. Y parece evidente que desde antes de esa fecha ya existía para algunas cláusulas un escenario no hostil para reclamar.

Ese escenario jurídico existe, por ejemplo, cuando algunas Audiencias Provinciales declaran abusiva una concreta cláusula, aunque otras Audiencias la hayan reputado válida e incluso exista alguna sentencia del Tribunal Supremo también sea favorable a su validez. En esa situación no es irrazonable la reclamación del consumidor, a pesar de que jurídicamente sea discutible si es o no abusiva y de que, en la práctica, las posibilidades de éxito de la reclamación sean escasas.

A los efectos que nos ocupan es irrelevante si el consumidor conoce o puede diligentemente conocer las partidas económicas exactas que podrá recuperar tras la nulidad de la cláusula. En el derecho español las cinco SSTs de 23 de enero de 2019 las que se ocupan por primera vez de esta cuestión. Establecen qué concretos gastos debe asumir el prestatario y cuáles ha abonado indebidamente y por ello puede reclamar su restitución. La fecha de estas sentencias no puede fijarse como *dies a quo*, ni puede servir para suspender ahí el cómputo del plazo prescriptivo, porque ya antes de ese día el consumidor podía razonablemente conocer que la cláusula de gastos era abusiva (podía conocerlo incluso antes del 23 de diciembre de 2015). Es verdad que únicamente desde ese día hay "certeza" jurídica (porque se crea jurisprudencia por el Tribunal Supremo) sobre las partidas económicas que el prestamista debe restituir. Pero como ya se ha apuntado (v. epígrafe IV.6), el conocimiento exigible a efectos del cómputo del plazo recae únicamente sobre el carácter abusivo de la cláusula, y no sobre los efectos económicos de esa nulidad.

En definitiva, cabe responder a la pregunta formulada por la AP de Barcelona que el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula cuando existe un criterio jurisprudencial consolidado del Tribunal Supremo o de los tribunales inferiores acerca de la abusividad de esa cláusula. Pero esa posibilidad razonable de conocer el carácter abusivo puede existir también en una fecha anterior, como se ha expuesto.

**7. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que declara abusiva esa cláusula (STS de 23 de diciembre de 2015), con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia?**

Es esta la segunda pregunta planteada por el JPI nº 20 de Barcelona.

Afirmo que el TJUE resolverá que es compatible con el derecho de la Unión Europea designar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que declara abusiva esa cláusula (STS de 23 de diciembre de

2015), con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia.

Establecer el 23 de diciembre de 2015 como *dies a quo* de la acción de restitución de gastos no es contrario al derecho comunitario ni a los principios de equivalencia y efectividad. Pues es evidente que, si el plazo de prescripción empieza a correr en esa fecha, el consumidor puede desde ese instante conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos y dispone, por lo tanto, de un plazo suficientemente extenso para poder ejercitar su derecho. Además, si el TJUE ha establecido (SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020, 22 de abril de 2021 y de 10 de junio de 2021) que cabe fijar el *dies a quo* en la fecha en que se celebra el contrato, se abonan las cantidades indebidas o se cumple íntegramente el contrato, siempre que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula antes de que transcurra todo el plazo de prescripción, con más razón habrá que considerar compatible con el derecho europeo que el *dies a quo* sea una fecha (el 23 de diciembre de 2015) en la que el consumidor puede conocer que la cláusula de gastos es abusiva.

Se pregunta también si la compatibilidad con el derecho de la Unión dependerá de que el concreto consumidor conozca el contenido de la sentencia (esto es, conozca que el TS ha dictado una sentencia en diciembre de 2015 que declara abusiva la cláusula de gastos). Sostengo que el TJUE dirá que ese dato es intrascendente, puesto que la "posibilidad de conocer" el carácter abusivo de la cláusula no hay que predicarla del concreto consumidor que celebra ese préstamo hipotecario, sino de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sobre el consumidor medio, v. epígrafe IV.6). Se acude, por tanto, a un parámetro objetivo, como es el del consumidor medio, y se prescinde de concepciones subjetivas vinculadas a las características particulares de cada consumidor, que generarían enorme inseguridad y harían casi imposible en la práctica indagar si el consumidor podía razonablemente conocer que la cláusula es abusiva.

En realidad, y como ya he expuesto en otro lugar (epígrafe IV.6), un consumidor medio podría conocer que el Tribunal Supremo ha dictado la STS de 23 de diciembre de 2015, que declara abusiva la cláusula de gastos. Pero repárese que un consumidor medio no es un profesional del derecho, por lo que ni conoce las leyes, ni puede esperarse que las conozca. Lo que sí puede hacer es buscar asesoramiento de un profesional jurídico. De este modo, cabe sostener que un consumidor medio podía conocer el carácter abusivo de la cláusula si, de haber consultado a un profesional del derecho, este le habría informado que la cláusula en cuestión era abusiva o, con más precisión, podía ser declarada abusiva por un juez teniendo en cuenta la situación jurídica existente en ese momento. Eso significa que el parámetro para juzgar la posibilidad de conocer la abusividad no es el del consumidor medio sino el del asesor jurídico razonablemente informado. Esta es la regla que también asume la doctrina alemana sobre la inexigibilidad de la demanda por existir una situación jurídica opaca y confusa.

Obviamente, sostener que es conforme al derecho de la Unión que el *dies a quo* se fije en el 23 de diciembre de 2015 no significa que esa sea la fecha en que, conforme al derecho nacional, deba empezar a correr el plazo prescriptivo. Una cosa es que esa regla no se oponga al derecho europeo, y otra muy distinta que el derecho español asuma esa fecha como inicio del plazo de prescripción.

### **8. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que establecen los efectos restitutorios (SSTS de 23 de enero de 2019)?**

Esta es la segunda pregunta formulada por el Tribunal Supremo. Tiene carácter subsidiario, lo que significa que el TJUE únicamente deberá analizarla si la primera pregunta recibe una respuesta negativa. Ya he señalado (epígrafe VI.1) que la primera pregunta creo que recibirá una respuesta positiva. A pesar de ello parece oportuno intentar responder también a la pregunta dos.

Aventuro que el TJUE resolverá que es compatible con el derecho de la Unión que la jurisprudencia española fije como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución el día 23 de enero de 2019, que es la fecha de las cinco sentencias del Tribunal Supremo que establecen el modo en que han de repartirse los gastos prestamista y prestatario. Hasta esa fecha el alto tribunal no se había pronunciado acerca de qué concretos gastos podía reclamar el consumidor, existiendo sobre el particular una disparidad de criterios en las sentencias de las Audiencias Provinciales. En estas cinco sentencias se aclara que el consumidor podrá recuperar los gastos del registro de la propiedad, y la mitad de los gastos notariales y de gestoría.

No es contrario al principio de efectividad que la fecha en que empieza a correr el plazo prescriptivo sea el 23 de enero de 2019. Y no puede serlo porque ese día el consumidor ya puede conocer que la cláusula de gastos es abusiva, y en consecuencia el consumidor dispone de un plazo suficiente para ejercitar sus derechos. En ningún caso se corre el peligro de que el plazo transcurra en su totalidad sin que el consumidor pueda conocer que la cláusula es abusiva. Al contrario, desde el primer día del plazo (el 23 de enero de 2019) el consumidor ya puede conocer ese dato, de modo que no hay riesgo de que pueda vulnerarse el principio de equivalencia.

Como ya se ha indicado en relación con el 23 de diciembre de 2015, que fijar el 23 de enero de 2019 como *dies a quo* de la acción de restitución no vulnera el derecho comunitario no significa que el derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE obliguen a establecer el *dies a quo* en esa fecha. He repetido hasta la saciedad que el TJUE no establece cuál ha de ser el *dies a quo*. Esto queda a decisión del legislador nacional. Ahora bien, el plazo de prescripción se inicie cuando se inicie, no puede transcurrir en su totalidad sin que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. Y es evidente que esas circunstancias, que supondrían una violación del principio de efectividad, no se dan si el plazo de prescripción de la acción de

restitución de gastos empieza corre el 23 de diciembre de 2015 o el 23 de enero de 2019.

A lo expuesto hay que añadir que en ningún caso es relevante cuándo el consumidor podía saber qué concretas cantidades podría recuperar si la cláusula se reputa abusiva. Los concretos efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula no son un elemento cognoscible que pueda influir en el cómputo del plazo prescriptivo. Y es que, efectivamente, lo relevante es cuándo el consumidor podía saber que la cláusula en cuestión es abusiva, y no qué concretas consecuencias económicas derivan de la nulidad de esa cláusula.

### **9. ¿Es compatible con el derecho de la Unión Europea fijar como *dies a quo* de la acción de restitución la fecha de las sentencias del TJUE que declaran que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción?**

El Tribunal Supremo en su tercera pregunta solicita al TJUE que aclare si es compatible con el derecho de la Unión considerar día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (lo que hicieron, básicamente, las STJUE de 9 de julio de 2020 y 16 de julio de 2020).

La pregunta es sorprendente, aunque la respuesta nos parece evidente: que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empiece a correr alguno de esos dos días es compatible con el derecho comunitario y, en particular, con el principio de efectividad. Y por las mismas razones que ya se han repetido en epígrafes anteriores: fijándolo en ese día, el consumidor puede conocer desde ese instante que la cláusula de gastos es abusiva (de hecho, ya podía saberlo antes del 23 de diciembre de 2015). Desde que se inicia el cómputo del plazo puede conocer este dato jurídico. En consecuencia, se respeta el principio de efectividad, porque el plazo no puede transcurrir en su totalidad sin que el consumidor ignore ese dato (de hecho, lo conoce desde el primer día en que empieza a correr el plazo).

Decía que la pregunta es llamativa. Si la doctrina del TJUE exige que el plazo no pueda expirar sin que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula, y ese es el elemento que servirá para juzgar si la forma de fijar el *dies a quo* respeta el principio de efectividad, no se comprende por qué se traen a colación las sentencias del TJUE que no versan sobre la posibilidad de conocer el carácter abusivo de una cláusula, sino sobre el conocimiento de que la acción de restitución puede estar sometida a un plazo de prescripción. El conocimiento de este dato (que esta acción sí prescribe) no guarda relación alguna con lo que, según el TJUE, el consumidor debe conocer para que el cómputo del plazo se vea afectado. Por eso la pregunta resulta extraña.

## VII. ¿REPLANTEAMIENTO DEL RÉGIMEN DEL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL?

### 1. Recepción en el derecho español de la doctrina alemana de la inexigibilidad de la acción en caso de situaciones jurídicas opacas y confusas

Como ya se ha indicado (epígrafe II), en España el inicio del plazo de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados por el consumidor hay que fijarlo en el momento en que el consumidor recibe de la empresa encargada de gestoría las facturas del notario, registrador de la propiedad, empresa tasadora y de la propia gestoría, y el impreso de pago del IAJD. Una adecuada interpretación de los arts. 1964.2 y 1969 CC permite concluir que en ese momento conoce que ha pagado esos gastos y su cuantía exacta, y por eso hay que fijar ahí el *dies a quo* del plazo prescriptivo.

En Alemania la aplicación del § 199.1 BGB conduce a un resultado parecido (se fija el *dies a quo* en el momento en que el consumidor abonó los gastos). Pero la jurisprudencia alemana ha aplicado a este supuesto la doctrina sobre la inexigibilidad de la acción por existir una situación jurídica opaca y por concurrir una jurisprudencia claramente hostil al consumidor que pretendía reclamar. La SBGH de 28 de octubre de 2014 entendió que antes de 2011 no era razonable esperar (no era exigible) que un prestatario demandara judicialmente la devolución de los gastos. Por eso el inicio del plazo de prescripción lo fija en el año 2011 (v. epígrafe III.2 y 3).

¿Puede aplicarse en el derecho español la doctrina alemana de la inexigibilidad de la acción? Si hay una situación jurídica opaca o confusa, en los términos descritos por la jurisprudencia alemana, ¿podría defenderse que el *dies a quo* no es la fecha en que el acreedor conoce (o podía conocer) los hechos que fundamentan la pretensión, sino la fecha (posterior) en que desaparece esa situación jurídica opaca y se presenta un escenario jurídico que permite ejercitar la pretensión con alguna posibilidad de éxito?

A mi juicio, esta doctrina no puede ser trasladada al derecho español. No hay razones para ello. Su admisión sería gravemente perjudicial para el régimen español de la prescripción, y colocaría al acreedor en una situación mucho más privilegiada de lo que ya está. En concreto, son cuatro los argumentos para desechar la aplicación de la doctrina jurisprudencial alemana a nuestro derecho: la posibilidad de interrumpir en derecho español la prescripción por una reclamación extrajudicial, la inexistencia de un plazo máximo de prescripción, la duración del plazo de prescripción y la necesidad de vincular el *dies a quo* en el derecho español a una fecha exacta. Conviene analizar por separado cada uno de ellos.

1. Una primera razón tiene que ver con la posibilidad de interrumpir la prescripción en el derecho español mediante una reclamación extrajudicial (art. 1974 CC). Esto supone una enorme ventaja para el acreedor: bastará una simple

reclamación extrajudicial para que el plazo de prescripción empiece a correr de nuevo desde cero.

La situación es bastante distinta en Alemania. La normativa alemana sobre prescripción constituye un modelo equilibrado de regulación, que toma en consideración los intereses de las dos partes en conflicto (acreedor y deudor). Así, la fijación del *dies a quo* en clave subjetiva beneficia al acreedor, pues el plazo prescriptivo no corre hasta que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión. Pero una vez que el plazo empieza a correr, únicamente se interrumpirá en dos casos: reconocimiento por el deudor de la pretensión e inicio de un procedimiento administrativo o judicial de ejecución forzosa (§ 212 BGB). Esta concepción tan restringida de la interrupción favorece al deudor. En cuanto a la suspensión de la prescripción, se prevé en varias situaciones, entre ellas cuando el acreedor interpone una demanda judicial (§ 204 BGB).

Conforme a lo expuesto, en Alemania, si el acreedor quiere que se paralice el cómputo del plazo, tendrá que presentar una demanda judicial contra el deudor. No le queda otra opción, pues no hay otra manera de conseguir que el plazo no prescriba. Desde este punto de vista podría tener sentido la doctrina alemana sobre retraso del *dies a quo* en caso de situaciones jurídicas opacas. En un escenario jurídico en el que razonablemente ningún acreedor reclamará al deudor, porque con una enorme probabilidad la demanda será desestimada o porque ni siquiera un abogado bien informado se habría planteado ni remotamente la posibilidad de demandar, es absurdo (o incluso descabellado) obligar al acreedor a demandar so pena de "perder" su derecho por prescripción.

Estas circunstancias no concurren en el derecho español. En España el acreedor está sobre protegido frente al deudor, básicamente porque la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción (art. 1974 CC). La consideración de la reclamación extrajudicial como causa de interrupción coloca al acreedor en una posición muy privilegiada, que rompe el pretendido equilibrio de intereses entre el acreedor y el deudor. De hecho, la reclamación extrajudicial no tiene este efecto tan radical en la prescripción (interrumpirla) en ningún otro modelo normativo europeo, salvo en Cataluña (art. 121.11 CCCat), y aquí por la influencia del derecho español. Y es que, efectivamente, si el acreedor puede poner el contador del plazo prescriptivo a cero con una simple reclamación extrajudicial, no tiene sentido retrasar el *dies a quo* cuando la situación jurídica es confusa. ¿Por qué retrasar el *dies a quo* cuando ningún acreedor, asesorado por su bien informado abogado, razonablemente hubiera interpuesto una demanda judicial, por el elevado riesgo de que la demanda sea desestimada, si ese acreedor puede fácilmente interrumpir la prescripción con una reclamación extrajudicial? Siendo la reclamación extrajudicial una vía buena, bonita y barata para interrumpir la prescripción, no es oportuno incorporar a nuestro derecho una línea jurisprudencial que permite retrasar el *dies a quo*. El acreedor tiene en su mano

poner el contador a cero con la reclamación extrajudicial. Además, puede hacerlo tantas veces como considere necesario, pues no hay un número máximo de posibilidades de usar la reclamación extrajudicial para interrumpir la prescripción.

En definitiva, la reclamación extrajudicial ya coloca al acreedor en una posición muy favorable respecto al deudor. No hay razones para proteger aún más al acreedor, que es precisamente lo que sucedería si se acogiera en España la doctrina alemana del retraso del *dies a quo* por concurrencia de situaciones jurídicas opacas y confusas. En España, quien crea que interponer una demanda judicial es una temeridad, porque con una probabilidad rayana en la certeza la demanda será desestimada, puede simplemente reclamar al deudor por burofax (o por cualquier otra vía extrajudicial) y esperar a que exista una jurisprudencia favorable que dé algún viso de viabilidad a su demanda.

2. Un segundo argumento que desaconseja la introducción en España de la jurisprudencia alemana tiene que ver con la inexistencia en nuestro Código Civil de un plazo máximo de prescripción-

Si se adopta un criterio subjetivo de fijación del *dies a quo*, existe el riesgo de que el plazo de prescripción se prolongue en exceso, o incluso indefinidamente, en claro perjuicio del deudor. En efecto, puede que pasen años o incluso décadas sin que el titular conozca (o pueda conocer) los hechos que determinan la pretensión, de manera que el plazo prescriptivo no empezará a correr. Esto afecta gravemente a la seguridad jurídica, pues el deudor siempre estará expuesto a una futura reclamación. Para evitar los efectos negativos que ello conlleva, es necesario establecer un plazo máximo más allá del cual el acreedor no pueda ejercitar su derecho por considerarse prescrito. Ese plazo tiene que fijarse en términos objetivos (por ejemplo, desde que nace la pretensión), de modo que, transcurrido el plazo máximo de prescripción, el deudor tendrá la garantía de que no podrá ser demandado por el acreedor; o más exactamente, frente a esa demanda podrá oponer la prescripción. Se trata de una regla de cierre del sistema, que trata de dar seguridad jurídica, y que evita que el problema de la prescripción permanezca abierto de forma indefinida.

En Alemania, al igual que en la inmensa mayoría de países que asumen el criterio subjetivo para fijar el *dies a quo*, se establece un plazo máximo de prescripción de diez años, que se computa desde que la pretensión ha nacido, y que opera al margen de que el acreedor conozca o puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión (§ 199.4 BGB)<sup>44</sup>. Este plazo máximo de prescripción beneficia al deudor, pues este tendrá la seguridad de que, transcurrido cierto tiempo desde que nace la pretensión (diez años), esta se considerará prescrita.

---

<sup>44</sup> Existen plazos más largos (treinta años) para determinadas acciones de indemnización de daños y para otras relacionadas con derecho de sucesiones (§ 199.2, 3, 3a BGB).

El Código Civil español no contiene un plazo máximo de prescripción. Nuestro derecho sí lo contempla para determinados ámbitos sectoriales (por ejemplo, arts. 144 TRLGDCU y 15.2 de la Ley 12/2011), pero no con carácter general para cualquier tipo de pretensión. Esta ausencia impide que nuestra regulación codificada de la prescripción se acerque a ese "modelo ideal" de la prescripción que toma en consideración los intereses de las dos partes en conflicto. En el derecho español, la inexistencia de un plazo máximo de prescripción beneficia al acreedor, y no hace sino incidir en un modelo regulatorio ya de por sí muy favorable para este sujeto.

Como el modelo español ya privilegia de manera considerable al acreedor, no parece acertado acoger en nuestro derecho una teoría como la creada por la jurisprudencia alemana que proteja aún más al acreedor, permitiéndole retrasar el *dies a quo* en casos de situaciones jurídicas opacas y confusas. Si en el derecho español de la prescripción ya no hay equilibrio entre acreedor y deudor, porque priman mucho más los intereses de aquél, es desaconsejable añadir un nuevo elemento que aumente la protección del acreedor, en detrimento del ya sufrido deudor.

3. La duración del plazo de prescripción en el derecho español es un elemento que debe tomarse en consideración para valorar la posible aplicación en nuestro derecho de la jurisprudencia alemana relativa al retraso del *dies a quo*.

El modelo ideal de la prescripción aconseja establecer plazos de prescripción que no sean ni muy largos, ni muy cortos. Se consideran adecuados plazos de prescripción que van de los dos a los cinco años, porque estos plazos respetan por igual los intereses del deudor y del acreedor. En el derecho alemán el plazo general de prescripción es de tres años (§ 195 BGB).

En España, sin embargo, hasta la Ley 42/2015 el plazo general de prescripción era de quince años. Se trata de un plazo larguísimo, y por eso, muy beneficioso para el acreedor. Un plazo tan extenso rompe el equilibrio que ha de regir la regulación de la prescripción. Este dato, al igual que los dos citados con anterioridad (interrupción por reclamación extrajudicial e inexistencia de un plazo máximo de prescripción), colocan al acreedor en una posición muy privilegiada frente al deudor. El modelo español de prescripción del CC no es satisfactorio, porque coloca en mucha mejor situación al acreedor que al deudor. Por esta razón no es conveniente asumir una tesis, como la de la jurisprudencia alemana, que todavía concede más beneficios al acreedor.

El argumento expuesto sirva para los casos en los que se aplica el plazo de prescripción de quince años. Evidentemente juega un papel menos importante cuando el plazo de prescripción es de cinco años (vigente redacción del art. 1964.2 CC, tras su reforma por la Ley 42/2015).

4. Existe un cuarto argumento, que tiene que ver con el mecanismo utilizado para fijar el *dies a quo* en el derecho alemán y en el español. En Alemania el plazo de prescripción empieza a correr el uno de enero del año siguiente a aquél en que la pretensión ha nacido y el acreedor conoce o podía conocer los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del deudor. Por lo tanto, carece de relevancia jurídica si, por ejemplo, esas circunstancias acontecen en mayo o en octubre de un concreto año; porque en ambos casos el plazo se inicia el uno de enero del año siguiente. Sin embargo, en España el cómputo del plazo prescripción se inicia cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión. Hay que determinar la fecha exacta, el día concreto, en que se conocen o diligentemente se podían haber conocido esos hechos.

En Alemania resulta más fácil fijar el *dies a quo* en caso de que haya una situación jurídica opaca y confusa: bastará con decidir el año en que sea situación jurídica dejó de ser opaca. Así, por ejemplo, en relación con la restitución de los gastos indebidamente abonados, la SBGH de 28 de octubre de 2014 resolvió que eso sucedió en el año 2011; por lo que el plazo de prescripción se inició el 1 de enero de 2012. En España, si se asumiera la jurisprudencia alemana, habría que fijar un día exacto en el que la situación jurídica dejó de ser opaca y confusa. No bastaría que señalar un año concreto (como en Alemania), sino que habría que fijar un día concreto. Y eso resulta muy complicado, o mejor dicho, absolutamente imposible. ¿Qué día concreto cabe afirmar que una situación jurídica opaca, que desaconsejaba totalmente la interposición de una demanda judicial, deja de serlo porque existe ya un escenario jurídico que permite a un acreedor reclamar con ciertas posibilidades de éxito? No existe ninguna regla que permita fijar esa fecha. Cualquier fecha que se designe será arbitraria. Recuérdese que según la jurisprudencia alemana de la inexigibilidad de la demanda, la situación jurídica no deja de ser opaca cuando el Tribunal Supremo dicta una sentencia que reconoce el derecho del acreedor o fija su régimen jurídico o sus consecuencias. Esa pérdida de la opacidad se produce antes; pues mucho antes de que se pronuncie por primera vez el Tribunal Supremo ya existe ese "caldo de cultivo" que permite al acreedor demandar. Volviendo a la jurisprudencia alemana sobre gastos hipotecarios, el BGH reputa por primera vez abusiva la cláusula en dos sentencias de sentencias el 13 de mayo de 2014. Sin embargo, la situación jurídica dejó de ser opaca en 2011 (esto es, tres años antes).

Estos cuatro argumentos desaconsejan asumir en España la doctrina jurisprudencial alemana del retraso del *dies a quo* por existir una situación jurídica opaca y confusa.

A los argumentos expuestos hay que añadir las propias disfunciones y críticas que pueden formularse a esta doctrina jurisprudencial en sí misma considerada. En esta línea pueden reproducirse aquí las severas críticas realizadas por algunos autores alemanes, que ya se han expuesto en otro lugar de este trabajo (v. epígrafe III.2, último párrafo).

## **2. Los efectos de la doctrina del TJUE en el derecho español**

Conforme a los arts. 1964.2 y 1969 CC, la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas prescribe en el plazo de cinco años (o más de cinco, si nació antes del 7 de octubre de 2015), que empieza a correr cuando el consumidor conoce que ha abonado esos gastos, lo que típicamente sucede cuando la gestoría le envía las facturas de los gastos. El cómputo del plazo prescriptivo no se ve afectado en modo alguno por la ignorancia del consumidor acerca del carácter abusivo de la cláusula. Por eso, el plazo de prescripción empieza a correr con independencia de que el consumidor conozca (o pueda conocer) que la cláusula de gastos es abusiva y que puede solicitar la devolución de los gastos indebidamente abonados. La calificación de una cláusula como abusiva es una cuestión que requiere una valoración jurídica que, como tal, queda fuera de los hechos que el acreedor debe conocer.

Procede ahora examinar si este régimen tendrá que modificarse con la doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción, teniendo en cuenta las sentencias que el TJUE ya ha dictado y a la vista, sobre todo, de la que tendrá que adoptar para responder a las tres cuestiones prejudiciales.

### **a) Interpretación restrictiva**

A la hora de abordar esta tarea, conviene tener en cuenta que la regulación de la prescripción en nuestro derecho es muy beneficiosa para el acreedor, como con detalle acaba de exponerse (v. epígrafe VII.1). La posibilidad de interrumpir el plazo por una reclamación extrajudicial, la inexistencia de un plazo máximo de prescripción y la extensa duración del plazo (quince años hasta la reforma de 2015) colocan al acreedor en una situación absolutamente privilegiada. Desde estas premisas se comprende que la doctrina del TJUE debe ser recibida con mucha cautela en el derecho español, en la medida en que constituye un elemento adicional que mejora la posición de un acreedor ya de por sí muy protegido. Creo que la doctrina del TJUE toma como modelo una regulación de la prescripción equilibrada (como la alemana), que respeta adecuadamente los intereses tanto del acreedor como del deudor. En ese modelo regulatorio puede tener sentido hacer que el cómputo del plazo prescriptivo se vea afectado por la ignorancia del consumidor sobre una circunstancia jurídica (la calificación de la cláusula como abusiva). Pero en el derecho español existe ya un desequilibrio en la posición de las partes, que se agravaría todavía más si se acoge la doctrina del TJUE.

En esta situación, puede incluso plantearse si en el derecho español la doctrina del TJUE no debería regir. Pero no por una suerte de insumisión, sino más bien por la "correcta" interpretación de la doctrina del TJUE. En esta dirección cabría argüir que el propio TJUE ha señalado que para juzgar si se vulnera el principio de efectividad hay que atender a todos los elementos que conforman la prescripción (SSTJUE de 28 de marzo de 2019; 9 de julio de 2020, ap. 61; 10 de junio de 2021, ap. 30). En concreto, al inicio del plazo de prescripción, la duración del plazo, el plazo máximo

de prescripción y las causas de interrupción y suspensión. La STJUE de 28 de marzo de 2019 considera que se vulnera el principio de efectividad, entre otras razones, porque no puede suspenderse o interrumpirse la prescripción en caso de reclamación ante la autoridad nacional de la competencia, lo que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento (ap. 53). En el derecho español, en cambio, cabe la interrupción por reclamación extrajudicial. Además el *dies a quo* se configura de forma subjetivo (conocimiento potencial de los hechos), el plazo de prescripción es larguísimo (quince años) y no existe plazo máximo de prescripción. Con estos datos parece difícil sostener que resulta "excesivamente difícil" para un consumidor ejercitar su derecho obtener a la nulidad de una cláusula. Tomando en consideración todos los elementos expuestos, y la privilegiada situación en que está colocado el acreedor, es sonrojante afirmar que el consumidor está desprotegido

En definitiva, hay razones para defender que, teniendo en cuenta los elementos que conforman el régimen de la prescripción en nuestro Código Civil, la regulación española respeta el principio de efectividad diseñado por el TJUE. Quizás hubiera sido oportuno que alguna de las cuestiones prejudiciales presentadas hubiera planteado expresamente esta pregunta. De ese modo el TJUE tendría que pronunciarse. Es cierto que la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona sí se refiere a la extensa duración del plazo prescriptivo en Cataluña (diez años) y a la posibilidad de interrumpir la prescripción por reclamación extrajudicial. Pero en el derecho catalán sí existe un plazo máximo de prescripción, a diferencia del derecho común español. En todo caso, la pregunta debería haberse formulado de manera expresa, para conseguir así un pronunciamiento directo del TJUE sobre la materia.

Admitamos, como mal menor, que la doctrina del TJUE provoca que, también en España, la acción de restitución no puede considerarse prescrita sin que antes de que transcurra ese plazo en su totalidad el consumidor pueda conocer que la cláusula es abusiva. En tal caso, esa doctrina debe ser interpretada en el derecho español de forma restrictiva. Esto no supone una vulneración del principio de efectividad ni del valor vinculante de las sentencias del TJUE. Estas sentencias del TJUE se aplicarán, y deberán ser cumplidas por los tribunales españoles. Pero en aquellos puntos en que la doctrina del TJUE da libertad al juez nacional, este deberá interpretarla de forma restringida, por las razones ya expuestas. En el derecho español de la prescripción, el acreedor está en una situación muy privilegiada. Si hay que aplicar una doctrina del TJUE, se hará, pero interpretándola de tal manera que, en la medida de lo posible, esa posición privilegiada no sea aún mayor.

**b) El *dies a quo* no es el 23 de diciembre de 2015, ni la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, ni cualquier otra fecha en la que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula.**

Hay que partir de una premisa importante: la doctrina del TJUE no obliga a interpretar los arts. 1964.2 y 1969 CC de una forma diferente a como lo viene haciendo el

Tribunal Supremo. Los Estados miembros pueden seguir configurando el *dies a quo* del modo que estimen conveniente. Por eso en el derecho español el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos seguirá siendo la fecha en que el consumidor conoce que ha abonado los gastos hipotecarios. El plazo se inicia en ese momento, que es cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión. Como el TJUE no requiere que en ese momento el consumidor conozca que la cláusula es abusiva, el plazo empezará a correr aunque el consumidor ignore ese dato.

No cabe fijar el *dies a quo* de la acción de restitución el 23 de diciembre de 2015, ni la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos de ese concreto contrato. Esta tesis debe ser completamente desechada, porque, en realidad, el TJUE no exige fijar el *dies a quo* en una fecha determinada (ni en esas, ni en otra), ni impide (por ser contrario al principio de efectividad) que el plazo de prescripción empiece a correr antes. Los que defienden que el *dies a quo* es el 23 de diciembre de 2015 o la sentencia declarativa de nulidad lo justifican en que es en ese momento cuando el consumidor puede conocer que la cláusula de gastos es abusiva. Pero esta argumentación es inconsistente, porque el TJUE no obliga a modificar el *dies a quo* establecido en la legislación nacional, como con detalle se ha expuesto en el epígrafe IV. Repárese, sin embargo, que hay muchas sentencias de Audiencias Provinciales que, equivocadamente, están admitiendo esa tesis (v. epígrafe VII.3), sin duda porque han entendido mal la doctrina del TJUE y se han dejado llevar por la desafortunada redacción de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo.

### **c) Suspensión de la prescripción si el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula: ¿cuándo puede el consumidor conocer que la cláusula es abusiva?**

Según la doctrina del TJUE, el plazo de prescripción no puede transcurrir en su totalidad sin que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos. Eso significa que el plazo prescriptivo empieza a correr con normalidad (cuando el consumidor recibe las facturas de la gestoría y conoce que ha abonado los gastos), pero el cómputo del plazo se paraliza (se suspende) cuando a partir de un determinado momento el consumidor no conoce ni puede conocer que esa cláusula de gastos es abusiva. Así entendida, la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se configura como una causa de suspensión de la prescripción. El plazo quedará suspendido mientras se mantenga esa ignorancia. Por eso, si después el consumidor conoce o puede conocer que la cláusula es abusiva, el cómputo del plazo se reanuda, y sigue corriendo desde la fecha en que se paralizó (no se reinicia un nuevo plazo de prescripción, sino que continúa el ya iniciado y temporalmente paralizado).

El parámetro para juzgar la posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula es el del consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y

perspicaz. Lo decisivo no es si ese concreto consumidor (el que ejercita la acción) podía conocer que la cláusula era abusiva, sino si un consumidor medio podía conocer ese dato. Esta referencia al consumidor medio ha sido utilizada por el Tribunal Supremo para averiguar si una cláusula predispuesta supera el control de transparencia material. Así, por ejemplo, ha establecido que la comisión de apertura del préstamo hipotecario supera el control de transparencia material porque “es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura” (STS 44/2019, de 23 de enero). Cualquier consumidor (el consumidor medio) sabía que se pagaba esa comisión y conocía, por tanto, la carga económica de la cláusula. Y en materia de acuerdos novatorios sobre cláusula suelo celebrados en 2014 o 2015, el Tribunal Supremo ha señalado que la nueva cláusula que fija el interés remuneratorio, incluida en el acuerdo novatorio, es transparente porque sus consecuencias económicas “son fácilmente comprensibles para cualquier consumidor medio” (SSTS 805/2021, de 23 de noviembre; 157/2022, de 1 de marzo; 223/2022, de 24 de marzo). También acude al consumidor medio para juzgar la transparencia de la cláusula que establece el IRPH como índice de referencia de un préstamo a interés variable (SSTS 211/2022, de 15 de marzo; 214/2022, de 16 de marzo). Con estos antecedentes, parece evidente que el Tribunal Supremo resolverá que, a los efectos de la prescripción de la acción de restitución de gastos, habrá que estar al conocimiento del carácter abusivo de la cláusula por el consumidor medio.

Como se ha expuesto, el plazo prescriptivo empieza a correr con normalidad. Pero se suspende en un determinado momento si el consumidor ignora que la cláusula es abusiva. Veamos un ejemplo. El préstamo hipotecario se celebra el 10 de noviembre de 1993, y el consumidor conoce que ha abonado los gastos el 27 de noviembre de ese año. El plazo de prescripción (de quince años) empieza a correr ese día y termina el 27 de noviembre de 2008. Antes de que llegue esta fecha final el consumidor debe poder conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos. Si no lo conoce el plazo no puede transcurrir en su totalidad, porque la cláusula se reputaría prescrita, lo que no permite la doctrina del TJUE. Imaginemos que el período de seguridad es de dos años. Si el 27 de noviembre de 2006 (esto es, justo el día en que comienza el periodo de seguridad) el consumidor no conoce que la cláusula es abusiva, el plazo prescriptivo se suspende; y permanecerá en suspenso mientras el consumidor se mantenga en esa ignorancia. Si después, pongamos que el 7 de julio de 2010, el consumidor ya puede conocer que la cláusula es abusiva, se reanuda el cómputo del plazo, que tendrá que correr otros dos años (hasta el 7 de julio de 2012) para que la acción se considera definitivamente prescrita.

La aplicación de esta doctrina plantea en la práctica dos importantes problemas. El primero es determinar cuándo puede el consumidor conocer que una cláusula es abusiva. El segundo es decidir qué concreta duración ha de tener el período de seguridad.

En cuanto al primer problema (el segundo se analizará en el epígrafe siguiente), hay que averiguar en qué momento un consumidor medio, o más exactamente, un asesor jurídico o profesional del derecho razonablemente informado, podía conocer que la cláusula de gastos era abusiva. Como en otro lugar se ha indicado (v. epígrafe IV.6), hay que averiguar a partir de qué momento era razonable que un abogado español ejercitara este derecho y solicitara (aunque fuera extrajudicialmente) la nulidad de la cláusula de gastos, por existir ya una conciencia jurídica entre los profesionales del derecho de que esa pretensión podía ser ejercitada con alguna posibilidad de éxito. El parámetro de referencia no es siquiera el de un abogado o asesor jurídico, sino el del abogado "razonablemente informado", lo que conduce a una mayor diligencia en el conocimiento del derecho, como si un abogado especialista en derecho de consumo se tratara.

¿Cuál es esa fecha concreta? La respuesta es, ciertamente, complicada. Complicación que es aún mayor desde el momento en que ha de fijarse un día exacto, y no una fecha aproximada. A estos efectos, han de tomarse en consideración varias fechas.

La STS de 23 de diciembre de 2015 declara abusiva la cláusula de gastos. Desde que esta sentencia se hace pública (lo que sucede el 21 de enero de 2016, que es cuando se publica en la web del Consejo General del Poder Judicial), un consumidor medio podía razonablemente conocer ese dato. Esta afirmación va en la línea de la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, según la cual la publicación de una sentencia del alto tribunal puede ser conocida por todos los consumidores. Así, en relación con los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo, ha sostenido que desde que se publicó la STS de 9 de mayo de 2013 cualquier persona sabía que la cláusula suelo de un préstamo hipotecario podía ser abusiva (la publicación provocó un "conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían el control de transparencia"; SSTs 580 y 581/2020, de 5 de noviembre, entre otras).

Pero en verdad la posibilidad de conocer que la cláusula de gastos es abusiva no requiere de una sentencia del Tribunal Supremo, ni siquiera de una jurisprudencia más o menos uniforme de las Audiencias Provinciales. Basta con que exista un escenario jurídico que hace razonable pensar que el consumidor puede solicitar la nulidad de la cláusula con alguna (aunque sea pocas) posibilidad de éxito (v. epígrafes IV.6). Esto no resuelve el problema, sino que lo transforma, porque es complicado (casi imposible) averiguar cuándo existe un escenario jurídico de este tipo.

A los efectos que nos ocupan la STS de 9 de mayo de 2013 constituye un hito relevante. Esta sentencia declara nula la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Y lo que es más importante, genera un debate sobre la validez de las cláusulas incluidas en los préstamos hipotecarios. En efecto, los consumidores (y sus abogados) toman conciencia de que cualquier cláusula del préstamo hipotecario puede no ser válida, por no superar los filtros de validez del TRLGDCU. De ahí que, desde ese momento, se generalicen hasta límites antes poco conocidos las demandas de nulidad de

cláusulas de los préstamos hipotecarios. Por ello cabe sostener que desde esta sentencia un consumidor medio podía razonablemente pensar que la cláusula de gastos (o cualquier otra incluida en el contrato) podría ser nula.

Esta es la tesis que parece acoger la Secc. 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. En la sentencia 2517/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:14766) establece lo siguiente: "Consideramos, por tanto, aplicando los criterios de la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, que con el plazo de diez años, que dobla en duración al analizado por dicha Sentencia, contado desde que el consumidor satisface la última de las facturas y conoce todas las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de la cláusula (y no desde la celebración del contrato), en el contexto descrito de litigación en masa (circunstancia que no pudo valorar el Tribunal), queda garantizado el principio de efectividad, sin merma de la seguridad jurídica, pues no existe ni "imposibilidad práctica" ni "dificultad excesiva" para el ejercicio del derecho a solicitar la restitución". Existen otras muchas sentencias en la misma línea; entre otras, SSAP 2524/2021, de 13 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:15051) y 2547/2021, de 13 de diciembre (ECLI:ES:APB:2021:15060). Como puede apreciarse, en un contexto la litigación en masa (que tiene lugar tras la STS de 9 de mayo de 2013) cabe afirmar que cualquier consumidor podría haberse planteado si la cláusula de gastos era abusiva (y nula), y hacer una simple reclamación extrajudicial en esa línea.

También se puede sostener que es el 26 de julio de 2013 el día en que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula<sup>45</sup>. Ese es el día de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que luego se recurrió en casación y dio lugar a la STS de 23 de diciembre de 2015. Se trata de una sentencia dictada por una de las Audiencias Provinciales más importantes del país, y que ya tuvo relevancia mediática. Creo que, en efecto, desde esta sentencia el consumidor ya podía saber que la cláusula de gastos podía ser declarada abusiva. Pero sostengo que esa posibilidad de conocer ya exigía antes. Y que por eso esta no es la fecha que hay que tomar en consideración para calcular el período de seguridad.

En el caso de la cláusula de gastos concurre una circunstancia particular: la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) interpone una demanda en mayo de 2010 contra dos importantes entidades de crédito (BBVA y Banco Popular), en la que, al amparo de una acción de cesación, se solicita que se declaren abusivas un largo elenco de cláusulas predispuestas. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia el 8 de septiembre de 2011, y la Audiencia Provincial resuelve el recurso de apelación en sentencia de 26 de julio de 2013. La sentencia de primera instancia ya tuvo una notable trascendencia entre los juristas, en particular entre los dedicados al derecho de consumo. El hecho de que fuera ejercitada por la OCU en el marco de una acción general de cesación, que los demandados fueran dos importantes

---

<sup>45</sup> Es la fecha propuesta por RUIZ ARRANZ, "El dies a quo...", *cit.*, pp. 14.

entidades de crédito, y que se solicitara la nulidad de muchísimas cláusulas predisuestas, contribuyó a su difusión.

Sostengo, por tanto, que la fecha relevante a estos efectos es el 8 de julio de 2011, por dos razones: porque, aunque se haya dictado en primera instancia, se trata de una sentencia "especial", debido a las partes en litigio, al petitum y, sobre todo, a la trascendencia mediática de la sentencia; y porque entre las varias fechas posibles (26 de julio de 2013, 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2011), es la que mejor se adapta a la interpretación restrictiva de la doctrina del TJUE en el derecho español.

Además, conviene advertir que durante el año 2011 ya se habían dictado alguna sentencia de Audiencias Provinciales resolviendo sobre la abusividad de la cláusula de gastos. Así, por ejemplo, la SAP Madrid 98/2011, de 18 de febrero (AC 2011, 847).

Adviértase que no niego que ese escenario jurídico que permite conocer el posible carácter abusivo de la cláusula existiera antes del 8 de septiembre de 2011. El hecho de que la demanda se formulara en mayo de 2010 indica que en ese momento ya había esa posibilidad de conocer ese dato. Y posiblemente existía también incluso antes de esa fecha. Pero algún día exacto hay que elegir, y entiendo que el día mencionado (8 de septiembre de 2011) el consumidor ya tenía esa posibilidad de conocer la información requerida.

Como acertadamente indica la cuestión prejudicial de la AP Barcelona, la STS 792/2009, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8466) se ocupó de una demanda en la que la OCU solicitaba la nulidad por abusivas de más de veinte cláusulas incluidas en contratos de préstamo hipotecario celebradas con cuatro grandes entidades de crédito (BBVA, Banco Santander, Caja Madrid y Bankinter). Una de las cláusulas impugnadas era la que imponía al prestatario los gastos judiciales, esto es, los gastos derivados de la eventual litigiosidad del contrato. Si la sentencia analiza la posible abusividad de más de veinte cláusulas de préstamos, cualquier abogado razonablemente informado podría preguntarse si también habría de ser abusiva la cláusula relativa a los gastos de constitución del préstamo. Por lo tanto, no puede descartarse que esta fecha (16 de diciembre) puede tomarse en consideración a los efectos que nos ocupan. Pero aun así considero más oportuno fijar en el 8 de septiembre de 2011 la fecha jurídicamente relevante para designar el momento en que el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula, a los efectos de poder aplicar en España la doctrina del TJUE.

La solución del derecho español es, en este punto, parecida a la del derecho alemán. Aunque el BGH declara abusiva la cláusula de gastos en dos sentencias de 13 de mayo de 2014, se considera que en 2011 ya existía un escenario jurídico que permitía ejercitar esa acción, por lo que esa es la fecha relevante a efectos de prescripción. Algo parecido sucede en España. La STS es de 23 de diciembre de 2015, pero la

posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos existe desde mucho antes; al menos desde el 8 de septiembre de 2011.

#### **d) Suspensión de la prescripción a la llegada del período de seguridad**

La segunda cuestión importante que plantea la aplicación al derecho español de la doctrina del TJUE se refiere a la duración del período de seguridad. El plazo de prescripción empieza a correr, pero se suspende en un determinado momento si el consumidor sigue ignorando el carácter abusivo de la cláusula de gastos. ¿Cuál es ese momento exacto en el que ha de suspenderse la prescripción? Ya se ha indicado que el TJUE no aborda directamente este tema (v. epígrafe IV.6). La respuesta dependerá de la duración que haya de darse al denominado "plazo de seguridad". Como tal puede calificarse el plazo de que todavía dispone el consumidor cuando, desaparecida la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula (porque el consumidor pueda ya conocer ese carácter abusivo), se reanuda el cómputo del plazo. El período de seguridad es, por tanto, la parte final del plazo de prescripción. Y es un período de tiempo en el que el consumidor ya conoce (puede conocer) el carácter abusivo de la cláusula.

El TJUE no establece regla alguna sobre este período del que ha de disponer el consumidor para poder ejercitar su derecho. En relación con el plazo de prescripción, el TJUE sí ha indicado que ha de tratarse de un plazo que resulte materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo (por todas, STJUE de 9 de julio de 2020, ap. 62). Y ha considerado, además, que un plazo de prescripción de dos años es suficiente a esos fines. Cabría sostener que esta misma regla ha de regir para el periodo de seguridad, pero también puede defenderse que la duración de este período ha de ser necesariamente más corta, puesto que el período de seguridad es la parte final del plazo de prescripción, y no es exigible que la parte tenga la misma duración que el todo. La cuestión es dudosa y el TJUE no ofrece reglas definitivas.

¿Cuál es la duración del período de seguridad? Si dura dos años es seguro que se respeta el principio de efectividad, por las razones expuestas. Pero eso no significa que un plazo de duración más breve sea contrario a este principio de efectividad; primero porque el TJUE no ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la validez de un plazo de prescripción inferior a dos años; y segundo porque, aunque el plazo de prescripción inferior a dos años sea contrario al principio de efectividad (si así lo declarara el TJUE), eso no impide que puede respetar este principio un período de seguridad inferior a dos años.

A la vista de lo expuesto, entiendo que en el derecho español un plazo de seguridad anual es adecuado, y satisface el principio de efectividad; pues una vez que el consumidor puede tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, dispone todavía de un año para ejercitar la pretensión. Un plazo de un año debe reputarse correcto, porque durante ese plazo el consumidor podrá ejercitar la pretensión de

manera cómoda y rápida (puede hacerlo extrajudicialmente, interrumpiendo así la prescripción) y porque el consumidor ya conoce los hechos que fundamentan la pretensión, de manera que ese plazo anual es más que suficiente para reflexionar sobre la oportunidad de reclamar.

Existen argumentos adicionales que justifican esta interpretación. Esta tesis encaja con la interpretación restrictiva que ha de regir en el derecho español, habida cuenta de que el acreedor ya está suficientemente protegido. Por otra parte, en nuestro derecho el plazo de prescripción es de un año para una acción tan relevante como la indemnización de daños extracontractuales (art. 1968.2º CC); por lo que no puede resultar extraño que esa misma duración tenga el período de seguridad en la hipótesis que se analiza. Téngase en cuenta, además, que en algunos modelos regulatorios internacionales sobre prescripción el período de seguridad es de seis meses. Así, por ejemplo, los Principios de Derecho Contractual Europeo establecen que se suspende la prescripción cuando el acreedor no pueda ejercitar su pretensión por causa de fuerza mayor, siempre que se produzca dentro de los últimos seis meses del plazo de prescripción (art. 14:303). Esta misma regla se contiene en el Marco Común de Referencia (art. III-7:303) y en el derecho catalán (art. 121-15 del Código Civil catalán). Si en estos modelos se admite que un plazo de seis meses es suficiente para que el acreedor pueda ejercitar la pretensión, con más razón lo será el plazo de un año.

Volvamos al ejemplo citado en el epígrafe VII.2.c), en el que el *dies a quo* de la acción de restitución de los gastos es el 27 de noviembre de 1993, que debía prescribir el 27 de noviembre de 2008. Como el período de seguridad es de un año, el plazo se suspende el 27 de noviembre de 2007 (esto es, un año antes de la fecha en que debería finalizar). El plazo se mantiene en suspenso hasta el 8 de septiembre de 2011 (fecha en la que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos). Y desde ese instante se reanuda la prescripción, por lo que el plazo continuará corriendo el año que queda pendiente. Lo que significa que la prescripción se producirá el 8 de septiembre de 2012.

Pongamos otro ejemplo. En un préstamo el consumidor abona los gastos (y los conoce) el 8 de septiembre de 1997. La prescripción de la acción restitutoria debería producirse a los quince años (el 8 de septiembre de 2012). Un año antes de que llegue esa fecha el consumidor debería conocer el carácter abusivo de la cláusula, porque de lo contrario el plazo se suspendería. Y precisamente esa posibilidad de conocer la tiene el 8 de septiembre de 2011, es decir, justo un año antes de la fecha prevista de prescripción. En esta situación el plazo de prescripción no se suspende, porque cuando el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula todavía dispone del período de seguridad (un año).

Estos dos ejemplos evidencian que si el consumidor abona los gastos hipotecarios (y conoce que los abona) antes del 8 de septiembre de 1997, conforme a la jurisprudencia del TJUE debe entenderse que la acción de restitución de cantidades

prescribirá el 8 de septiembre de 2012. Así sucederá, por tanto, con préstamos hipotecarios celebrados, por ejemplo, en 1985, 1990, 1993 o 1996.

Por el contrario, si ha abonado los gastos después del 8 de septiembre de 1997, la doctrina del TJUE resulta intrascendente, y la acción restitutoria prescribirá a los quince años (y si nació antes del 7 de octubre de 2015, como muy tarde el 28 de diciembre de 2020, aunque no hayan transcurrido esos quince años). Es lo que sucede, por ejemplo, si esos gastos se pagaron el 7 de julio de 2001. En esta hipótesis la acción de restitución prescribe el 7 de julio de 2016. Como desde el 8 de septiembre de 2011 el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos, cuando llega esa fecha disponía todavía de más de un año del plazo ordinario de prescripción (en concreto, casi cinco años) para solicitar la nulidad de la cláusula. El principio de efectividad no resulta vulnerado. Esto mismo ocurrirá en cualquier otro préstamo hipotecario celebrado en 1998, 2002, 2007 o 2014.

Obviamente, este régimen no se ve afectar por el hecho de que el plazo de prescripción se haya reducido a cinco años por la Ley 42/2015, ni por la suspensión de la prescripción producida por la declaración del estado de alarma. En consecuencia, si la acción de restitución ha nacido antes del 7 de octubre de 2015, la prescripción se producirá el 28 de diciembre de 2020. Y si la acción ha nacido el 7 de octubre de 2015 o después, hay que distinguir varias hipótesis: (i) si la acción nace entre el 7 de octubre de 2015 y el 13 de marzo de 2020, el plazo durará cinco años más 82 días; (ii) si nace entre el 14 de marzo de 2020 y el 3 de junio de 2020, como durante ese tiempo el plazo de prescripción no corre (está suspendido), el plazo de prescripción se inicia (empieza a correr) el 4 de junio de 2020, por lo que finaliza el 4 de junio de 2025; (iii) por último, si la acción nace el 4 de junio de 2020 o con posterioridad, rige con normalidad el plazo de prescripción de cinco años. Obsérvese que en ninguna de las situaciones analizadas en este párrafo entra en juego la doctrina del TJUE que permite suspender la prescripción por ignorancia del consumidor acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo. Por la simple razón de que el consumidor podía conocer ese carácter abusivo al menos desde el 8 de septiembre de 2011.

Imaginemos, por último, que la fecha en la que el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos no es el 8 de septiembre de 2011 (como defiende), sino el 26 de julio de 2013. En este caso, si el consumidor abona los gastos de constitución del préstamo (y lo conoce) antes del 26 de julio 1999, la acción de restitución se considerará prescrita el 26 de julio de 2014. En cambio, si los abona después del 26 de julio de 1999, el plazo de prescripción corre con normalidad (no se suspende en ningún caso).

### **3. La incorrecta aplicación de la doctrina del TJUE por las Audiencias Provinciales: los ejemplos de la SAP Salamanca 111/2022, de 14 de febrero, y SAP Cantabria 145/2022, de 15 de febrero**

En los últimos meses se han dictado muchas sentencias por las Audiencias Provinciales relativas al *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios; sentencias que, obviamente, han tomado en consideración la doctrina del TJUE sobre el particular y, algunas de ellas, las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles, en particular la formulada por el Tribunal Supremo.

La lectura de estas sentencias provoca perplejidad. Pues, salvo honrosas excepciones, demuestra que los tribunales españoles no han interpretado correctamente las sentencias de TJUE.

Un ejemplo de esta corriente es la SAP Salamanca 111/2022, de 14 de febrero (ECLI:ES:APSA:2022:22), dictada en Pleno. Conoce de una reclamación de gastos de un préstamo hipotecario celebrado en el año 2003. La sentencia expone con claridad las cuatro sentencias dictadas por el TJUE sobre la materia, y reproduce también el ATS de 22 de julio de 2022 de planteamiento de la cuestión prejudicial. Y a continuación (FJ 4º) explica que la acción de restitución de gastos no ha prescrito, por dos razones: (i) porque es incompatible con la doctrina del TJUE que el plazo de prescripción empiece a correr el día en que se celebra el contrato, se produce el enriquecimiento injusto (se abonan los gastos) o se cumple íntegramente el contrato; y (ii) porque "en modo alguno puede declararse prescrita por aplicación de ninguno de los demás criterios posibles que según la citada jurisprudencia del TS y del TSJUE pueden ser aplicados- a saber, que el plazo comience a correr a partir de que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula, o que se considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019), o bien que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020)".

La sentencia incurre en un grave error: considerar como las dos fechas posibles del *dies a quo* las dos que indica el propio TS en su cuestión prejudicial. Ya se ha indicado que la cuestión prejudicial está mal planteada. Pero, en todo caso, el Tribunal Supremo pregunta si es compatible con el derecho europeo que el *dies a quo* de la acción restitutoria sea el día en que se dicta la sentencia declarativa de nulidad, el 23 de diciembre de 2015 o el 23 de enero de 2019. Y que esas tres fechas sean compatibles con el derecho europeo (como creo que lo son) no significa que el *dies a quo* en el derecho español haya que fijarlo en alguna de esas fechas. Los Magistrados de la AP Salamanca no han entendido que el TJUE no establece, ni quiere

hacerlo, cuál es el *dies a quo*, como ya he tenido ocasión de analizar con más detalle en otro lugar de este trabajo.

A mi juicio, y conforme a las reglas que he expuesto, si en el caso de autos la demanda se interpuso a partir de 2019 (esto es, transcurridos más de quince años desde que se abonaron los gastos en 2003), la excepción de prescripción debía haber sido acogida.

Otro ejemplo lo constituye la SAP Cantabria (Secc. 4ª) 145/2022, de 15 de febrero (ECLI:ES:APS:2022:257). El préstamo hipotecario se celebró en diciembre de 2002 y la demanda se interpone en enero de 2019. A mi juicio, esta acción está prescrita. Sin embargo, la sentencia entiende que no lo está, y lo justifica de este modo. Sostiene que el inicio del plazo de prescripción “nunca puede ser anterior a la fecha en que el consumidor tuvo o razonablemente pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula cuya nulidad da derecho a restitución, y además el prestamista demandado tiene que probar “que en ese momento el demandante tuvo o pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula”. La sentencia, considera el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un requisito del *dies a quo*, y no como una causa de suspensión del cómputo del plazo cuando se acerca al período de seguridad, que es lo que realmente sostiene el TJUE.

Además, la sentencia añade que “tanto si concluimos que el momento de inicio de la prescripción no puede ser anterior al dictado de sentencia firme que declara nula la cláusula abusiva incluida en el contrato de autos, como si consideramos que el inicio de la prescripción se sitúa en la fecha en que, por virtud de jurisprudencia sentada por el TJUE o por el Tribunal Supremo, quedó aclarado que una cláusula como la de autos podía ser abusiva, la acción restitutoria ejercitada en este procedimiento no estaría prescrita”. La sentencia defiende, por tanto, que ese conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos puede tenerlo el consumidor únicamente en esos dos momentos (declaración de nulidad de la cláusula de ese contrato o fecha de las sentencias del TS o TJUE sobre la materia).

Estas dos sentencias ponen de manifiesto el “daño” que ha provocado la desafortunada cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. Porque de su texto muchos tribunales han entendido que el *dies a quo* necesariamente ha de ser una de estas fechas: la declaración de la nulidad de la cláusula de gastos por la sentencia, el 23 de diciembre de 2015, el 23 de enero de 2019 o el 9 de julio de 2020. Y en verdad eso no es así, como he tratado de exponer a lo largo de este trabajo.

## VIII. Conclusiones

1. No prescribe la acción declarativa de nulidad de la cláusula de gastos incluida en el préstamo hipotecario. Pero sí prescribe la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados.

2. La acción de restitución de los gastos indebidamente abonados está sometida al plazo de prescripción del art. 1964.2 CC. Si la acción de restitución ha nacido antes del 7 de octubre de 2015, el plazo es de quince años; pero la acción prescribirá, como muy tarde, el 28 de diciembre de 2020, aunque no hayan transcurrido esos quince años. En cambio, si la acción de restitución ha nacido el 7 de octubre de 2015 o después, al plazo de cinco años de prescripción habrá que sumar, en su caso, los 82 días que estuvo suspendido el cómputo del plazo de prescripción por los RD 463/2020 y 537/2020.
3. Conforme al art. 1969 CC, el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos empieza a correr “desde el día en que pudieron ejercitarse”. Una adecuada interpretación del art. 1969 CC obliga a entender que para que el plazo de prescripción comience a correr deben concurrir tres requisitos: (i) que exista la posibilidad jurídica de ejercitar la pretensión, esto es, que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) que el acreedor conozca, o debiera haber conocido si hubiera con la diligencia debida, los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar; y (iii) que el acreedor tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar.
4. El plazo de prescripción empieza a correr cuando la acción (pretensión) ha nacido y es posible ejercitarla jurídicamente. En la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados, eso sucede cuando el consumidor abona esos gastos. La fecha exacta es el día que se indica en la factura emitida por cada profesional (notario, registrador de la propiedad, etc.).
5. El plazo de prescripción empieza a correr cuando el titular de la acción (pretensión) conoce, o debía haber conocido si hubiera actuado con la diligencia exigible, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. En el caso de la cláusula de gastos, son tres los hechos que fundamentan la acción de restitución de cantidades: que el consumidor ha celebrado un préstamo hipotecario, que ese contrato obliga al consumidor a abonar los gastos de constitución del préstamo hipotecario y que el consumidor, en cumplimiento de esa cláusula contractual, ha abonado todos esos gastos de constitución. El conocimiento de los dos primeros hechos no plantea dificultades. En cuanto al tercero, ese concreto dato lo conoce cuando recibe de la gestoría la documentación con todas las facturas del notario, registro de la propiedad, empresa tasadora y de la propia gestoría, y el documento acreditativo de haber ingresado el IAJD en la Hacienda Pública. En consecuencia, este es el día (*dies a quo*) en que empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados.

6. No cabe fijar como *dies a quo* de la acción de restitución de gastos la fecha de la sentencia que declara abusiva esa cláusula. Los arts. 1964.2 y 1969 CC no permiten llegar a ese resultado.
7. Según los arts. 1964.2 y 1969 CC, no cabe vincular el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución a la fecha en la que el consumidor conozca (o hubiera debido conocer, si hubiera actuado con la diligencia exigible) que la cláusula de gastos es abusiva y que, por esa razón, él tiene derecho a reclamar al prestamista la devolución de ciertas cantidades. A efectos de fijar el *dies a quo* es irrelevante cuándo el consumidor sabía (o podía haber sabido) que la cláusula de gastos era abusiva, o qué concreta norma o doctrina jurisprudencial ampara la anulación de la cláusula y la restitución de cantidades. La calificación de un cláusula como abusiva es una cuestión jurídica que, como tal, queda fuera de los hechos que el acreedor debe conocer para que se inicie el plazo prescriptivo.
8. En el derecho alemán, el plazo general de prescripción (tres años) se inicia el primer día del año siguiente a aquél en el que la pretensión ha nacido y el acreedor ha tenido conocimiento (o debía haberlo tenido de no haber actuado con negligencia grave) de las circunstancias que fundamentan la pretensión y de la persona del deudor (§ 199.1 BGB). Pero la jurisprudencia alemana ha establecido que, a veces, hay que retrasar el *dies a quo*. Así sucederá cuando la situación jurídica existente es tan opaca y confusa que ningún abogado habría considerado razonable ejercitar una pretensión por vía judicial; o cuando existe una jurisprudencia claramente contraria al ejercicio del derecho que permite calificar como temerario al abogado que interponga una demanda. El *dies a quo* se retrasa hasta que la situación jurídica deje de ser opaca o no exista ya una jurisprudencia claramente hostil. Esta doctrina, que tiene carácter excepcional, se explica porque en el derecho alemán la única posibilidad que tiene el acreedor de evitar el transcurso íntegro del plazo prescriptivo es la reclamación judicial (la reclamación extrajudicial ni interrumpe ni suspende la prescripción). Como la presentación de una demanda está totalmente contraindicada, por las razones expuestas, si se quiere proteger adecuadamente al acreedor no queda otra opción que retrasar el *dies a quo* hasta que la situación jurídica deje de ser opaca y confusa.
9. El BGH alemán ha aplicado la doctrina del retraso del *dies a quo* a la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados por ser abusiva la cláusula. Dos sentencias del BGH de 13 de mayo de 2014 declaran abusiva la cláusula de gastos. Y la sentencia del BGH de 28 de octubre de 2014 fija el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos en el año 2011, pues en ese año existe ya un escenario jurídico que permite al consumidor ejercitar esta acción, desapareciendo así la situación jurídica opaca que hasta ese momento había.

10. Las SSTJUE de 9 de julio de 2020, 16 de julio de 2020, 22 de abril de 2021 y 10 de junio de 2021 establecen que la acción que declara la nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, y que no es contraria a la Directiva 93/13/CE la normativa nacional que somete la acción de restitución de las cantidades indebidamente abonadas a un plazo de prescripción, siempre que ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13/CE (principio de efectividad).
11. En relación con la duración del plazo de prescripción, el TJUE entiende que se respeta el principio de efectividad, porque no hace imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión Europea, un plazo que resulta materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo. El TJUE ha considerado que un plazo de prescripción de dos años respeta el principio de efectividad.
12. En relación con el inicio del plazo de prescripción, el TJUE entiende que, para respetar el principio de efectividad, la acción de restitución de cantidades no puede considerarse prescrita por el transcurso íntegro del plazo de prescripción si el consumidor no conoce o no ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos. El TJUE no señala cuál ha de ser el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades (eso compete al legislador nacional), ni si resulta adecuado vincular el *dies a quo* al momento de la celebración del contrato, del abono de los gastos o del cumplimiento íntegro del contrato. El TJUE no juzga la idoneidad de estas fechas. Lo importante es que el plazo no pueda transcurrir completamente sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula.
13. Según el TJUE, para analizar si una norma nacional que fija el *dies a quo* respeta el principio de efectividad, hay que tomar en consideración los demás elementos que conforman el régimen nacional de la prescripción. Así, entre otros, hay que valorar la duración del plazo de prescripción y la posibilidad de interrumpir o suspender el plazo prescriptivo. Esto es relevante en el derecho español, en el que las acciones nacidas antes de octubre de 2015 tienen un plazo de prescripción muy largo (quince años), basta la simple reclamación extrajudicial para interrumpir la prescripción y no existe un plazo máximo de prescripción.
14. Según la jurisprudencia del TJUE, el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no es un requisito del *dies a quo* sino una causa de suspensión de la prescripción. El plazo de prescripción empieza correr con normalidad

(conforme a las reglas del derecho nacional). Pero la acción no puede considerarse prescrita si antes de que termine el plazo prescriptivo el consumidor no ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. Así diseñado, la ignorancia sobre el derecho (la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula) se configura como una causa de suspensión de la prescripción. En consecuencia, el plazo de prescripción, que está corriendo, se suspende si la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se mantiene cuando el plazo está en su tramo final (en el período de seguridad). Y el plazo reanuda su curso (seguirá corriendo desde el momento en que se paró) cuando el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula.

15. Son varias las razones que aconsejan configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, no como un requisito del *dies a quo*, sino como una causa de suspensión de la prescripción. Configurándola de ese modo se interfiere menos en el régimen de la prescripción. Es, además, la solución más coherente con la propia doctrina del TJUE, que requiere que sea el legislador, y no la jurisprudencia, el que fije el punto de partida del plazo de prescripción. Por otra parte, las normas sobre la prescripción no están armonizadas en la Directiva 93/13/CE, y por eso el TJUE no puede imponer a un Estado miembro el régimen de prescripción aplicable y, en particular, la fecha de inicio del plazo de prescripción. Por último, si se configura como una hipótesis de suspensión de la prescripción también se respeta adecuadamente el principio de efectividad, en la medida en que no resulta imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio del derecho por el consumidor.
16. Aunque el TJUE no alude a ello con claridad, la única información jurídica que el consumidor tiene que conocer es que esa cláusula es abusiva; o más exactamente, que "puede" ser abusiva.
17. Aunque el TJUE no aborda esta cuestión, el parámetro para juzgar la posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula es el del consumidor medio, esto es, el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Pero en verdad un consumidor medio no es un profesional del derecho: no conoce las leyes, ni puede conocerlas por sí mismo por muy diligentemente que actúe. Por esa razón lo habitual es que el consumidor solicite información a un abogado o a un asesor jurídico sobre la posible contrariedad al derecho de la cláusula. Cabe sostener, por tanto, que lo decisivo no es si un consumidor medio podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, sino si un asesor jurídico o profesional del derecho razonablemente informado podía conocer que la cláusula en cuestión era abusiva o, más exactamente, podía ser declarada abusiva teniendo en cuenta la situación jurídica existente. Esto supone que hay que valorar si, a la vista del marco jurídico existente en ese momento, un profesional del derecho adecuadamente (razonablemente) informado podría pensar que la

cláusula en cuestión es abusiva. Así sucede en la jurisprudencia alemana sobre la situación jurídica opaca, y parece razonable aplicar este mismo criterio a la doctrina del TJUE.

18. El TJUE no se pronuncia sobre cuándo existe la posibilidad de conocer que la cláusula es abusiva. Existe, obviamente, cuando el alto tribunal del orden jurisdiccional civil (en nuestro caso, el Tribunal Supremo) ha dictado una sentencia que declara la cláusula abusiva. Pero también puede existir antes de que esa fecha. En concreto, cuando hay un escenario jurídico que hace razonable pensar que el consumidor puede solicitar (aunque sea extrajudicialmente) la nulidad de la cláusula con alguna (incluso poca) posibilidad de éxito. O dicho de otro modo, cuando no es irrazonable que el consumidor puede solicitar y obtener la nulidad de la cláusula. Basta, por tanto, con que un abogado razonablemente informado no considere descabellado reclamar la nulidad de la cláusula, aunque todavía no haya habido ninguna sentencia del Tribunal Supremo sobre el particular.
19. El TJUE parece seguir a la jurisprudencia alemana sobre el retraso del *dies a quo* en caso de situaciones jurídicas opacas. Con la diferencia de que en la jurisprudencia alemana la existencia de una situación jurídica opaca provoca un retraso en el *dies a quo* (el plazo no empieza a correr hasta que la situación jurídica deja de ser opaca), mientras que en la doctrina del TJUE el plazo corre con normalidad desde el principio, pero se suspende cuando, en un determinado momento (en la parte final del plazo), se mantiene una situación jurídica opaca sobre el carácter abusivo de la cláusula. En ese instante el plazo deja de correr (se suspende), y no se reanuda hasta que el consumidor pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula,
20. El plazo de prescripción se suspende cuando llega el período de seguridad y en ese instante el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula. El TJUE no aclara cuál es ese período de seguridad y qué duración ha de tener. Lo único que exige es que, una vez que sea posible conocer el carácter abusivo de la cláusula, el consumidor disponga todavía de un margen temporal suficiente para solicitar la nulidad de la cláusula.
21. El Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona han planteado tres cuestiones prejudiciales al TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios indebidamente abonados. La formulada por el Tribunal Supremo es llamativa, pues da a entender que no es posible fijar el *dies a quo* en una fecha distinta a la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, al 23 de diciembre de 2015 o al 23 de enero de 2019. Pareciera que los magistrados del TS no han comprendido el verdadero significado de la doctrina del TJUE. La cuestión prejudicial de la AP Barcelona es la que mejor se aproxima a los verdaderos problemas que la situación plantea.

22. En las cuestiones prejudiciales se pregunta al TJUE si es conforme con el derecho de la Unión, y en particular con el principio de efectividad, fijar el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos el día en que se dicta la sentencia declarativa de nulidad, cualquier fecha anterior a esta fecha, el 23 de diciembre de 2015, el 23 de enero de 2019, el día en que se dictan algunas sentencias del TJUE, o incluso el día en que el consumidor abonó los gastos. El TJUE resolverá que sí es compatible con el derecho de la Unión, siempre que antes de que transcurra íntegramente el plazo prescriptivo el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula.
23. En las cuestiones prejudiciales se pregunta al TJUE si la posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula constituye un requisito del *dies a quo* (porque ha de tenerla el consumidor para que empiece a correr el plazo) o funciona como causa de suspensión (porque ha de tenerla el consumidor antes de que el plazo expire). El TJUE responderá que la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula opera como causa de suspensión, de modo que el plazo de prescripción se paralizará (suspenderá) si en un determinado momento el consumidor sigue sin conocer el carácter abusivo de la cláusula.
24. En las cuestiones prejudiciales se pregunta al TJUE sobre el momento en que el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula, y si eso sucederá cuando exista un criterio jurisprudencial consolidado sobre el carácter abusivo de esa cláusula o puede fijarse en otra fecha distinta. El TJUE resolverá que la posibilidad de conocer el carácter abusivo de una cláusula existirá aunque no se haya dictado una sentencia del Tribunal Supremo que declare la cláusula abusiva, ni haya una jurisprudencia consolidada que así lo estime. Lo relevante es si un consumidor medio razonablemente informado podía conocer que la cláusula en cuestión era abusiva o, más exactamente, podía ser declarada abusiva teniendo en cuenta la situación jurídica existente. Esto supone que hay que valorar si, a la vista del marco jurídico existente en ese momento, un profesional del derecho adecuadamente informado podría pensar que la cláusula en cuestión es abusiva.
25. No tiene ningún sentido aplicar en el derecho español la doctrina alemana sobre el retraso del *dies a quo* por existencia de una situación jurídica opaca. En el derecho español no concurren las razones que en Alemania permiten acoger esta doctrina, pues en nuestro derecho el acreedor ya está muy protegido (largo plazo de prescripción, *dies a quo* en clave subjetiva, generosa posibilidad de interrumpir la prescripción por reclamación extrajudicial e inexistencia de plazo máximo de prescripción).
26. La regulación española de la prescripción respeta el principio de efectividad, si se tienen en cuenta los elementos que configuran la prescripción (expuestos

en la conclusión anterior). Pero si hay que aplicar la doctrina del TJUE, los tribunales españoles deberán hacerlo de la forma más restrictiva posible. El acreedor español ya está en una situación muy privilegiada frente al deudor; por eso la aplicación de la doctrina del TJUE debe hacerse de tal modo que esa situación privilegiada no lo sea todavía más.

27. La aplicación al derecho español de la doctrina del TJUE obliga a señalar una fecha concreta en la que el consumidor podía conocer que la cláusula de gastos es abusiva. La fijación de una fecha exacta es complicada, y en cierto modo, arbitraria. Es obvio que un consumidor medio podía conocer ese dato el 23 de diciembre de 2015 (o el 21 de enero de 2016, día en que la STS de esa fecha se publica en la web del CGPJ), o incluso el 26 de julio de 2013 (fecha de la SAP Madrid que luego se recurre en casación). Además, desde la STS de 9 de mayo de 2013 un consumidor medio podía saber que cabía discutir la validez de cualquier cláusula del préstamo hipotecario, dado el contexto de litigación en masa que se inicia con esa sentencia. Pero creo que también podía conocerla desde el 8 de septiembre de 2011, fecha en que se publica la SJPI que resuelve la acción interpuesta por la OCU, y que luego fue recurrida hasta el Supremo. Teniendo en cuenta las partes en litigio, el petitum de la demanda y, en particular, la trascendencia mediática de la sentencia, cualquier consumidor razonablemente informado podía conocer desde esa fecha el carácter abusivo de la cláusula.
28. En el derecho español se considera adecuado un período de seguridad de un año. Eso significa que el plazo de prescripción empieza a correr con normalidad, y que cuando falta un año para concluir, se suspende (porque llega el período de seguridad) si el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula.
29. Si la posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos existe, al menos, desde el 8 de septiembre de 2011, y el período de seguridad es un año, resulta que si el consumidor abona los gastos hipotecarios (y conoce que los abona) antes del 8 de septiembre de 1997, la acción de restitución de gastos prescribirá el 8 de septiembre de 2012. En efecto, el plazo empieza a correr con normalidad, y transcurren catorce años; y en ese momento el plazo se suspende hasta el 8 de septiembre de 2011. Y desde ese instante se reanuda la prescripción, por lo que el plazo continuará corriendo el año que queda pendiente. Lo que significa que la prescripción se producirá el 8 de septiembre de 2012. Por el contrario, si los gastos hipotecarios los abona (y conoce que los abona) después del 8 de septiembre de 1997, la doctrina del TJUE resulta intrascendente, y la acción prescribe a los quince años (aunque si nace antes del 7 de octubre de 2015, prescribirá como muy tarde el 28 de diciembre de 2020, incluso si no han transcurrido esos quince años); porque como desde el 8 de septiembre de 2011 el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos, cuando llega esa fecha dispone

todavía de más de un año del plazo ordinario de prescripción para solicitar la nulidad de la cláusula.

30. No cabe fijar como *dies a quo* de la acción de restitución de gastos, ni el 23 de diciembre de 2015, ni el día en que se dicta la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de ese concreto contrato. Esta tesis no tiene cabida en los arts. 1964.2 y 1969 CC, ni es una exigencia de la jurisprudencia del TJUE. Por eso es incorrecto afirmar, como hacen algunas Audiencias Provinciales, que el día de la sentencia declarativa es el *dies a quo* de la acción de restitución “por exigencias de la doctrina del TJUE” o “porque así resulta de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo”.

## IX. BIBLIOGRAFIA

BITTER, G., “Aufschub des Verjährungsbeginns bei unklarer und klarer Rechtslage?”, *Juristen Zeitung*, 2015, nº 4, pp. 170 y ss.

CARRASCO PERERA, A., “A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios”, en la web del 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) [fecha de consulta: 30.3.2022].

GROTHER, H., § 199 BGB, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 9ª ed., 2021.

HERRESTHAL, C., “Die Verschiebung des Verjährungsbeginns bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage – Contra legale Rechtsgewinnung im Verjährungsrecht”, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2018, nº 9, pp. 401 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 13 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “La prescripción de la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de un crédito revolving usurario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, nº 38, pp. 56 y ss.;

MARÍN LÓPEZ, M. J., “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*, 2021, nº 40, pp. 13 y ss.

MÜLLER-CHRISTMANN, B., "Zumutbarkeit der Klageerhebung als ungeschriebene Voraussetzung des Verjährungsbeginns", en *Festschrift Bamberger zum. 70 Geburtstag*, Beck, 2017, pp. 233 y ss.

PIEKENBROCK, A., § 199 BGB, en GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN, *Beck-Online Grosskommentar zum BGB*, 2021.

RUIZ ARRANZ, A., "El dies a quo para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería", blog Almacén de Derecho, 22 de noviembre de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/se-puede-mover-la-porteria> [fecha de consulta: 22.3.2022].