



Jesús Sánchez García

Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona



LEER
ONLINE



¿Ha zanjado definitivamente el TJUE el dies a quo de la prescripción en la acción de restitución de los gastos hipotecarios?

El mismo día que tuvimos conocimiento de la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 [publiqué un artículo en el Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE](#) comentando la misma y concluyendo que, conforme al artículo 52 de la sentencia, para la fijación del inicio del plazo de prescripción habrá que estar a la acreditación del conocimiento que el consumidor tenía de los derechos que le confiere la Directiva 93/13.

Desde hace años vengo sosteniendo que la jurisprudencia del TJUE se fundamenta en unos principios propios y nuevas categorías jurídicas de ámbito supranacional y que, por lo que respecta a la Directiva 93/13, el TJUE **los ha ido configurando de forma progresiva**, desde que dictara su primera sentencia de 27 de junio de 2000, en la cuestión prejudicial planteada por el Magistrado D. José M^a Fernández Seijo.

Sin duda, entre esos nuevos principios comunitarios y, por tanto, supranacionales, se encuentran el **principio de orden público comunitario** y el **principio de efectividad**, que han sido desarrollados ampliamente por la Corte de Luxemburgo, y que deben ser interpretados metodológicamente, como exige la Ciencia Jurídica, de forma extensiva (STJUE 20 de septiembre de 2018, asunto C-448/17, ap. 61 y 3 marzo 2020, asuntos C-125/18, ap. 50), sin perjuicio de la función de armonización de la interpretación del Derecho nacional, en aras de la seguridad jurídica, que le corresponde al Tribunal Supremo, como nos recuerda el TJUE en el apartado 68 de su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

"El principio de orden público comunitario y el principio de efectividad, que han sido desarrollados ampliamente por la Corte de Luxemburgo" (Foto: TJUE)

En el mismo Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE y en otras revistas jurídicas sostuve mis dudas respecto a que [la acción de restitución de gastos hipotecarios estuviera sujeta a un plazo de prescripción](#), por aplicación de los principios de **primacía del Derecho comunitario**, efectividad y, especialmente, por el

principio de orden público comunitario.

Mi tesis se fundamentaba esencialmente en que conforme al principio de primacía del Derecho Comunitario, cuando se analiza la normativa que afecta a los derechos de los consumidores, exige una interpretación de nuestras normas sustantivas y procesales, conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria y que en el ámbito de los consumidores el legislador europeo había querido otorgar **rango de orden público al artículo 6 de la Directiva 93/13**, desde su famosa sentencia de 6 de octubre de 2009 (asunto C-40/08 -por cierto derivada también de una cuestión prejudicial española).

El TJUE declaró en su sentencia de 6 de octubre de 2009 que el artículo 6 de la Directiva 93/13 **es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales**, que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público, así como una norma imperativa (sentencia TJUE 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y 26 de enero de 2017, asunto C- 421/14, en sendas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles).

Sostenía la **imprescriptibilidad** porque la aplicación del orden público comunitario en el ordenamiento jurídico interno, conforme los artículos 6,3 y 1255 del CC, supone la ineficacia contractual derivada de su incumplimiento, con la consecuencia jurídica de ser una nulidad absoluta o radical y que, por tanto, debe ser apreciada de oficio por los tribunales, sin que pueda beneficiarse de los institutos jurídicos de la prescripción o de la caducidad, ni, tampoco, de la confirmación tácita del contrato, regulada en los artículos 1309 y 1311 del CC.

No obstante, mi tesis sobre la imprescriptibilidad de la acción de restitución de una cláusula predispuesta declarada abusiva cambió desde que el TJUE dictó las sentencias de 9 de julio de 2016, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 y 16 de julio de 2016, asuntos C-224/19 y C-259/19, analizando la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción, apoyándose en los principios del orden público comunitario, el principio de equivalencia y el principio de efectividad y con fundamento en el principio de equivalencia, el TJUE declaró que **el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que sujete a un plazo de prescripción** la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios.

La pregunta que me formulé a partir de las sentencias del TJUE de 9 y 16 de julio de 2016, es si es acertada y tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico la tesis iniciada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (sentencia de 25 de julio de 2018 (Roj: SAP B 8760/2018), al diferenciar entre la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad de una cláusula contractual y la prescriptibilidad de la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas. Sobre la prescriptibilidad de la acción de restitución se había pronunciado la Sala 1ª del TS en sentencia 30 de diciembre de 2010 (Roj: STS 743/2010).

"Si es acertada y tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico la tesis iniciada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona" (Imagen: E&J)

En mi opinión, la cuestión sobre la prescriptibilidad de la acción de restitución de gastos indebidamente

pagados derivada de una cláusula declarada abusiva quedó definitivamente resuelta por la Sala 1ª del TS al plantear su cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante Auto de 22 de julio de 2021 (Roj: ATS 10157/2021), que se tramita ante la Corte de Luxemburgo, con el número de asunto C-561/21 (aún pendiente de resolver), en el que en su fundamento de derecho cuarto analiza la legislación española y la propia jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, concluyendo en su apartado 10 que:

“10.- En consecuencia, la aplicación de un plazo de prescripción a la acción de restitución de lo pagado por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva no solo es conforme con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios rectores del Derecho de la UE, sino que además no vulnera el principio de equivalencia”.

El TJUE ha dado respuesta a esta cuestión, mediante la sentencia de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21, C-811/21, C-812/21 y C-813/21, que resuelve la cuestión prejudicial de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En el apartado 43 de la sentencia de 25 de enero de 2024, sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de una cláusula abusiva y la prescriptibilidad para hacer valer sus efectos restitutorios, el TJUE afirma:

“En lo que atañe a la oposición de un plazo de prescripción a una acción ejercitada por un consumidor para que se le devuelvan cantidades indebidamente abonadas, fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual en el sentido de la Directiva 93/13, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de dicha Directiva no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete 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 (sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 39 y jurisprudencia citada).

La cuestión nuclear en esta materia es **el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución** de pagos hechos en aplicación de una cláusula abusiva en un contrato de préstamo con consumidores. No obstante, aún quedan pendientes de resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala 1ª del TS, que se tramita ante la Corte de Luxemburgo, con el número de asunto C-561/21, y la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia 20 de Barcelona, que ha dado lugar al asunto C-484/21, aunque es fácil prever las respuestas que pueda dar el TJUE a las preguntas que se le han formulado por el TS y el Juzgado de 1ª Instancia 20 de Barcelona.

Para determinar el inicio del plazo de prescripción habrá que analizar si el consumidor tenía conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula contractual

En el apartado 48 de la sentencia de 25 de enero de 2024, sobre el inicio del cómputo de un plazo de prescripción, el TJUE resuelve que:

“De esta manera, en lo tocante al inicio del cómputo de un plazo de prescripción, tal plazo 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 (sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 46 y jurisprudencia citada)”.

Para el TJUE (apartados 50 y 51 de la sentencia de 25 de enero de 2024), para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción se debe tener en cuenta, por un lado, si el consumidor conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13 y, por otro lado, si tiene tiempo suficiente para preparar e interponer efectivamente un recurso con el fin de invocar esos derechos.

Pues bien, si como declara la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024, **para determinar el inicio del plazo de prescripción habrá que analizar si el consumidor tenía conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula contractual** con arreglo a la cual se efectuaron esos pagos y, esencialmente, si conocía también los derechos que le confiere la Directiva 93/13 (apartado 49).

Como es sabido, el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales que se le plantean, respondiendo a las concretas preguntas que se le formulan.

No cabe esperar que un particular, a diferencia de un profesional, esté informado de los aspectos jurídicos de la jurisprudencia nacional relativa a cláusulas predispuestas

El TJUE ha resuelto de forma clara que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no constituye una prueba de que se cumpla el requisito relativo al conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias que se derivan de ella (apartado 61), ya que se espera que cuando existe una jurisprudencia nacional consolidada en la se ha reconocido el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia (apartado 58) y que **no cabe esperar que un particular, a diferencia de un profesional, esté informado de los aspectos jurídicos de la jurisprudencia nacional relativa a cláusulas predispuestas**, habida cuenta del carácter ocasional o incluso excepcional, en la que intervienen en la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo (apartado 60).

Por tanto, el TJUE resuelve que es conforme al principio de efectividad la interpretación que efectúa la Sala 1ª del TS respecto de la prescriptibilidad de la acción de restitución de gastos indebidamente pagados derivado de una cláusula declarada abusiva y que contraviene la doctrina comunitaria y, por tanto, el principio de efectividad una interpretación jurisprudencial que fije el inicio del plazo de prescripción en la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares.

La pregunta que me formulo es una cuestión de índole probática y, por tanto, esencialmente procesal. ¿Cómo se acredita la fecha respecto del conocimiento que el consumidor tenía de los derechos que le confiere la Directiva 93/13 y, esencialmente, desde qué momento pudo conocer el consumidor sus derechos y los efectos jurídicos derivado de los mismos? En definitiva, desde qué momento el consumidor conocía que podía reclamar los gastos indebidamente pagados porque la concreta cláusula a la que se adhirió era abusiva.

Es evidente que **la carga de la prueba de este hecho corresponde acreditarlo al predisponente** y, probablemente, nos encontramos en lo que en el ámbito procesal se denomina una “prueba diabólica”.

Y para ello **deberemos acudir a la doctrina que el propio TJUE ha venido manteniendo** en multitud de sentencias sobre lo que debe considerarse como estándar de “un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”.

El estándar de lo que debe considerarse como un consumidor medio no se puede trocear. Se presupone como tal la persona que actúa con una diligencia media y que no le convierte en un experto en el tratamiento de cláusulas abusivas, sino que se le supone un grado de diligencia medio.

Por eso mismo, el TJUE parte de la premisa que no se le puede presuponer que esté informado de los aspectos jurídicos de la jurisprudencia nacional relativa a cláusulas predisuestas (apartado 60 STJUE 25/1/2024) y, por tanto, tampoco al debate en medios de información (tanto de prensa escrita o digital, como audiovisuales) sobre lo que debe entenderse por una cláusula abusiva, por muy públicos y generalizados que sean. No es el debate lo que se exige de ese estándar de diligencia, sino la conclusión clara que tiene el derecho a reclamar.

Es a partir del momento en que la información pública generalizada es concluyente y claramente comprensible, sobre los derechos jurídicos derivados de una cláusula abusiva que regula los gastos indebidamente pagados, en que puede convertirse en un hecho de notoriedad absoluta o general.

En este ámbito **Carles Garcia Roqueta**, experto en consumo y mediación, sostiene el término “interés adecuado”, afirmando que en el ámbito del consumo la noción de "interés adecuado" emerge como un factor crucial en el momento en que los consumidores deciden realizar reclamaciones. Este interés deberíamos entenderlo como la capacidad del consumidor para tomar decisiones informadas y basadas en el acceso al derecho de información y de transparencia a lo largo del tiempo.

Carles Garcia Roqueta, experto en consumo y mediación, sostiene el término “interés adecuado” (Foto: Archivo)

Para Carles Garcia Roqueta, sin embargo, es cierto que nos surge la pregunta de si el consumidor debe ser el único responsable de velar por sus intereses, especialmente cuando los medios de comunicación han proporcionado una cobertura continua sobre ciertos temas, como por ejemplo los gastos derivados de una hipoteca que tantos quebraderos de cabeza nos están dando durante estos últimos años.

Está claro que en aquéllos supuestos en los que un consumidor hubiera reclamado la devolución de las cantidades indebidamente pagadas a la entidad bancaria, a partir de ese momento empezaría el cómputo del plazo de prescripción para ejercitar judicialmente la acción de restitución (5 ó 10 años según se aplique el CC o el CCC).

No obstante, el apartado 4 del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta o general”.

Introduzco esta cuestión a modo de reflexión, ya que es evidente que desde hace años y, especialmente, desde la **famosa sentencia del caso Aziz** (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11), empezó a formar parte de la cultura popular la palabra “cláusula abusiva”, desconocida hasta ese momento, salvo en sectores del ámbito jurídico y de especialistas en consumo.

Y a partir de la sentencia de la Sala 1ª del TS de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015) proliferaron en los medios de comunicación multitud de anuncios poniendo en público conocimiento de los consumidores los derechos que le amparaban para poder reclamar la devolución de los gastos indebidamente pagados, produciéndose una litigación masiva a partir de dicho momento.

Estaríamos ante un supuesto de hechos que gozan de notoriedad absoluta o general y si fuese así, a partir de qué momento podría considerarse como tal. ¿O deberá acudirse al caso concreto y probar la entidad bancaria desde que fecha tuvo conocimiento el consumidor de los derechos que le confiere la Directiva 93/13?

No quisiera que se interpretaran erróneamente mis comentarios y a los hechos me remito. Cuando se dictó la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 (Roj: STS 1280/2015), sobre los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, con el voto particular del Magistrado D. Javier Orduña (al que se adhirió el Magistrado D. Xavier O' Callaghan Muñoz), publiqué una monografía titulada “La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de la cláusula suelo declarada abusiva”, publicada por la editorial vLex, en la que defendía la tesis del voto particular, que, por cierto, gracias a ese voto particular se plantearon varias cuestiones prejudiciales y que se dictara la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15,

En esa misma monografía también defendí que en estos supuestos no cabía la figura jurídica de la cosa juzgada, tesis que, pasado los años, acabó afirmando el TJUE en sus sentencias de 17 de mayo de 2022, una de ellas, en el asunto C-869/19, [resolviendo la cuestión prejudicial planteada por la propia Sala 1ª del TS, sobre la cosa juzgada en materia de consumidores](#), aplicando la propia Sala 1ª del TS los efectos de la cosa juzgada, conforme a la jurisprudencia comunitaria en su sentencia de **de 26 de julio de 2022** (Roj: STS 3211/2022).

Como decía, es una reflexión que me planteo desde el ámbito exclusivamente de la probática y que hace que, pese a los años transcurridos en el ejercicio de la profesión, siga teniendo pasión por el Derecho.