



Roj: **SAP B 348/2024 - ECLI:ES:APB:2024:348**

Id Cendoj: **08019370152024100010**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **15/03/2024**

Nº de Recurso: **874/2021**

Nº de Resolución: **62/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801942120178191633

Recurso de apelación 874/2021-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 8428/2018 -F

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012087421

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012087421

Parte recurrente/Solicitante: Salvadora , Jose Miguel

Procurador/a: Jose Antonio Julian Ortin

Abogado/a: Jose Maria Ortiz Serrano

Parte recurrida: BANCO SABADELL S.A.

Procurador/a: Ana Belen Porta Bonillo

Abogado/a: Inmaculada Perez Cid

Cuestiones: Nulidad de cláusula de gastos. Prescripción acción de reclamación de gastos. Recurso del consumidor. Reclamación de otra clausula.

SENTENCIA núm. 62/2024

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARIA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA (Voto particular)



MANUEL DIAZ MUYOR

MARTA CERVERA MARTINEZ

NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

Barcelona, a quince de marzo de dos mil veinticuatro.

Parte apelante: Salvadora y Jose Miguel .

Parte apelada: Banco Sabadell, S.A.

Resolución recurrida: sentencia.

- Fecha: 11 de enero de 2021.

- Parte demandante: Salvadora y Jose Miguel .

- Parte demandada: Banco Sabadell S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *Estimando parcialmente la demanda presentada por DOÑA Salvadora y DON Jose Miguel , frente a BANCO DE SABADELL, S.A.: 1. Declaro la nulidad de la cláusula de atribución de gastos del préstamo hipotecario suscrito entre las partes. 2. Sin imposición de costas "*.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

TERCERO. Por auto de 9 de diciembre de 2021 se planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la que dio respuesta por medio de STJUE de 25 de enero de 2024. Recibida la expresada sentencia se dio traslado a las partes, traslado que fue evacuado por medio de escritos que obran aportados al procedimiento. Tras lo cual se señaló votación y fallo para el día 7 de marzo pasado.

CUARTO. Tras la deliberación se ha procedido al cambio de ponente, al expresar el originariamente designado un criterio distinto al de la mayoría de la sala.

Actúa como ponente el magistrado Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado el conflicto en esta instancia.

1. La parte actora, Salvadora y Jose Miguel , interpuso demanda contra Banco Sabadell SA solicitando la nulidad de la estipulación incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito el 14 de Julio de 2006 relativa a los gastos del contrato. También solicitaba la condena a la demandada a reintegrarle la suma que afirmaba haber abonado indebidamente y que debía haber soportado la demandada.

2. Banco Sabadell SA se opuso respecto de la cantidad reclamada por considerar prescrita la acción y por no estar de acuerdo con la distribución de los gastos, que, en su caso, tuvieran que soportar ambas partes.

3. La resolución recurrida estimó en parte la demanda, pero declaró la prescripción de la acción de restitución.

4. Contra dicha sentencia recurre la actora que insiste en su pretensión restitutoria, recurso frente al que se opuso el demandado.

SEGUNDO. De la prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución.

5. Hemos venido considerando que, mientras la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos es imprescriptible, la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la nulidad está sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales (diez años, con arreglo al artículo 121.20 del CCcat, o cinco años del artículo 1964.2º del Código). La cuestión que más discusión ha generado es la relativa al cómputo del plazo. La STJUE de 25 de enero de 2024 (en los asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21) ha resuelto que, en principio, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción aplicable no puede iniciarse antes de que el consumidor tenga conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula (apartado 49) con arreglo a la cual se efectuaron los pagos, conocimiento para el que no basta que deba conocer los hechos determinantes de tal carácter abusivo sin tener en cuenta si conoce los derechos que le confiere la



Directiva 93/13 y si tiene tiempo para preparar e interponer un recurso con el fin de invocar esos derechos (apartado 50).

6. Por tanto, como consecuencia de la doctrina que sienta esa sentencia, el inicio del cómputo no se producirá hasta que quede acreditado que el consumidor ha podido conocer que tiene derecho a percibir de la entidad financiera los gastos, lo que en sustancia coincide con lo que expresa el art. 121.23 CCC ("*pudo conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan* -la acción ejercitada -). Y la cuestión está en interpretar cuándo el consumidor ha podido conocer ese derecho a recuperar lo indebidamente abonado en concepto de gastos del contrato.

7. La referencia al consumidor no debe entenderse referida a un concreto y singular consumidor sino al "consumidor medio", esto es, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, según reiteradamente ha sido conceptualizado por la jurisprudencia comunitaria. Por tanto, la prueba exigible acerca del conocimiento no debe considerarse referida al consumidor demandante sino a un consumidor medio, todo ello sin perjuicio de que exista prueba concreta acerca de que el consumidor demandante había adquirido previamente un conocimiento suficiente acerca de sus derechos diferente al que se puede imputar al consumidor medio.

8. La información relevante que debe conocer el consumidor no es solo la relativa a los hechos sino también su valoración jurídica, esto es, que conforme a la Directiva 93/13, tiene derecho a recuperar lo abonado porque le fue impuesto por medio de una cláusula abusiva.

9. La STJUE afirma que la existencia de una jurisprudencia consolidada no puede fundar una presunción de que tenía conocimiento de sus derechos (apartados 59-60), porque el consumidor no tiene por qué conocer la jurisprudencia nacional, a diferencia de lo que ocurre con el predisponente.

10. Ahora bien, el hecho de que nuestro consumidor medio informado no tenga por qué conocer la jurisprudencia no excluye que pueda estar informado sobre ella cuando concurren circunstancias excepcionales que hayan podido determinar una difusión de la doctrina de los tribunales de carácter extraordinario, esto es, que haya ido mucho más allá de los círculos profesionales, como alega la recurrente que ha ocurrido en nuestro caso. Esa difusión ha debido tener un grado de intensidad suficientemente grande como para que nuestro consumidor medio haya debido o podido tomar conciencia de sus derechos.

11. Al utilizar como parámetro subjetivo de referencia el consumidor medio y no cada uno de los concretos consumidores demandantes, el esfuerzo probatorio que será preciso desarrollar debe estar relacionado con la probabilidad de que el consumidor medio, atendidas todas las circunstancias del caso, hubiera podido conocer razonablemente su derecho. Y, atendido que al consumidor medio no se le pueden exigir los conocimientos de un jurista, debemos entender que bastará que haya podido adquirir conciencia acerca de las altas probabilidades de éxito de su reclamación. Por tanto, bastará que exista un conocimiento potencial (cognoscibilidad), como se expresa por la STS 1200/2023, de 21 de julio (ROJ: STS 3538/2023).

12. Lo que, en sustancia, solicitábamos al TJUE es que nos ayudara a determinar con parámetros lo más objetivos posibles ese juicio de cognoscibilidad, pues no teníamos dudas acerca de que el consumidor no es un experto en leyes o en jurisprudencia. Pero lo cierto es que la STJUE no lo ha hecho y con ese silencio creemos que lo que ha querido expresar es que esa labor le corresponde al juez nacional, quien deberá tomar en consideración todas las circunstancias del caso, como reiteradamente ha venido afirmando en casos similares.

13. Los datos o *ítems* que podemos tomar en consideración para hacer ese juicio de cognoscibilidad son muy numerosos, lo que determina que nuestro juicio sea inseguro y pueda ser muy distinto al que realicen otros tribunales en nuestra misma situación. La recurrida expone numerosos hechos y circunstancias de los que deducir ese conocimiento por el consumidor medio del carácter abusivo de la cláusula, entre los que cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre nulidad de la cláusula suelo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que declaró la nulidad de la cláusula gastos en el marco de una acción colectiva, las campañas de publicidad o la extraordinaria repercusión en los medios de comunicación de las notas de prensa que el propio Tribunal Supremo ha venido emitiendo de sus Sentencia.

14. Es cierto que 2013 fue un año muy importante en nuestro país desde la perspectiva del control de la abusividad de las cláusulas en contratos sobre préstamos hipotecarios, por la repercusión pública que tuvieron algunos casos sobre los que se pronunciaron nuestros tribunales, particularmente sobre la denominada como "cláusula suelo" (STS de 9 de mayo de 2013). No obstante, no creemos que ya entonces nuestros consumidores (el consumidor medio) pudieran plantearse seriamente la posibilidad de hacer reclamación sobre los gastos del contrato, porque sobre esa cláusula no les había llegado aún información suficiente a través de medios no especializados. Que en ese año se dictara por la Audiencia de Madrid una sentencia



que anulaba la cláusula sobre gastos no nos parece razón suficiente para considerar que nuestro consumidor medio estuviera adecuadamente informado.

15. Más dudoso es lo que se refiere al segundo *ítem*, del año 2015, a finales del cual el Tribunal Supremo se pronunció sobre la nulidad de la cláusula sobre gastos (Sentencia de 23 de diciembre de 2015). Lo relevante no es tanto esa sentencia como la repercusión mediática que la misma tuvo. El Consejo General del Poder Judicial emitió un comunicado de prensa sobre la misma, al que tuvo acceso toda la prensa nacional. No obstante, no creemos que la existencia de ese comunicado sea razón suficiente como para considerar que nuestro consumidor medio pudiera resultar adecuadamente informado. Como afirma la recurrente, el *dies a quo* no debe fijarse en el momento en el que se produjo la jurisprudencia, sino en aquel otro momento posterior en el que la misma se hizo notoria no solo entre los sectores profesionales sino entre los consumidores. Ese momento de la notoriedad para los consumidores creemos que hay que fijarlo entre finales de 2016 y principios de 2017, momento en el que diversas asociaciones de consumidores y despachos de abogados habían lanzado una intensísima campaña de publicidad dirigida a la captación de clientes para reclamar los gastos de sus hipotecas.

16. La intensidad de esas campañas publicitarias y su éxito nos conducen a fijar la cognoscibilidad para el consumidor medio a principios de 2017. Y prueba del éxito de esas campañas fue la litigación masiva a que dio lugar, hasta el punto que el Consejo General del Poder Judicial se vio forzado en mayo de 2017 a aprobar un plan de especialización en cláusulas abusivas en contratos de financiación hipotecaria con aplicación en todo el territorio nacional con el que afrontar la enorme avalancha que se había producido de demandas a partir de principios de 2017 (Acuerdo de 25 de mayo de 2017). Por tanto, aquí sí que estamos ante hechos relevantes que un consumidor medio y debidamente informado no habría desconocido. La enorme cantidad de procesos iniciados durante 2017 en reclamación de los gastos del contrato de préstamo hipotecario evidencia que el consumidor medio había adquirido conciencia de sus derechos, esto es, que podía reclamar con muy altas probabilidades de éxito lo previamente abonado en concepto de gastos del contrato. Por tanto, a partir del mes de enero de 2017 podemos considerar cumplidas las circunstancias que permitían iniciar el cómputo del plazo prescriptivo, porque a partir de ese momento un consumidor medio informado que hubiera sentido el impulso de reclamar sus derechos habría podido conocer todas las circunstancias que posibilitaban el ejercicio de la acción de reclamación. En ese contexto recayó la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, que fija doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios de la nulidad y que también tuvo amplia repercusión en los medios.

17. Todos los anteriores son hechos notorios, que, amén de haber sido alegados y acreditados por las entidades de crédito, el tribunal conoce por razón del desempeño de su actividad como órgano especializado en el conocimiento de cláusulas abusivas durante ese periodo temporal. Por tanto, no son hechos que requieran actividad probatoria adicional por las partes.

18. La demandada insiste en que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula por el consumidor medio, según jurisprudencia constante del TJUE, no es necesario que se dé al iniciarse el cómputo de prescripción, sino que basta con que concurra antes de que expire el plazo, siempre que el consumidor disponga de tiempo suficiente para ejercitar su acción. Es cierto que la propia Sentencia del TJUE alude a esa doctrina en sus consideraciones generales (apartados 48 y 52). Sin embargo, en referencia concreta a la cláusula de gastos, el apartado 49 señala expresamente que *"el plazo de prescripción (...) no puede iniciarse antes de que el consumidor tenga conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula con arreglo a la cual se efectuaron esos pagos."* Además, pese a que la segunda de las cuestiones que planteó este Tribunal guardaba relación precisamente sobre el momento en que el consumidor tenía que estar en condiciones de conocer los derechos que le confiere la Directiva 93/2013, dada la extraordinaria duración del plazo contemplado en la Legislación propia (diez años), dicha respuesta no se da en el fallo de la Sentencia.

19. Por otro lado, la traslación de esa doctrina del TJUE a nuestro Derecho Interno no está exenta de dificultades, sobre todo en aquellos casos en que, por su antigüedad, el plazo ha transcurrido en su integridad sin que el consumidor haya tenido la posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula. Hemos de tener en cuenta, por otro lado, que en los distintos escenarios contemplados por el Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial planteada por auto de 22 de julio de 2021 se parte de la premisa de que ese conocimiento ha de darse antes de iniciarse el plazo, entendemos que por ser exigencia del Derecho Español que el demandante conozca todas las circunstancias que le permitan ejercitar la acción antes de que pueda computarse el plazo (criterio de la *actio nata*).

20. En el supuesto que enjuiciamos, las conclusiones que hemos alcanzado en los apartados anteriores nos permiten descartar completamente la existencia de la prescripción alegada, atendido que la demanda se interpuso durante el año 2017, razón por la que no podemos considerar acreditado que hubiera transcurrido



un lapso temporal superior a los 10 años que establece el art. 121.20 Codi Civil de Catalunya o de los 5 años que establece el art. 1964.2 CC.

TERCERO. Sobre los efectos derivados de la nulidad.

21. En las Sentencias del TS núm. 44/19, 46/19, 47/19, 48/19 y 49/19, todas ellas de 23 de enero de 2019 y del Pleno, así como en la posterior **STS 35/2021, de 27 de enero de 2021** (ECLI:ES:TS:2021:61) se han establecido los siguientes criterios por el Alto Tribunal en relación con los gastos del contrato:

- a) En cuanto al **Impuesto de Actos Jurídicos Documentados**, son de cargo del prestatario porque así resulta de la interpretación de la normativa tributaria hecha por la jurisprudencia de la Sala correspondiente del propio TS.
- b) En cuanto a los **gastos notariales**, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.
- c) **Gastos de gestoría**, los debe soportar el Banco.
- d) Los **gastos registrales** deben ser soportados en su integridad por el Banco a cuyo favor se inscribió en el Registro la escritura de hipoteca.
- e) **Gastos de tasación**. Los debe soportar la entidad de crédito, salvo que resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que los impone al consumidor.

22. Haciendo aplicación en el caso de tales criterios, hemos de concluir que la cantidad objeto de condena asciende a la suma de 1.266,03 euros, que corresponde al siguiente detalle:

- a) Gastos de notaría: 339,24 euros, la mitad de los reclamados.
- b) Registro: 384,84 euros.
- c) Gestoría: 222,72 euros.
- d) Tasación: 319,23 euros.

CUARTO. Costas.

23. Estimada sustancialmente la demanda, procede hacer imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada (art. 394.1 LEC).

24. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, estimado el recurso no procede hacer imposición de las costas.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Salvadora y Jose Miguel contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de fecha 11 de enero de 2021, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos en el sentido de estimar la acción de reclamación de cantidades y condenar a Banco Sabadell, S.A. a hacerle pago de la suma de 1.266,03 euros, confirmando los demás pronunciamientos, con imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia y devolución al recurrente del depósito constituido.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recurso de casación ante este mismo órgano.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular que formula el magistrado Luis Rodríguez Vega.

Con el sincero respeto que me merece la opinión mayoritaria, he de formular este voto para exponer los motivos de mi discrepancia. Obviamente, una vez expuesta la disconformidad me someteré al voto de la mayoría y aceptaré su criterio, pero creo que este es un tema importante que merece hacer públicas las diferentes interpretaciones.

Primero. De la prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución.

1. Desde nuestra sentencia núm. 547/2018, de 25 de julio (ECLI:ES: APB:2018:8760) hemos tenido ocasión de reiterar nuestro criterio en numerosas resoluciones , resumiendo, sostenemos que la acción de declaración de nulidad de la cláusula de gastos es imprescriptible y que la acción de reembolso de los gastos indebidamente satisfechos prescribe a los diez años a contar desde el pago de la última factura o de la liquidación de la provisión de fondos si es posterior. La conformidad de dicha diferenciación con la Directiva ha sido avalada por el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19, ECLI: EU:C:2020:578, FJ 92)

2. El punto de partida es el artículo 1930.2º del Código Civil, por el que los derechos y las acciones "de cualquier clase que sean" se extinguen por la prescripción. Ahora bien, la acción declarativa es imprescriptible (el artículo 121-2 del CCat), mientras que la acción de restitución o de remoción de los efectos de una cláusula abusiva está sujeta a plazo de prescripción. Estimamos aplicable a esta última el plazo de diez años establecido en el artículo 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, y no su homólogo en el Código Civil para las acciones personales (artículo 1964), en atención al carácter de derecho común en Cataluña de las disposiciones del CCat y su aplicación supletoria (artículo 111-4º del CCat).

3. La sentencia del TJUE 25 de enero de 2024 (C-810/21 a C-813/21, CAIXABANK, Prescripción del reembolso de los gastos hipotecarios) nos obliga a cambiar dicho criterio para respetar el principio de efectividad del derecho de la UE y, en particular, los derechos que la Directiva 93/13/CEE reconoce a los consumidores.

4. En primer lugar, el Tribunal de Justicia no puede establecer ni el plazo de prescripción ni el día en el que debe empezar el cómputo de dicho plazo, como el propio Tribunal indica en el fundamento (42), ya que ello corresponde al ordenamiento interno. Lo único que puede hacer el Tribunal de Justicia es establecer en qué condiciones el régimen de prescripción interno respeta los principios de equivalencia y de efectividad del derecho de la Unión Europea, que a su vez limitan la autonomía procesal de los Estados miembros. Queremos que el Tribunal nos diga el "*dies a quo*", cuando no hay norma unitaria sobre esa materia. Lo único que puede examinar el Tribunal de Justicia es si el sistema de prescripción sobrepasa los límites de la autonomía procesal de los Estados, el principio de equivalencia y de efectividad.

5. El reproche que hace el Tribunal de Justicia a nuestra interpretación es que no tenga en cuenta dos datos fundamentales "*por un lado, si conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13 ni, por otro lado, si tiene tiempo suficiente para preparar e interponer efectivamente un recurso con el fin de invocar esos derechos*" (FJ. 50). En consecuencia, nuestra interpretación ha de adaptarse a dichos datos. Acomodar nuestra interpretación al principio de efectividad exige, primero, valorar si, dadas todas las circunstancias del caso concreto, un consumidor medio hubiera podido conocer los derechos que le reconoce la Directiva antes de que expirase el plazo de prescripción de diez años, y, segundo, si el tiempo que queda antes de expirar el plazo le permite plantear una reclamación eficaz.

6. Nuestras discrepancias se centran en la interpretación de la sentencia TJUE 25 de enero de 2024 en dos puntos definitivos. En primer lugar, para la mayoría, el plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que se dé el primero de los presupuestos. Es decir, que el consumidor no disponga de la información necesaria para poder afirmar, que un consumidor medio, conocería los derechos que le reconoce la directiva. En segundo lugar, a qué se refiere el Tribunal cuando habla de "los derechos que le confiere la Directiva 93/13", es decir, a qué grado de conocimiento se refiere.

SEGUNDO. - Primer motivo de discrepancia con la mayoría: el momento en el que el consumidor debe de conocer los derechos de la directiva.

7. En mi opinión, el Tribunal de Justicia mantiene que, para que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de diez años de la acción de restitución sea compatible con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, es necesario que, **antes de que expire dicho plazo** , el actor, haya dispuesto de la información que hubiera permitido a un consumidor medio conocer los derechos que le reconoce la directiva, con tiempo suficiente para ejercitarlos de manera efectiva.

8. Si antes de que expire dicho plazo, el consumidor **no** ha dispuesto de dicha información, como sucederá en muchos casos, el plazo habrá de computarse desde que dispuso de dicha información, en cuyo caso, mi criterio coincidiría con el de la mayoría.

9. La discrepancia se centra, en primer lugar, en aquellos casos, en los que antes de expirar el plazo de prescripción previsto en nuestro ordenamiento, el consumidor dispuso de información sobre los derechos que la Directiva le reconoce, y, en segundo lugar, como luego veremos, en el grado de conocimiento sobre esos derechos que es exigible al consumidor medio.

A) Las cuestiones que formulamos



10. Para interpretar la respuesta del TJUE a nuestra cuestión, conviene recordar lo que preguntamos y lo que ha respondido el Tribunal.

11. En primer lugar, formulamos dos cuestiones, que el Tribunal de Justicia relaciona entre sí en sus fundamentos 40 y 41 para reformularlas como considera necesario. La primera de dichas cuestiones era la siguiente:

"En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿es compatible con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/2013 someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años 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?"

12. En la segunda cuestión preguntamos lo siguiente:

"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 [93/2013], antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?"

13. Como puede verse preguntamos al Tribunal, primero, si el inicio del cómputo del plazo requería que el consumidor dispusiera de información sobre los derechos que la directiva le reconoce, y, segundo, **si bastaba con que el consumidor tuviera conocimiento de esos derechos antes de que expirase el plazo de diez años de nuestra legislación.**

B) La reformulación de las cuestiones por el Tribunal

14. En el fundamento 41, como he dicho, el Tribunal reformula las preguntas que nosotros planteamos de la siguiente manera:

"(...) el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que sea pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de los elementos determinantes del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, y, en caso de respuesta afirmativa, si las citadas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que ese conocimiento debe adquirirse antes de que empiece a correr el plazo de prescripción o antes de que expire dicho plazo".

15. Nuevamente, como podemos ver, el Tribunal de Justicia mantiene las dos cuestiones. La primera, la relativa al criterio que venía mantenido esta Sección, que no tenía en cuenta si el consumidor era o no consciente de los derechos que la Directiva 93/13 le reconocía. La segunda cuestión, se refería al momento relevante para adquirir dicha información, si antes de iniciar el cómputo o antes de expirar el plazo.

C) La respuesta del Tribunal

16. Pues bien, a esas dos cuestiones el Tribunal contesta en su parte dispositiva que:

"Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, **sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos.** La compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas".

D) Las conclusiones sobre el momento relevante

17. Como podemos ver, el Tribunal afirma que las normas pertinentes se oponen a una interpretación como la que veníamos haciendo, es decir, que el plazo de prescripción de diez años empezaba a computarse desde que se agotaban los efectos de la cláusula, sin tener en cuenta si el consumidor era o no sabedor de los derechos que la Directiva le reconocía. En definitiva, a mi juicio, lo que el Tribunal declara es que no se puede considerar

prescrita la acción de restitución sin tener en cuenta que el consumidor tuviera a la información que permitiera a un consumidor medio ser consiente de los derechos que le reconocía la Directiva. Ahora bien, el Tribunal no dice en esa respuesta, como se desprende del voto mayoritario, que dicha información haya de ser previa al cómputo del plazo, sino sencillamente que se opone a una jurisprudencia que no lo tiene en cuenta, bien sea para el inicio del cómputo, bien sea antes de su extinción.

18. Para llegar a dicha conclusión, ante todo, debemos recordar que el Tribunal al reformular las cuestiones que le habíamos hecho, añade a la primera pregunta, un segundo apartado: "*si las citadas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que ese conocimiento debe adquirirse antes de que empiece a correr el plazo de prescripción o antes de que expire dicho plazo*".

19. Pues bien, el Tribunal da respuesta a esas cuestiones en el fundamento 52:

" *En lo tocante a si el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de una cláusula contractual y de los derechos que le confiere la Directiva 93/13 debe adquirirse antes de que empiece a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria o antes de que expire dicho plazo, procede señalar que el requisito, mencionado en el apartado 48 de la presente sentencia, según el cual un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer esos derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase, fue establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a efectos del examen, caso por caso, de la compatibilidad de un plazo de prescripción dado, aplicado con arreglo al Derecho nacional en cuestión, con el principio de efectividad "*

20. Como podemos comprobar en el apartado 48, al que se remite, el Tribunal dice 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 46y jurisprudencia citada)*".

21. Así el citado párrafo 46 de la sentencia *Paribas Personal Finance*, el Tribunal de Justicia dijo que:

" *46 Procede señalar 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 "*

22. En consecuencia, a mi juicio, el computo del plazo de prescripción desde el pago de la última factura, es compatible con el principio de efectividad, si antes de que expire, el consumidor tuvo a su disposición la información necesaria y el tiempo suficiente para ejercitar un recurso eficaz. Si antes de la expiración del plazo el consumidor no tuvo dicha información el plazo solo podrá computarse desde que dispuso de dicha información. Lo mismo ocurrirá si el consumidor no ha dispuesto de tiempo suficiente para ejercitar su acción.

23. El plazo restante ha de considerarse suficiente siempre que sea superior a dos años, ya que el Tribunal de Justicia ha reconocido que ese plazo es compatible con el principio de efectividad de los derechos de la Unión (Sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25).

TERCERO. - El segundo motivo de discrepancia: el grado de conocimiento sobre los derechos que la Directiva 93/13 reconoce al consumidor.

24. La mayoría entiende que es en enero de 2017, cuando hubo una avalancha de cientos de miles de demandas de nulidad de cláusulas de préstamos hipotecarios, sin precedentes en nuestra maltrecha Administración de Justicia, cuando puede entenderse que el consumidor medio pudo tener conocimiento de los derechos que la Directiva le reconoce y ese en ese momento cuando debe de iniciarse el computo del plazo.

25. El Tribunal de Justicia no explica cual ese ese grado de conocimiento necesario. El art. 7 de la Directiva establece que "los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores". Pues bien, el principio de efectividad exige que dicho medios procesales no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

26. Entiendo que lo único que se exige es el consumidor medio disponga de información sobre la posibilidad de ejercitar acciones ante los tribunales, mediante las que se puede dejar sin efecto una cláusula que le imponga, de mala fe, condiciones que le perjudiquen, lo que exige lógicamente que sea consciente de la existencia de la cláusula y del perjuicio ocasionado.



27. Por lo tanto, si antes de que expire el plazo de prescripción del ordenamiento nacional, y con tiempo suficiente, el consumidor es consciente, primero, de la existencia de la cláusula, segundo, del perjuicio que le ha ocasionado y, tercero, de las acciones que le Ley le reconoce para que se declaren nulas por abusivas, ese plazo respetará el principio de efectividad.

28. Pues bien, en un caso como el planteado, primero, el consumidor ha tenido que ser consciente de la cláusula abusiva, ya que tuvo que asumir todos los gastos del préstamo, segundo, del alcance del perjuicio ocasionado, precisamente por esa misma razón, lo único que faltaría sería que fuera además consciente de las acciones que la Ley le reconoce.

29. Si antes de que expire el plazo y con tiempo suficiente, el consumidor ya había planteado una reclamación extrajudicial, al mismo Banco, respecto de otras de las cláusulas generales del mismo o similar contrato pidiendo su nulidad por ser abusivas, creo que podríamos afirmar que un consumidor medio, en dichas circunstancias, sería consciente de los derechos que la Ley le ofrece para impugnar la cláusula litigiosa.

30. En el presente caso, la parte actora pagó la totalidad de los gastos del contrato el 4 de octubre de 2006 (doc. 6 de la demanda) y formuló reclamación extrajudicial el 15 de noviembre de 2017, superando el plazo de los diez años, que concluiría el 4 de octubre de 2016. Ahora bien, uno de los actores había presentado una previa reclamación extrajudicial al Banco para que reconociera la ineficacia por abusiva de la **cláusula suelo** del contrato del mismo préstamo hipotecario y devolviera el dinero que había pagado en exceso, por lo que podemos afirmar que el consumidor conocía sus derechos. Esa reclamación es de fecha 7 de noviembre de 2013, por lo que hasta la fecha en la que hubiera expirado el plazo de los diez años, el 4 de octubre de 2016, quedaban más de dos años (7 de noviembre de 2013 al 4 de octubre de 2016), tiempo suficiente para ejercitar sus acciones o al menos presentar una reclamación extrajudicial que hubiera interrumpido la prescripción y hubiera comenzado de nuevo su computo.

31. En consecuencia, creo que hubiera procedido confirmar la prescripción de la acción y desestimar el recurso.