

Versión anonimizada

C-230/24 - 1

Asunto C-230/24

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

26 de marzo de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña (España)

Fecha de la resolución de remisión:

12 de marzo de 2024

Parte demandante:

MF

Parte demandada:

Banco Santander, S. A.

XDO. PRIMEIRA INSTANCIA n.º 8 DE A CORUÑA

[omissis] [datos órgano jurisdiccional remitente] [omissis] Procedimiento origen: /

Sobre COND. GNRLS. CTRTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO.
PER. FIS

[omissis] [identidad abogados y representantes procesales de las partes] [omissis]

AUTO

[omissis] [identidad juez] [omissis]

En A CORUÑA, a doce de marzo de dos mil veinticuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El objeto del litigio.

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1282432</u>
Luxemburgo, el <u>27. 03. 2024</u>
Fax/E-mail:
Presentado el: <u>26/03/24</u>
El Secretario, por orden <u>Letitia Carrasco Marco</u> Administradora

ES

El objeto del litigio es el ejercicio de una acción de nulidad por abusividad de una condición general inserta en un contrato de préstamo hipotecario, en concreto, la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos generados por el contrato.

Frente a la acción de nulidad de pleno derecho se ha opuesto, entre otros motivos que no son del caso, la prescripción.

SEGUNDO.- Hechos que dan lugar al litigio.

Con fecha 27 de febrero de 2023 la Sra. MF presenta una demanda de juicio ordinario frente a BANCO SANTANDER S. A., interesando la nulidad por abusividad de la cláusula 5.ª del contrato de préstamo, suscrito entre ambos, de 19 de enero de 2009 y, como efecto, de ello, la restitución de la mitad de los gastos abonados por el consumidor en concepto de honorarios de notario, y la totalidad de los pagados por aranceles del registro de la propiedad, cantidades a incrementar con el interés legal desde los pagos respectivos.

La cláusula quinta es del siguiente tenor (en lo que interesa al caso):

«Gastos y obligaciones a cargo del prestatario.

5.1. Serán de cuenta del prestatario los siguientes gastos:

5.1.1. Gastos preparatorios de la operación: Los gastos contenidos en el presente apartado serán a cargo del solicitante aun cuando el préstamo no llegue a formalizarse.

* Gastos de tasación del inmueble.

* Gastos de verificación de la situación registral.

5.1.2. Los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del presente contrato, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de la expedición de una primera copia para el Banco, así como los que origine su modificación o cancelación y los gastos e impuestos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en su caso, de las obras e instalaciones, conforme a la Cláusula SEGUNDA [...]».

En la contestación del empresario se arguye, entre otros motivos, la prescripción de la acción restitutoria de aquellos importes, en concreto, la recogida en el art. 1964 del Código Civil español (a la fecha del contrato era de 15 años, después reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, [pasó a ser de] 5 años, y con un sistema de transitoriedad).

Se nos plantean serias dudas sobre la compatibilidad de la prescripción de la acción restitutoria con el principio de equivalencia en materia de protección de consumidores dispensada por la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril.

TERCERO.- Posición de las partes respecto de la cuestión litigiosa.

Se efectuaron alegaciones por la parte actora en las que expone, en síntesis, que, tras la STJUE de 25 de enero, la única opción validada para el cómputo del *dies a quo* de la prescripción es la declaración de la nulidad de la cláusula.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Normativa de la Unión Europea y española.

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29; en lo sucesivo, «Directiva»).
- 2 Esta petición se ha planteado en el marco de un litigio en el que se ejercita una acción de nulidad absoluta de una cláusula que imputa al consumidor prestatario todos los gastos generados por el otorgamiento del préstamo, siendo partes litigantes D. como actor, y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S. A., como demandada.

Marco jurídico.

Derecho de la Unión.

Directiva 93/13

- 3 El artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva está redactado como sigue:

«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»
- 4 El artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva establece:

«Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.»

El art. 6.1. dispone:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. [...]»
- 5 El artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva establece:

«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.»

Derecho español

- 6 En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n.º 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686).
- 7 La Ley General 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva.
- 8 Por último, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [en lo sucesivo, «TRLGDCU»] (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181), se estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.
- 9 A tenor del artículo 82 del [TRLGDCU]:

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

[...]

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
 - e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
 - f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.»
- 10 El art. 83 del [TRLGDCU], determina:
- «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas [...]».
- 11 [Según el] art. 6.3 del Código Civil español:
- «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».
- 12 [Según el] art. 1964.2 del Código Civil español, en la redacción, correspondiente al contrato litigioso:
- «La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los quince».
- 13 El art. 1964.2 del Código Civil español, fruto de la reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre[, establece]:
- «Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación [...]».
- En esta ley se recoge la disposición transitoria quinta que dispone:
- «Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes.
- El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el art. 1939 del Código Civil».
- El art. 1939 del Código Civil establece:
- «La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuera puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».
- 14 [Según el] art. 1303 del Código Civil español:

«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses [...]».

Este precepto y sus concordantes regulan la anulabilidad o nulidad relativa, si bien, a efectos de restitución de prestaciones se aplica también, jurisprudencialmente, a la nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho, y tanto de un contrato, como de alguna o algunas de sus cláusulas.

SEGUNDO.- Justificación de la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria.

La presente cuestión tiene por objeto poner de manifiesto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) las dudas que nos suscita la posibilidad de **disociar** la nulidad de condiciones generales por abusividad y sus efectos, en relación con la **prescripción**, basándonos en el **principio de equivalencia**. Lo explicamos a continuación.

Como cuestión preliminar y en respuesta a las alegaciones de la parte actora, debe repararse en que no se está cuestionando el día inicial de cómputo de la prescripción, [*omissis*]. [Precisiones acerca de una cuestión que no es objeto del litigio] Lo que vamos a plantear es la posibilidad de la prescripción misma al poder conculcar el principio de equivalencia (sobre el de efectividad ya se ha pronunciado el TJUE).

La **STJUE de 16 de julio de 2020** ha abordado hasta trece cuestiones prejudiciales a raíz de los planteamientos de dos órganos judiciales españoles, mas nosotros vamos a centrar estas líneas en un único aspecto, cual es la cuestión decimotercera que se recoge en los apartados 80 a 92, ambos inclusive, y que lleva por título: *Sobre la decimotercera cuestión prejudicial en el asunto C-224/19, relativa a la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción.*

Analizaremos uno a uno los distintos apartados, reparando en mayor medida en los que nos parecen de mayor relevancia, a efectos de esta cuestión.

A) Argumentos de la STJUE de 16 de junio de 2020

80. [...] el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si 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 una jurisprudencia nacional que prevé 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, aunque, en virtud de la legislación nacional, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.

En este apartado se refiere el planteamiento de la propia cuestión prejudicial, y en los artículos citados se contiene la exigencia de no vinculación de las cláusulas abusivas y el principio de efectividad

81. A este respecto, debe recordarse que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor (sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, apartado 38).

En este fundamento el TJUE recuerda que no es posible, por contravenir la Directiva 93/13, el someter a un plazo de preclusión (caducidad o prescripción, en nuestro ordenamiento) la declaración de abusividad de una cláusula contractual, esto es, el ejercicio de una acción tendente a tal pronunciamiento podría plantearse en cualquier tiempo, y ello es concordante con el derecho y doctrina jurisprudencial española, con arreglo a los que la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, por causa de contravenir normas imperativas no está sometida, como regla general, a plazo alguno. Sentado lo anterior, el quid reside en determinar si siendo imprescriptible la declaración de nulidad por abusividad cabe afirmar lo mismo respecto a los efectos restitutorios que derivan de la misma, o más concretamente, si una normativa o doctrina jurisprudencial interna que someta a plazo estos efectos sería conforme a la Directiva.

82. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 69).

Como se atisba en este fundamento, el TJUE ya apunta una disgregación entre la nulidad radical de la cláusula y sus efectos, pues nos recuerda que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos de preclusión es compatible con el Derecho de la Unión en aras de la seguridad jurídica.

83. A este respecto, debe señalarse que, a falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o

excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada).

El principio **autonomía procesal** puede entenderse como el que designa las situaciones en las que las normas internas de diversa naturaleza (material, procedimental o procesal) pueden afectar y modular la correcta o plena ejecución del Derecho de la Unión. En consecuencia, y aun cuando desde la órbita del Derecho interno, un plazo de prescripción o de caducidad no es propiamente una norma procesal, sino claramente sustantiva o material, sí cabría incardinarlo en aquella expresión, en cuanto es también un modo de ejecución o de incorporación por parte del Estado Miembro de una norma de derecho comunitario, en nuestro caso, la Directiva 93/13.

En cualquier caso, el propio Tribunal se cuida de señalar dos condicionantes, que son clásicos en las relaciones entre el derecho comunitario y el interno, por una parte, el **principio de equivalencia** que impone que la legislación nacional no puede tratar las reclamaciones basadas en el derecho comunitario de manera menos favorable que el derecho interno, y el principio de **efectividad**, conforme al cual la ejecución interna de la norma comunitaria no puede estar articulada de manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, y desde la perspectiva de la protección a los consumidores que dispensa la Directiva no deben perderse de vista aquellos principios, y en concreto en la cuestión analizada, como veremos, el principio de equivalencia tiene, a nuestro entender, un relevante protagonismo.

84. De lo anterior se sigue 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.

Lo expuesto en este apartado es corolario de lo anterior, es decir, se hace ya una primera afirmación en el sentido de que, por un lado, es conciliable, desde la normativa comunitaria de protección del consumidor, la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad por abusividad y la preclusión de la acción tendente a hacer valer los efectos restitutorios consecuenciales a la nulidad, de tal modo y manera que nos podríamos encontrar con una acción de nulidad que prospere, porque no tiene límite temporal, y al tiempo con unos efectos de tal nulidad podados por la preclusión. Esto, vaya por delante, y nos llama la atención, parece poco acorde con la finalidad tuitiva, incluso hasta el extremo, de los consumidores, y sobre ello razonaremos más abajo.

Ciertamente, aquella disociación la tamiza el tribunal acudiendo a los principios de equivalencia y efectividad, pero aun así no deja de ser sorprendente.

85. Por lo que se refiere, más concretamente, al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y 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 (sentencia de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537, apartado 48 y jurisprudencia citada).

Este fundamento se centra en el principio de efectividad, y alude a los filtros a los que ha de someterse la «disposición procesal» como instrumento de ejecución de la norma comunitaria, aludiendo como elementos a tener en cuenta para tal análisis principios del sistema judicial nacional tales como el derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica o el buen desarrollo del procedimiento. Lo que advertimos en estos razonamientos es que repara, sustancialmente, en normativa procesal o procedimental, y la cuestión sometida por el órgano judicial español al TJUE no alude a una norma procesal, sino a una norma sustantiva cual es el plazo de ejercicio de una acción (sea de prescripción o de caducidad), en concreto, las dudas se suscitan en la posible aplicación a los efectos restitutorios del plazo de prescripción del art. 1.964 del CC español, con lo cual de aquellos principios, es el de seguridad jurídica el atinente al caso. Dicho de otro modo, habrá que abordar si el establecer un plazo de ejercicio, por ejemplo de prescripción, a la acción de restitución a la situación anterior a la generada por la cláusula nula (cuya declaración, recordemos es inmune al tiempo) viene demandado por el principio de seguridad jurídica.

En cualquier caso, aquella expresión de «disposición procesal» puede salvarse acudiendo a la definición que hemos realizado del principio de «autonomía procesal» entendiendo el vocablo «procesal» en sentido lato, esto es, como un modo de ejecutar o hacer valer la norma comunitaria en el ámbito interno, sea a través de preceptos sustantivos o propiamente procesales.

86. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea la eventual aplicación del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva de un contrato de préstamo hipotecario.

Como señalamos en el apartado precedente, la norma interna española, sometida a escrutinio del Alto Tribunal, es un plazo de prescripción general contenido en el art. 1964, apartado 2, del CC español, establecido para las acciones personales que no tengan plazo especial, plazo que era de quince años y que por mor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha pasado a ser de cinco[. En la redacción vigente del artículo 1964, apartado 2, del CC] se dispone: «Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación [...]».

Además, ha de ser tenido en cuenta, lo que es de importancia para las acciones ligadas a la nulidad de cláusulas abusivas, el régimen transitorio establecido por la D.T. 5.ª de dicha ley, y la interpretación jurisprudencial al respecto (v.gr. Sentencia del Tribunal Supremo español 29/2020, de 20 de enero, en adelante STS).

La circunstancia mencionada en el apartado de la inclusión en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria es irrelevante a estos efectos.

87. Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Véneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

El TJUE pone ejemplos de plazos de prescripción de tres o dos años que han sido considerados por el propio Tribunal como acordes con el principio de efectividad, con lo cual el mayor plazo de cinco años del art. 1.964.2 del CC español, sería respetuoso con el principio de efectividad en tanto en cuanto no hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos otorgados por la Directiva, si bien, después de señalar su criterio deja a salvo la apreciación del órgano jurisdiccional interno.

En consecuencia, es opinión del Alto Tribunal comunitario que no contraviene la Directiva 93/13 la fijación de un plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de la acción tendente a verse restituido el consumidor de los adversos efectos de una cláusula abusiva, aun cuando su ineficacia o nulidad puede ser interesada en cualquier momento, a diferencia, pues, de sus efectos.

Veamos los dos precedentes citados:

1ª. STJUE 15 de abril de 2010 C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 28:

10

Por lo que respecta al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ha reconocido la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la fijación de plazos razonables de recurso de carácter preclusivo, en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración interesados. En efecto, unos plazos de este tipo no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. A este respecto, un plazo nacional de preclusión de tres años parece razonable (véanse, en este sentido, las sentencias Aprile, antes citada, apartado 19, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, Rec. p. I-0000, apartado 32 y la jurisprudencia citada).

De la lectura de la referida sentencia resulta que no estamos en un supuesto como el abordado por la STJUE objeto de comentario, y es que en ésta se defiende que los efectos de una nulidad absoluta de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor pueden estar sujetos a plazo, aunque nunca la nulidad misma, y en el supuesto enjuiciado por aquella resolución se trataba de una acción tendente a obtener un complemento especial de antigüedad por la prestación de servicios durante un determinado tiempo por un trabajador migrante, y se afirmaba que la misma podía estar sometida a un plazo de prescripción (se entendía que tres años era suficiente) pero no era un caso de ruptura de la unidad de un pronunciamiento y sus consecuencias o efectos inherentes, es decir, la acción no se escindía en reconocimiento y pago, aplicando preclusión o no a cada uno de estos extremos, no se asumía tal artificio, sino que simple y llanamente se entendía que un plazo de prescripción de tres años para el ejercicio de una declaración de reconocimiento en Austria de un complemento de antigüedad, teniendo en cuenta servicios prestados por el demandante en Alemania (de donde era nacional) era un plazo razonable que no contravenía el principio de efectividad en relación con el art. 7, apartado 1, del Reglamento n.º 162/1968, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, y que proscribía un tratamiento desigual entre los trabajadores nacionales y los de otros Estados miembros, en lo que atañe a sus condiciones de trabajo. No había más.

2ª. STJUE de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartados 25, 26 y 27:

25. Así sucede con un plazo de prescripción de dos años, puesto que, en principio, dicho plazo permite al sujeto pasivo normalmente diligente hacer valer útilmente los derechos que le corresponden según el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Alstom Power Hydro, antes citada, apartados 20 y 21). Tal afirmación es válida igualmente para un plazo de prescripción de dos años en el ámbito del derecho a la devolución del IVA pagado indebidamente a la Administración tributaria.

26. *El Tribunal de Justicia ha declarado igualmente que no se vulnera el principio de efectividad en el supuesto de un plazo nacional de prescripción supuestamente más ventajoso para la administración fiscal que el plazo de prescripción en vigor para los particulares (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Q-Beef y Bosschaert, C-89/10 y C-96/10, Rec. p. 1-0000, apartado 42).*

27. *En consecuencia, el establecimiento de un plazo de prescripción específico de dos años durante el cual el sujeto pasivo puede reclamar a la Administración tributaria la devolución del IVA percibido indebidamente, siendo así que el plazo de prescripción de las acciones de devolución del pago indebido objetivo entre particulares es de diez años, no es, en sí, contrario al principio de efectividad.*

Se sostenía en esta resolución que el principio de efectividad no se opone a una normativa nacional relativa a la devolución de los ingresos indebidos (en el caso IVA) que establece un plazo de prescripción más largo para la acción de Derecho civil de devolución de lo indebido ejercitada por el destinatario de los servicios en contra del prestador de éstos, sujeto pasivo del impuesto sobre el valor añadido, que el plazo de prescripción específico establecido para la acción de devolución de Derecho tributario ejercitada por dicho prestador de servicios contra la Administración tributaria, siempre que dicho sujeto pasivo pueda efectivamente solicitar la devolución de ese impuesto a esta Administración, concretando que un plazo de dos años era razonable a este efecto.

Como constatamos, en este caso se trataba de un litigio entre la administración tributaria italiana y una entidad financiera, y en cuyo seno esta última interesaba la recuperación de un ingreso tributario (IVA) indebido, manteniendo el tribunal que el principio de efectividad permitía la existencia de plazos diversos para el ejercicio de acciones frente al destinatario del ingreso y contra el prestador de servicios. Bien advertimos que tampoco es asimilable este supuesto, y es que se trataba de relaciones jurídicas diversas (administración tributaria-administrado y prestador-destinatario del servicio) y de también diferente naturaleza (pública y privada, respectivamente). Ello nada tiene de concomitante con la diferenciación dentro de la misma relación jurídica y entre las mismas partes de la inexistencia de preclusión para la acción de nulidad e imponer un plazo de prescripción para sus efectos restitutorios.

No parece, pues, que los ejemplos recogidos por la sentencia sean sustento suficiente de la tesis que mantiene.

88. *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.

En este número, y asumida la bondad de fijar un plazo de prescripción para la acción restitutoria, se cuestiona un extremo nuevo cual es el *dies a quo*, en concreto se expone la duda suscitada acerca de si la fijación del día inicial en el momento de la celebración del contrato en el que se inserta una cláusula abusiva es conforme con el principio de efectividad, y es en los fundamentos siguientes donde se desarrolla el análisis y se da respuesta.

89. Del auto de remisión se desprende que este plazo, fijado en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil, parece empezar a correr a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Ante la duda del TJUE («parece empezar a correr [...]») qué mejor modo que transcribir el art. 1.964.2, del CC: «Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años **desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación** [...]». Hemos resaltado en negrilla la frase que pone de manifiesto que el día inicial no concuerda con la «conclusión» del contrato, sino que lo refiere al momento en «que pueda exigirse el cumplimiento» que es algo diverso y que no tiene necesariamente que coincidir con la fecha de firma, celebración o perfección del contrato.

La expresión «desde que pueda exigirse» empleada por el art. 1964.2 del CC, o la «desde el día que pudieron ejercitarse» recogen el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir) y que es recogido por la doctrina jurisprudencial (v.gr. STS 279/2020, de 10 de junio, entre otras muchas).

90. A este respecto, 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).

Expone el TJUE que es posible que los consumidores desconozcan la naturaleza abusiva de la cláusula incluida en el contrato o no perciban la amplitud de los derechos de la Directiva, y, precisamente, la dicción del art. 1.964.2 del CC («desde que pueda exigirse el cumplimiento [...]») tiene amplitud suficiente para recoger los supuestos ejemplificados por el tribunal europeo, y es que, reiteramos, la norma no fija el *dies a quo* en la «celebración» del contrato. Cuestión diversa será examinar si el desconocimiento bien de la abusividad de la cláusula, bien de los derechos que reconoce la directiva, es un elemento suficiente para fijar el día inicial en el conocimiento de tales extremos, o al menos en la posibilidad de

tenerlo, cuestión sobre la que habrán de pronunciarse los tribunales españoles. Por ejemplo, una doctrina jurisprudencial que fijara criterio ante la nulidad de una cláusula, existiendo dudas serias sobre este extremo, podría inclinarnos a determinar el día inicial en la publicación de esta resolución, y, al contrario, cuando un determinado tipo de cláusula ya tiene tras de sí un nutrido cuerpo jurisprudencial de abusividad, si se concierta el contrato con posterioridad podría iniciarse el cómputo desde su propia celebración. La casuística es mucha y de perfiles difusos, y ya ha habido pronunciamientos al respecto, incluso del propio Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (véase la reciente **STJUE de 25 de enero de 2024**).

91. Pues bien, 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.

Como razonamos antes, el precepto no establece el día inicial de cómputo en la firma o celebración, ni tampoco la doctrina jurisprudencial que lo viene interpretando y es que hasta el momento lo que se ha hecho es desterrar hipótesis.

92. Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que 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.

En este apartado se sintetiza todo lo anteriormente argumentado, respondiendo a la cuestión planteada con dos afirmaciones, la primera, que no se opone a la Directiva 93/13, y en concreto a su art. 6, apartado 1 y art. 7, apartado 1, el establecimiento, bien legal, bien jurisprudencial, de un plazo de prescripción para la acción restitutoria de una declaración de nulidad, escindiendo así la acción de nulidad y la tendente a su efectividad, y, en segundo lugar, que el día inicial de cómputo del plazo de prescripción y duración están sometidos a la exigencia de que no se haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de la acción restitutoria, extremos estos últimos que se dejan a criterio de los tribunales nacionales, si bien previamente ha suministrado algunas pautas al respecto.

B) Disociación entre nulidad y restitución.

Es frecuente que, ante el ejercicio de una acción de nulidad por abusividad con los efectos restitutorios que acarrea, se alegue por las entidades financieras respecto al reintegro, bien la caducidad con apoyo en el art. 1301 del CC, bien la prescripción al amparo del 1964 del mismo cuerpo legal.

En primer lugar, conviene reparar en que no estamos en presencia de una nulidad relativa, sino ante una nulidad por abusividad de una condición general, esto es, en aplicación de lo dispuesto en el art. 8.2 Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, y arts. 82 y ss. del TRLGDCU, de 16 de noviembre de 2007. Nos encontramos ante una **nulidad de pleno derecho** que no está sometida al plazo de la anulabilidad del art. 1301 del CC.

En el sentido de no aplicar la caducidad a la nulidad de pleno Derecho podemos citar las SSTs de 29 de abril de 1997, 14 y 18 de octubre de 2005; y específicamente acerca de la nulidad de pleno Derecho por abusividad, véanse, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de octubre de 2017, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de mayo de 2017.

Y ya más recientemente, distinguiendo la nulidad por abusividad y la nulidad relativa, podemos hacer cita de la reciente STS de 16 de octubre de 2017 en la que se expone:

En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, declaramos:

«No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.

Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su

totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses».

3.- Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

4.- Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor.

La STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto, en sus párrafos 41 y siguientes, declaró que con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. A la luz de estos principios, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

La STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, caso Pannon, declaró en su párrafo 23 que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula».

Este Tribunal Supremo ha asumido esta jurisprudencia comunitaria y en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, párrafos 110 y siguientes, declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales.

5.- Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan).

Pero es que, además, para descartar la aplicación del art. 1.301 del CC no nos encontramos ante **la nulidad de un contrato, sino de una cláusula.**

El propio TJUE es uniforme en calificar la nulidad de las cláusulas abusivas como una nulidad de pleno derecho y no sometida a plazo alguno de ejercicio, y al efecto, basta remitirnos a la propia sentencia objeto de comentario.

Ahora bien, tras lo anterior el Alto Tribunal comunitario ha «bendecido» la posibilidad de someter a preclusión la acción restitutoria, cierto es con los condicionantes de día inicial de cómputo y duración que apunta, pero en todo caso es tajante en el reconocimiento de la posibilidad de que en el ordenamiento interno se instaure un plazo de preclusión, bien de caducidad (de naturaleza más restringida) bien de prescripción, ligado a los efectos de aquella nulidad absoluta e imprescriptible.

Con tal tesis se produce una **disociación** entre la caducidad o prescripción de la acción de nulidad y la de reintegro de las prestaciones, consecuenta a la misma.

La caducidad o la prescripción se predica de la acción ejercitada, en nuestro caso la nulidad de pleno derecho de una cláusula contractual, y, por lo tanto, tanto la nulidad en sí como las consecuencias o efectos que la misma acarrea no son acciones distintas que puedan admitir caducidad o prescripción una (la de reintegro de prestaciones) y no otra (la nulidad de pleno derecho). De este modo, no estando sometida a caducidad ni prescripción la nulidad absoluta tampoco lo han de estar los efectos de la misma, efectos que para la nulidad radical son los propios de la nulidad relativa, según doctrina jurisprudencial reiterada. Por otro lado, entenderlo de otro modo, esto es, disociando uno y otro extremo de la pretensión, llegaríamos al absurdo de que la nulidad absoluta **operara en el vacío**, no tuviera consecuencia alguna, pues aún declarada su existencia (no sometida a caducidad ni prescripción) no se podrían devolver las prestaciones si se apreciase prescrito o caducado este extremo de la acción.

La jurisprudencia comunitaria en interpretación de una norma de naturaleza claramente tuitiva del consumidor permite escindir la nulidad de sus efectos, abocando al mismo a situaciones de éxito pírrico, a saber, podrá siempre y en todo tiempo obtener la nulidad de la cláusula, pero verá cercenado su derecho, si no prácticamente anulado, al ver sometido los efectos de la nulidad a un plazo de prescripción, incluso de dos o tres años (como ejemplifica en el cuerpo de la sentencia).

Para ser didácticos, pensemos en algún ejemplo: Se ejercita una acción de nulidad por abusividad de una cláusula suelo, y como efecto de ella se interesa que se reintegre al consumidor la diferencia entre el interés convenido con aquella limitación y el que resultaría de su inaplicación. De apreciarse que en efecto la cláusula es nula, y de haberse ejercitado fuera del plazo de prescripción (el que sea, de dos, tres, cinco años...) el consumidor no obtendría el más mínimo resarcimiento, pese a la nulidad radical de la cláusula.

Esta tesis de la disgregación puede orillar, además, el **efecto disuasorio** tan profusamente proclamado por la jurisprudencia comunitaria (v.gr. STJUE de 21

de diciembre de 2016, C-154/15, que hizo aplicación de este efecto disuasorio para mantener la obligación de restitución consecuente a la nulidad de una cláusula abusiva). En efecto, si se consiente que los efectos restitutorios de la acción de nulidad por abusividad dispongan de un régimen más beneficioso (claramente ventajoso para las entidades que utilizan condicionados generales) para la restitución nos alejamos de la finalidad de que las cláusulas abusivas no se incorporen, pues estará siempre presente la tentación de su incorporación ante la posibilidad de que aun cuando sean declaradas nulas no conlleven perjuicio alguno para la entidad que elabora las condiciones generales, en razón precisamente a una posible prescripción. En otras palabras, abriendo la puerta a la prescripción de la restitución se ponen en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 (cesar en el uso de cláusulas abusivas), y ello en tanto en cuanto, otorgar la facultad de la excepción perentoria de prescripción contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que la nulidad y también los efectos restitutorios inherentes puedan hacerse valer sin preclusión alguna, en cualquier tiempo, en la medida en que los profesionales podrían verse inclinados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, los efectos restitutorios no habrían de producirse siempre y de modo necesario.

Expuesto lo anterior, hemos de atenernos a la doctrina de aquel Alto Tribunal.

El objeto de nuestro planteamiento no es rebatir la afirmación de que la posibilidad de prescripción de efectos de una nulidad por abusividad imprescriptible no conculca el principio de efectividad, ni adentrarnos, asumida esta tesis, en los variados hitos del *dies a quo* de la prescripción de la acción restitutoria (sobre este particular el propio Tribunal Supremo español, además de algún otro tribunal, ha planteado una cuestión prejudicial comunitaria en ATS de 21 de julio de 2021, e incluso el propio TJUE se ha pronunciado recientemente sobre algunos aspectos en **STJUE de 25 de enero de 2024**, C-810/21, Caixabank, C-811/21 BBVA, C-812/21 Santander, y C-813/21, Banco Sabadell), ni tampoco qué plazo de prescripción sería el razonable.

La duda que suscitamos es si la prescripción de la acción restitutoria de una nulidad imprescriptible por abusividad puede conculcar el principio de equivalencia.

El único recurso que nos resta en la órbita interna es la posibilidad de echar mano del **principio de equivalencia**, como instrumento corrector y tabla de salvación de las perniciosas consecuencias del desmembramiento entre nulidad y restitución. Así, y recogiendo la propia doctrina del TJUE, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 si bien corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos, no obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno. Y es en el examen de

nuestra legislación y doctrina jurisprudencial donde encontramos elementos para poner coto a la bifurcación entre acción de nulidad y acción restitutoria.

En primer lugar, no hay en nuestro ordenamiento interno, que conozcamos, supuesto alguno en el que la nulidad y sus efectos corran por caminos separados en cuanto a la preclusión. Por ejemplo, y en materia de nulidad, el socorrido art. 1.301 en relación con el art. 1.303, ambos del Código Civil (en adelante CC) establecen un régimen único de caducidad de cuatro años, sin discriminar entre nulidad y restitución. Y lo mismo acontece en los supuestos de imprescriptibilidad recogidos en el Código Civil español, y es que no parece posible que, por ejemplo, declarando imprescriptible una acción de partición se puede someter a preclusión la entrega de los bienes adjudicados, o que siendo imprescriptible una acción de deslinde se pueda ver afectado por prescripción el amojonamiento, o, que siendo la acción de separación imprescriptible [si] se aplique tal instituto a la disolución del régimen económico de gananciales como efecto de tal pronunciamiento (art. 95 del CC), o que la nulidad de pleno derecho de los préstamos usurarios pueda someterse a prescripción, cuando la Ley de 23 de julio de 2009 regula los presupuestos de la nulidad y sus efectos, sin asomo alguno de plazo de ejercicio. Y, en fin, el art. 6.3 del CC cuando establece la nulidad radical de los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas no recoge posibilidad alguna de diferenciar entre la nulidad y los efectos.

En el ámbito de la doctrina jurisprudencial tampoco hay una sola resolución del Tribunal Supremo que de modo meridiano, al menos que sepamos (si bien ha de reconocerse que ciertas resoluciones judiciales de la «jurisprudencia menor» sí han iniciado este camino, como por ejemplo, por citar algunas recientes, las SSAP de Valencia de 5 de noviembre de 2019 y 1 de febrero de 2018), instaure un diferente régimen de preclusión para la nulidad y sus efectos, de tal modo que, si la acción es imprescriptible, también lo son sus efectos, y al contrario. Y es que todo parte de la indisolubilidad entre nulidad y consecuencias.

En concreto, en la **STS 491/2018, de 14 de septiembre**, se impide disociar el plazo de prescripción de los daños y perjuicios del incumplimiento que los genera cuando afirma:

[...] la cuestión jurídica controvertida radica en determinar si la reparación de los daños causados por el incumplimiento del deber de conservación que impone el artículo 10.1 LPH a la comunidad de propietarios está sujeta al plazo de prescripción de un año —por tratarse de un supuesto de responsabilidad extracontractual— o al plazo general de quince años —actualmente cinco años— por tratarse de una acción personal sin plazo especial de prescripción sujeta a lo dispuesto por el artículo 1964 CC. La tesis que sostiene la sentencia recurrida es que la exigencia de cumplimiento de la obligación de conservación del artículo 10.1 LPH está sujeta al plazo general de las acciones personales y, sin embargo, la de exigencia de indemnización de los daños y perjuicios causados por dicho

incumplimiento lo está al plazo de prescripción de un año propio de la responsabilidad extracontractual.

Para resolver la cuestión controvertida es necesario tener en cuenta que la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados parte de la afirmación, no discutida, de que los daños y perjuicios que se dicen producidos nacen precisamente del incumplimiento de una obligación legal que a las comunidades de propietarios impone el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en el sentido de llevar a cabo las obras que resulten necesarias para el mantenimiento y conservación de los elementos comunes, de modo que no causen daño alguno a otros bienes comunes o a los privativos. Se trata de una obligación legal, en el sentido a que se refiere el artículo 1089 del Código Civil, que no resulta asimilable a las derivadas de actos u omisiones ilícitas, que comprenden un ámbito distinto y a las que resulta de aplicación el plazo de prescripción anual del artículo 1968-2.º. No cabe disociar el plazo de prescripción para exigir el cumplimiento de las obligaciones legales del correspondiente a la acción para exigir las consecuencias dañosas de dicho incumplimiento, por lo que no puede ser compartida la posición sostenida al respecto por la sentencia impugnada que, en consecuencia, habrá de ser casada puesto que la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada no está prescrita al ser aplicable el plazo de cinco años, según la redacción del artículo 1964 del Código Civil que resulta aplicable.

Ciertamente, en el **ATS de 22 de julio de 2021**, en el que se plantea una cuestión prejudicial comunitaria, se citan dos sentencias del Alto Tribunal que ya parecen dar a entender la posible separación, mas en la **STS 747/2010, de 30 de diciembre**, se analiza un supuesto muy singular (caso de la marca «Havana Club»), y se trata de una sola resolución, y en la **STS de 27 de febrero de 1964** es un mero *obiter dicta*, pues el tribunal asume que se está ante un supuesto de anulabilidad y no de nulidad radical. Por otro lado, del planteamiento de la propia cuestión que lo es para que el TJUE esclarezca el *dies*, cabe inferir que, finalmente, el Tribunal Supremo optará por la disociación, sin embargo, tal pronunciamiento no se ha producido, con lo cual mantenemos los argumentos transcritos.

Además, **el propio Tribunal Supremo ha vetado la disociación entre nulidad y prescripción en la STS 178/2013, de 25 de marzo**, cuando razonó:

Argumentan que, si bien la acción declarativa de una simulación no prescribe —como había establecido el Tribunal de apelación—, si lo hace la restitutoria, implícitamente ejercitada con aquella y dirigida a restablecer, respecto de los bienes objeto del contrato nulo, el estado posesorio anterior a su celebración.

A partir de tal afirmación añaden que el plazo fijado en el artículo 1964 para la prescripción de la acción específicamente dirigida a producir ese

efecto restitutorio —en cuanto personal y no sometida a un régimen especial— había vencido cuando se interpuso la demanda, contando el tiempo desde que el contrato se celebró.

II. No tienen en cuenta las recurrentes que el Tribunal de apelación declaró que la enajenación de las acciones fue simulada y, por tal, que sólo existió en apariencia, tanto en su génesis, como en su ejecución.

En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada —«ex nihilo nihil»—.

Precisamente el negocio simulado se define como aquel en el que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto —«colorem habet, substantiam vero alteram»— o puede no ocultar nada —«colorem habet, substantiam vero nullam»—.

La tesis disgregadora rebatida nos lleva, además, en el ordenamiento interno, a situaciones rayanas en el absurdo. En efecto, en un supuesto de anulabilidad por vicio en el consentimiento, si aplicamos el plazo de caducidad de cuatro años a la propia acción de nulidad (art. 1.301 del CC) y el de cinco (art. 1.964 del CC) a los efectos restitutorios del art. 1.303 del CC, nos podemos encontrar con la situación de que la acción de nulidad esté caducada y, sin embargo, la acción restitutoria no esté prescrita, y aun sin prescripción es claro que no podría prosperar al faltar su presupuesto, la nulidad.

Otro argumento más de lo inconsistente de tal postura es que en aquellos supuestos en los que ambas partes han de restituirse prestaciones (v.gr. la entidad financiera y el consumidor) cada una de sus pretensiones de devolución estaría sometida al plazo de prescripción, con resultados eventualmente diversos.

Sabido es que en nuestro ámbito civil y como nos recuerda la STS de 25 de marzo de 2015, la nulidad «exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est, nullum producit effectum*». Admitiendo la prescripción de los efectos restitutorios, la nulidad (de pleno derecho, absoluta, radical, imprescriptible, no susceptible de convalidación, sanación o subsanación...) sí podría producir efectos por mor de la prescripción, contraviniendo así aquella regla.

Hasta tal punto está ligada la nulidad con sus efectos, que el propio Tribunal Supremo ha mantenido que ni siquiera es preciso interesar los efectos de aquélla, pues se producen de modo automático, la restitución de prestaciones es un efecto *ex lege* de la nulidad (v.gr. SSTS 537/2019, de 10 de octubre, precisamente en

nulidad por abusividad, 716/2016, de 30 de noviembre, o 102/2015, de 10 de marzo).

Si se pretende armonizar la protección de los consumidores con el principio de seguridad jurídica recójase un plazo de caducidad/prescripción, de duración razonable, para instar la propia nulidad, pero es un artificio jurídico dividir la nulidad y sus efectos.

Si aplicamos la teoría de la disociación a los consumidores, cuando al tiempo en otras relaciones jurídicas no existe tal diversidad, podríamos atentar al **principio de equivalencia**. Esta situación nos suscita serias dudas que pretendemos aclarar con el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria (art. 267 TFUE y art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

[*omissis*] [cuestión prejudicial reproducida en la parte dispositiva] [*omissis*]

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO suspender el procedimiento hasta la resolución del incidente prejudicial y el planteamiento de la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

¿Contraviene la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el principio de equivalencia aplicar la posibilidad de disociar nulidad por abusividad y efectos restitutorios, manteniendo la imprescriptibilidad de la nulidad y al tiempo la prescriptibilidad de la acción restitutoria, cuando en el ordenamiento interno español no hay norma alguna, ni doctrina jurisprudencial que lo aplique a otras relaciones jurídicas?

[*omissis*] [Formalidades procesales] [*omissis*]