

REPENSAR LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA RESTITUCIÓN EN VIRTUD DE UNA CLÁUSULA NULA DE REPERCUSIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS. (I) LOS PLAZOS*

Ángel Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Centro de Estudios de Consumo

Resumen: En estos dos documentos sucesivos trato de reconstruir una solución distinta a la que el TJUE y el TS han consagrado a propósito del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos que se pagaron sobre la base de una cláusula abusiva de asignación al deudor de los gastos hipotecarios. La tesis consagrada es un paralogismo, porque bajo la apariencia de buscar un determinado término a quo del plazo, lo que hace es atribuir a la acción de recuperación un régimen de imprescriptibilidad equivalente al de la acción de nulidad. En el segundo documento, y a pesar de las críticas vertidas en el primero, propongo una solución original para salvar en los hechos, pero de otra forma, la resolución de los casos decididos bajo el paraguas de la imprescriptibilidad.

Palabras clave: Prescripción extintiva, restitución, cláusula nula, gastos hipotecarios, plazos.

Title: Rethinking the extinctive prescription for restitution under an invalid mortgage charge clause. (I) Time limits.

* Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i PID2021-128913NB-I00, titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 "El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final" cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García y de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado "Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible", con Ref.: 2022-GRIN- 34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>

Abstract: In these two successive documents, I try to reconstruct a different solution to that which the CJEU and the SC have enshrined with regard to the limitation period of the action for restitution of expenses paid on the basis of an abusive clause assigning mortgage expenses to the debtor. The thesis enshrined is a paralogism, because under the appearance of seeking a certain term a quo of the term, what it does is to attribute to the action for recovery a regime of imprescriptibility equivalent to that of the action for nullity. In the second paper, and in spite of the criticisms made in the first, I propose an original solution to save in fact, but in another way, the resolution of cases decided under the umbrella of imprescriptibility.

Key words: Extinctive prescription, restitution, null and void clause, mortgage expenses, time limits.

SUMARIO: 1. PARECE QUE LLEGO TARDE; 2. JUSTO ANTES DE LA DÈBACLE: LA PROPUESTA INTERPRETATIVA DE MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ A PROPÓSITO DE LAS SSTJUE 25 ENERO 2024 Y (DOS) 25 ABRIL 2024; 3. LA STS 857/2024, DE 14 JUNIO Y SUS PRECEDENTES EUROPEOS; 4. "ENANOS SUBIDOS A HOMBROS DE GIGANTES"; 5. PARALOGISMOS: LO QUE PARECE SOSTENERSE Y LO QUE PROPIAMENTE SE SOSTIENE; 1. Y AHORA UNA FALACIA DE MI PROPIA COSECHA; 7. ¿POR QUÉ LA ACCIÓN DECLARATIVA ARRASTRA A LA DE CONDENA?; 8. UNA PROPUESTA SOBRE EL DIES A QUO DE LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA; 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. PARECE QUE LLEGO TARDE

Hace siete años que escribí en *CESCO* sobre el asunto de referencia ["A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios", Septiembre 2017] y no pensé entonces que el folletón fuese a durar tanto.

Después de todo el agua que ha pasado bajo el puente de la prescripción de la reclamación de devolución de estos pagos, y la especie de *pax perpetua* impuesta sobre el asunto por el TJUE y, a su dictado, por el TS español, parecería poco productivo volver sobre los viejos pasos y pretender hacer algo más que una glosa correcta de las resoluciones judiciales. Sin embargo, creo que la verdad importa, aunque fracase frente a la potencia de lo fáctico. Y probablemente es ahora, pasado el tiempo de proponer cosas útiles, cuando el ejercicio de desentrañar la verdad y desenmascarar el error dominante se hacen más apetecibles, y menos sospechosos de parcialidad, porque la búsqueda ya no promete ninguna consecuencia.

2. JUSTO ANTES DE LA DÈBACLE: LA PROPUESTA INTERPRETATIVA DE MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ A PROPÓSITO DE LAS SSTJUE 25 ENERO 2024 Y (DOS) 25 ABRIL 2024

En un extenso, profundo y detallado estudio publicado en mayo de 2024 en el número 50 de la *Revista CESCO de Derecho de consumo* ("Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos"), Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ sintetizaba su propuesta interpretativa de la siguiente forma. La SSTJUE 25 enero 2024 y las dos SSTJUE 25 abril 2024, que resuelven tres cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles, se ocupan de la prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios. En contra de lo que mayoritariamente se ha afirmado, estas SSTJUE no establecerían cuál es el *dies a quo* de la acción de restitución de los gastos, ni exigen que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para que el plazo de prescripción empiece a correr. Tampoco obligan a que en el derecho español el plazo de prescripción comience con la sentencia declarativa de nulidad. Desde estas premisas, en el derecho español lo más adecuado es -palabras del autor- configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un supuesto de suspensión de la prescripción, y no como un requisito de producción del *dies a quo*.

Reproduzco (parcialmente) a continuación las Conclusiones del estudio del prof. MARÍN LÓPEZ, sólo en la medida en que pueden ser el presupuesto de mi posterior desarrollo personal

1. La STJUE 25.1.2024 y las dos SSTJUE 25.4.2024 no modifican la doctrina anterior del TJUE sobre prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula predispuesta abusiva.
2. En el derecho español no prescribe la acción declarativa de nulidad (por abusiva) de una cláusula predispuesta e impuesta en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor. Pero sí prescribe la acción de restitución de cantidades indebidamente abonados en aplicación de esa cláusula.
3. La acción de restitución de cantidades indebidamente abonados está sometida al plazo de prescripción del art. 1964.2 CC. Si la acción de restitución ha nacido antes del 7 de octubre de 2015, el plazo es de quince años; pero la acción prescribirá, como muy tarde, el 28 de diciembre de 2020, aunque no hayan transcurrido esos quince años. En cambio, si la acción de restitución ha nacido el 7 de octubre de 2015 o después, al plazo de cinco años de prescripción habrá que sumar, en su caso, los 82 días que estuvo suspendido el cómputo del plazo de prescripción por los RD 463/2020 y 537/2020.

4. Conforme al art. 1969 CC, el plazo de prescripción de la acción de restitución empieza a correr “desde el día en que pudieron ejercitarse”. Una adecuada interpretación del art. 1969 CC obliga a entender que para que el plazo de prescripción comience deben concurrir tres requisitos: (i) que exista la posibilidad jurídica de ejercitar la pretensión, esto es, que la pretensión haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; (ii) que el acreedor conozca, o debiera haber conocido si hubiera con la diligencia debida, los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar; y (iii) que el acreedor tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar.
5. En el caso de la acción de restitución de gastos indebidamente abonados, nace (y es jurídicamente ejercitable) cuando el consumidor abona esos gastos. Pero el consumidor tiene que conocer, o poder conocer actuando con la diligencia exigible, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. En el caso de la cláusula de gastos, son tres los hechos que fundamentan la acción de restitución de cantidades: que el consumidor ha celebrado un préstamo hipotecario, que ese contrato obliga al consumidor a abonar los gastos de constitución del préstamo hipotecario y que el consumidor, en cumplimiento de esa cláusula contractual, ha abonado todos esos gastos de constitución. El conocimiento de los dos primeros hechos no plantea dificultades. En cuanto al tercero, ese concreto dato lo conoce, como muy tarde, cuando recibe de la gestoría la documentación con todas las facturas del notario, registro de la propiedad, empresa tasadora y de la propia gestoría. En consecuencia, este es el día (*dies a quo*) en que empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados.
6. Sin tomar en consideración la jurisprudencia del TJUE, de los arts. 1964.2 y 1969 CC resulta que no cabe vincular el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución a la fecha en la que el consumidor conozca (o hubiera debido conocer, si hubiera actuado con la diligencia exigible) que la cláusula de gastos es abusiva y que, por esa razón, él tiene derecho a reclamar al prestamista la devolución de ciertas cantidades. A efectos de fijar el *dies a quo* es irrelevante cuándo el consumidor conoce (o podía haber conocido) que la cláusula de gastos es abusiva, o qué concreta norma o doctrina jurisprudencial ampara la anulación de la cláusula y la restitución de cantidades. La calificación de una cláusula como abusiva es una cuestión jurídica que, como tal, queda fuera de los hechos que el acreedor debe conocer para que se inicie el plazo prescriptivo.

7. Sin tomar en consideración la jurisprudencia del TJUE, en el derecho español no cabe fijar como *dies a quo* de la acción de restitución de gastos la fecha de la sentencia que declara abusiva la cláusula de ese concreto contrato.
8. El TJUE resuelve la cuestión de la prescripción mediante la STJUE 25.1.2024 y dos SSTJUE 25.4.2024. A pesar de su confusa redacción, estas sentencias no modifican la doctrina del TJUE sobre prescripción en materia de cláusulas abusivas.
9. La Directiva 93/13 no contiene reglas sobre prescripción. A pesar de ello, es doctrina consolidada del TJUE (SSTJUE 9.7.2020, 16.7.2020, 22.4.2021, 10.6.2021 y 8.9.2022) que la acción que declara la nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, y que no es contraria a la Directiva 93/13/CE la normativa nacional que somete la acción de restitución a un plazo de prescripción, siempre que ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad). Esta doctrina se mantendría en las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024.
10. En relación con la duración del plazo de prescripción, el TJUE entiende que se respeta el principio de efectividad un plazo que resulta materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo. El TJUE ha considerado que un plazo de prescripción de dos años respeta el principio de efectividad. Por eso también lo respeta un plazo de cinco, diez o quince años, que es el establecido en el derecho común español y en el derecho catalán.
11. En relación con el inicio del plazo de prescripción, el TJUE entiende que, para respetar el principio de efectividad, deben cumplirse dos requisitos: que el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que expire, y que desde ese momento (conocimiento) el consumidor disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo contra el prestamista.
12. El TJUE no establece cuál es el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos. Ni lo hace, ni puede hacerlo, porque no tiene competencia para ello, al tratarse de una materia no armonizada (compete al legislador nacional). Tampoco exige que el día en que empieza a correr el plazo prescriptivo el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer que la cláusula es abusiva. Ni siquiera aclara si es más adecuado vincular el *dies a quo* al momento de la celebración del contrato, del abono de los gastos, del cumplimiento íntegro del contrato o de la publicación de determinadas sentencias por el tribunal

supremo nacional o por el propio TJUE. El TJUE no se pronuncia sobre la idoneidad de estas fechas. Lo único relevante para el TJUE es que, sea cual sea la fecha en la que empiece a correr el plazo de prescripción (cosa que corresponde decidir al derecho nacional), se garantice el respeto al principio de efectividad, lo que significa que el consumidor debe conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo empiece a correr o expire, y que desde ese momento (conocimiento) ha de disponer de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Esta doctrina del TJUE se mantiene en las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024.

13. Si el plazo de prescripción de la acción restitutoria comienza cuando el consumidor obtiene una sentencia declarativa de nulidad, en la práctica se está haciendo a esta acción imprescriptible.
14. La STJUE 25.1.2024 establece que es contraria a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad la norma o jurisprudencia nacional que permite que el plazo de prescripción pueda transcurrir en su totalidad, aunque el consumidor no conozca ni pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. Esta regla ya estaba en la doctrina del TJUE. Por esa razón, es contraria al principio de efectividad la jurisprudencia española que admite la prescripción de la acción de restitución de gastos por el transcurso íntegro del plazo de prescripción, sin tener en cuenta si el consumidor ha podido conocer en algún momento el carácter abusivo de esa cláusula.
15. La STJUE 25.1.2024 sostiene que basta con que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire, siempre que desde ese momento el consumidor disponga de un plazo suficiente para ejercitar sus derechos. Conforme a lo expuesto, es respetuoso con la Directiva 93/13 configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un requisito del *dies a quo*, un caso de interrupción de la prescripción, de suspensión de la prescripción o de posposición de la terminación del plazo de prescripción. Cualquiera de estas opciones satisface las exigencias de la STJUE 25.1.2024, siempre que el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que expire el plazo de prescripción, y desde ese momento (conocimiento) disponga todavía de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Cada Estado miembro debe decidir cuál de estas opciones se adapta mejor a su derecho interno.
16. Las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 no exigen que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para que el plazo de prescripción empiece a correr. Se ha defendido que configurar el conocimiento como requisito del *dies a quo* es una exigencia de los apartados 49, 54 y 56 de la STJUE 25.1.2024. Pero en verdad ninguno de estos apartados permite llegar a esa conclusión. La STJUE 25.1.2024 admite (pero no impone) que se

- designe esa fecha como inicio del plazo prescriptivo. Pero hay otras opciones (ya citadas) que también respetan el principio de efectividad.
17. La STJUE (una de ellas) 25.4.2024 establece que no es contrario a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad que el plazo de prescripción de la acción de restitución se inicie el día en que deviene firme la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos en ese concreto pleito.
 18. Las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 no exigen que en el derecho español el plazo de prescripción tenga que empezar a correr con la sentencia declarativa de nulidad. El TJUE admite que fijar el *dies a quo* en esa fecha respeta el principio de efectividad, pero eso no significa que en el derecho español haya que designar el *dies a quo* en ese día. En definitiva, es el derecho nacional el que tiene que determinar cuál es el *dies a quo*, pero respetando siempre los dos requisitos exigidos por el principio de efectividad.
 19. Las STJUE 25.1.2024 y SSTJUE 24.5.2024 establecen que se opone a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el tribunal supremo nacional declara abusiva esa cláusula. Esta respuesta debe matizarse, pues de la argumentación empleada por el TJUE resulta que fijar el *dies a quo* en esa fecha es contrario al principio de efectividad si no se tiene en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire. Esta solución es congruente con otras sentencias del TJUE, en las que se admite que el plazo prescriptivo puede comenzar a correr desde que se celebra el contrato (STJUE 16.7.2020), se abonan los gastos (STJUE 22.4.2021) o el consumidor satisface todas las cuotas de amortización del préstamo (STJUE 9.7.2020). Lo relevante no es cuándo se inicia el cómputo del plazo de prescripción, sino que antes de que el plazo finalice el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula y desde ese momento (conocimiento) disponga todavía de un plazo suficiente para interponer su reclamación. Por esa razón puede fijarse como *dies a quo* el día en que el tribunal supremo dicta una sentencia que declara abusiva una cláusula; pero siempre que se cumplan estos dos requisitos exigidos por el principio de efectividad.
 20. Por las mismas razones, la STJUE(una de ellas) 25.4.2024 dispone que se opone a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el TJUE dicta sentencias que admiten que la acción de restitución puede prescribir.
 21. La STJUE (la segunda de ellas) 25.4.2024 establece que se opone a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad que el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece a correr cuando el consumidor abona los

gastos o en cualquier otro momento anterior a la fecha en que una sentencia declara abusiva esa cláusula. Pero únicamente se opone si no se tiene en cuenta si el consumidor conoció o pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción termine; esto es, si el plazo prescriptivo puede transcurrir íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer que la cláusula es abusiva.

22. Las respuestas de las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 acerca de si es contrario o no al principio de efectividad designar como *dies a quo* una determinada fecha u otra son congruentes con la doctrina previa del TJUE. No hay ninguna novedad en estas sentencias. Fijar el dies a quo en la fecha del pago de los gastos, el cumplimiento íntegro del contrato o la publicación de una concreta sentencia del tribunal supremo nacional puede ser conforme al principio de efectividad o ser contrario al mismo. Dependerá de si concurren los dos requisitos siguientes: que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o de que expire, y que desde ese momento (conocimiento) el consumidor disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo.
23. Según el TJUE, para analizar si una norma nacional que fija el dies a quo respeta el principio de efectividad, hay que tomar en consideración los demás elementos que conforman el régimen nacional de la prescripción. Expresamente se refiere a ello el fallo de la STJUE 25.1.2024. La regulación española sobre prescripción es muy beneficiosa para el acreedor, por las siguientes razones: el plazo de prescripción es muy largo (quince años antes del año 2015; ahora cinco años); el inicio del cómputo se vincula a un criterio subjetivo (conocimiento del acreedor); la inexistencia de un plazo máximo de prescripción; y la posibilidad de interrumpir la prescripción de forma fácil y barata, a través de una simple reclamación extrajudicial. Este último dato es decisivo. A la ya privilegiada posición del acreedor, se añade ahora la doctrina del TJUE, que también favorece la posición del acreedor (consumidor), al impedir que el plazo de prescripción finalice sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula y sin que disponga desde ese momento de un plazo suficiente para reclamar.
24. Entre las distintas opciones posibles que respeten el principio de efectividad, en el derecho español lo más adecuado es configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un supuesto de suspensión de la prescripción, y no como un requisito para que el plazo pueda comenzar a correr. Eso significa que el plazo de prescripción se inicia cuando el consumidor abona los gastos (conoce que los abona), pero se suspende si la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se mantiene cuando el plazo está en su tramo final (en el período de seguridad). Y el plazo reanudará

su curso (seguirá corriendo desde el momento en que se paró) cuando el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. La suspensión de la prescripción, aunque no se regula expresamente en el Código Civil, es una figura admitida en nuestro derecho, más allá incluso de los casos establecidos en leyes especiales. La vigencia de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio* y la interpretación subjetiva del art. 1969 CC permiten entender que, si la imposibilidad inicial impide el comienzo del cómputo del plazo ex art. 1969 CC, por la misma razón la imposibilidad sobrevenida debe permitir suspenderlo. Ahora, por exigencias del TJUE, se “crea” una nueva causa de suspensión de la prescripción.

25. La aplicación de la doctrina del TJUE en el derecho español implica la asunción de la siguiente norma: “la prescripción de la acción de restitución de cantidades derivadas de la nulidad de una cláusula predispuesta se suspende si el titular de la acción no conoce, ni podía conocer de haber actuado con la diligencia exigible, el carácter potencialmente abusivo de la cláusula, siempre que esa ignorancia concorra en los dos años anteriores a la terminación del plazo de prescripción”.
26. Aunque no se opone a la Directiva 93/13, en el derecho español es inadecuado que el plazo de prescripción empiece a correr cuando se dicta sentencia que declara abusiva esa concreta cláusula. De todas las posibles formas de incorporar al derecho patrio la doctrina del TJUE, esta es la más inapropiada, no sólo porque es la que incide de forma más intensa en el cómputo del plazo, sino también porque es la que más beneficia al acreedor (en este caso, el consumidor), siendo así que la regulación española de la prescripción ya es muy beneficiosa para él. Además, esta tesis choca frontalmente con la idea (consagrada en los arts. 1932 y 1961 CC), de que todas las acciones están sujetas a prescripción, salvo contadísimas excepciones. Además, si hay otras opciones (configurarlo como un caso de suspensión de la prescripción) que son igualmente respetuosas con el principio de efectividad, encajan mejor en la regulación española de la prescripción, evitan sobreproteger al acreedor (consumidor) español mucho más de lo que ya lo está y son más respetuosas con el principio de seguridad jurídica, ¿por qué nuestros tribunales van a fijar el *dies a quo* en la fecha de la sentencia declarativa de nulidad?
27. El consumidor debe conocer “el carácter abusivo de la cláusula”. Se ha defendido que eso sucede cuando el consumidor tiene “certeza” de que la cláusula es abusiva, lo que solo ocurre cuando inicia un proceso judicial contra el prestamista que concluye con una sentencia que declara abusiva esa cláusula. Esta interpretación es inadecuada. Así resulta de la propia STJUE (la primera de ellas) 25.4.2024, que después de afirmar que no es contrario a la Directiva 93/13 fijar como *dies a quo* el día en que deviene

firme la sentencia declarativa de nulidad, reconoce expresamente que el consumidor puede tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula antes de esa fecha (ap. 38 y 41). Lo que significa admitir que puede tener ese conocimiento, aunque no haya "certeza". Además, esa interpretación (exigir "certeza") supone una reformulación restrictiva del principio de efectividad que carece de justificación.

28. En realidad, lo relevante no es que el consumidor conozca que esa cláusula "es" con "certeza" abusiva, sino que "puede" ser declarada abusiva. Se exige, pues, que la cláusula sea "potencialmente" abusiva. Siguiendo a la jurisprudencia alemana, eso sucederá cuando surja un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula. Existe un escenario de litigación de ese tipo cuando los tribunales de instancia han dictado un número considerable de sentencias en las que se discute si la cláusula es o no abusiva, o cuando, no existiendo esas sentencias de instancia, el propio Tribunal Supremo dicta sentencia en la que analiza el carácter abusivo de una concreta cláusula. Es irrelevante si esas sentencias declaran la cláusula válida o abusiva, o si el Tribunal Supremo ya ha dictado una sentencia estimatoria. Lo decisivo es que haya un contexto de litigación bastante generalizado, o una sentencia del Tribunal Supremo, sobre la abusividad de la cláusula, que además sea cognoscible para un consumidor medio. Esta idea encaja perfectamente con el fundamento del principio de efectividad. Si en algún momento el consumidor tiene noticia, por la vía que fuere, de que esa cláusula "puede" ser abusiva (existe un escenario de litigación sobre ello), una conducta diligente por su parte le exige actuar para proteger su derecho, lo que consigue con una simple reclamación extrajudicial.
29. La existencia de un escenario de litigación debe determinarse cláusula a cláusula. En relación con la cláusula de gastos, ese escenario existe desde la STS 705/2015, de 23.12.2015. No consta que antes de esa fecha los tribunales de instancia hayan publicado un número suficiente de sentencias sobre la materia. Antes de esta STS no existía, pues un contexto de litigación sobre esa cláusula. Por otra parte, no es necesario que el consumidor conozca la cuantía exacta de las cantidades que puede reclamar o qué tipo de gastos (qué partidas) deben serle restituidas. Por eso, a estos efectos no tienen ninguna relevancia las SSTS 23.1.2019. No es imprescindible que el consumidor conozca el carácter potencialmente abusivo de la cláusula: basta con que pueda conocerlo. Es la regla el conocimiento potencial (cognoscibilidad), asumida por el Tribunal Supremo en la interpretación de los arts. 1968.2º y 1969 CC, y recogida ahora expresamente por las SSTJUE 25.4.2024 ("que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula"). El parámetro de referencia para juzgar la cognoscibilidad es el del consumidor

medio (SSTJUE 25.4.2024), que es el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

30. Para averiguar si existe cognoscibilidad hay que analizar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, un consumidor medio podía saber que existe un escenario de litigación sobre la abusividad de esa concreta cláusula, y no de otras cláusulas del contrato. A estos efectos, la simple publicación de una sentencia del Tribunal Supremo no implica automáticamente esa cognoscibilidad (SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024). Pero un consumidor sí puede conocerla si esa sentencia goza “de publicidad suficiente” (SSTJUE 25.4.2024). Lo mismo sucederá cuando el escenario de litigación se origine debido a multitud de sentencias de tribunales de instancia, aunque no se haya dictado una sentencia del TS: si ha tenido una difusión importante en medios generalistas (más allá de los medios especializados en derecho) o por otras vías (medios de información digitales, redes sociales, etc.), hay que entender que el consumidor conoce ese escenario o ha podido conocerlo. El Tribunal Supremo ha destacado en varias sentencias la importancia de la publicidad y la difusión en medios de comunicación como vía de cognoscibilidad para un consumidor medio (STS 998/2023, de 20.6.2023; y decenas de sentencias relativas a acuerdos novatorios sobre cláusula suelo, en las que afirma que la difusión de la STS 9.5.2013 “generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo”).
31. En relación con la cláusula de gastos, un consumidor medio pudo conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula pocas semanas después de publicarse la sentencia, habida cuenta de las intensísimas campañas publicitarias de las asociaciones de consumidores y despachos de abogados. Cabe entender que ese conocimiento ya lo tenía un consumidor medio en abril de 2016, o incluso antes. Esta regla es congruente con otras sentencias del Tribunal Supremo, que han establecido que existía ese conocimiento generalizado 2 o 3 meses después de la publicación de la sentencia, por haberse producido una amplia difusión de esta (STS 998/2023, de 20.6.2023, y varias SSTS sobre acuerdos novatorios).
32. Si el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gasto en abril de 2016, y el periodo de seguridad es de dos años, se llega al siguiente resultado: (i) si el préstamo hipotecario se ha celebrado antes de abril de 2003, la acción de restitución de los gastos prescribe en abril de 2018; (ii) si el préstamo se ha celebrado entre abril de 2003 y el 7 de octubre de 2015, la acción de restitución prescribe a los quince años desde que se abonaron los gastos (o más exactamente, desde que el consumidor conoce que los ha pagado), o como muy tarde el 28 de diciembre de 2020; y (iii) si el contrato se celebra después del 7 de octubre de 2015, se aplica un

plazo de prescripción de cinco años desde que se abonaron los gastos, al que habrá que sumar, en su caso, los 82 días en que estuvo suspendido el cómputo del plazo por el estado de alarma (estuvo suspendido entre el 14 de marzo y el 3 de junio de 2020). En consecuencia, en relación con la cláusula de gastos, la suspensión de la prescripción por aplicación de la doctrina del TJUE únicamente se produce en los contratos celebrados antes de abril de 2003. En los celebrados después de esa fecha rigen con normalidad las reglas del cómputo del plazo prescriptivo.

33. El test de cognoscibilidad es objetivo. Pero ello no excluye que el profesional pueda acreditar en el proceso judicial, aportando las pruebas pertinentes, que un concreto consumidor conocía el carácter abusivo de la cláusula en una fecha determinada (STJUE (la primera) 25.4.2024, ap. 41). En este contexto adquieren relevancia las concretas y personales reclamaciones que los Servicios de Atención al Cliente de los bancos recibieron entre 2016 y 2017 y que el Banco de España cifra en más de un millón.

Para los amigos y adeptos a las tesis del autor que conocíamos este trabajo antes de que se dictara la STS 857/2024, de 14 junio, era sumamente improbable que la tesis diseñada por el MARÍN LÓPEZ fuera a ser aceptada por la sentencia venidera. Por ninguna otra razón distinta de la certidumbre, adquirida por la experiencia, de que los operadores jurídicos que tendrán protagonismo en la decisión de la contienda no podrían aceptar fácilmente la bondad de una propuesta que reposaba necesariamente en la aceptación de presupuestos implícitos *praeter legem*, por tanto, con altos costes de justificación. Cuando el autor propugnaba que *sostengo que la doctrina del TJUE provoca la aplicación en el derecho español de una regla, cuyo título es "suspensión por ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula", y que tiene el siguiente contenido: "La prescripción de la acción de restitución de cantidades derivadas de la nulidad de una cláusula predispuesta se suspende si el titular de la acción no conoce, ni podía conocer de haber actuado con la diligencia exigible, el carácter potencialmente abusivo de la cláusula, siempre que esa ignorancia concorra en los dos años anteriores a la terminación del plazo de prescripción (p. 81)",* tenía que saber que para la sala de casación sería mucho menos costoso en términos de juicio consagrar lo que ya corría como doctrina dominante (y más porque quedaba promovida sin más por las exigencias del *buenismo*) que introducir en el sistema de la prescripción recursos técnicos nuevos construidos fuera del Derecho positivo: una suspensión inicial del curso prescriptivo y un "plazo de garantía" durante el cual el conocimiento debe haberse adquirido o podido adquirir.

3. LA STS 857/2024, DE 14 JUNIO Y SUS PRECEDENTES EUROPEOS

Estoy seguro que éste no es el último pronunciamiento judicial español o del TJUE en lo relativo al plazo de prescripción de la acción de restitución de lo pagado en virtud de una cláusula de "todos los gastos" incorporada en una escritura de hipoteca, que ya se reconoce universalmente como nula por abusiva cuando el deudor hipotecario

es un consumidor. No puede ser de otra manera, si consideramos certero, como creo que lo es, el resumen de la doctrina de esta sentencia que hace BLANES JOVER en LA LEY 10537, Julio de 2024: *Las Sentencias citadas llevan a permitir que, sin perjuicio de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, derivada de su propia naturaleza, se fije un plazo concreto de prescripción a la acción de restitución de cantidades satisfechas y que se ven afectadas por esa nulidad. En cuanto al cómputo del plazo de prescripción, el elemento central a tener en cuenta es el conocimiento jurídico material por parte del consumidor de la nulidad de la cláusula. Y solo ahí podrá comenzar a computarse el plazo en el que el no ejercicio de esta, la llevará a decaer. Ese momento, bien sea acreditado por medio de los medios de prueba admisibles en derecho interno, bien lo sea a través de un procedimiento judicial en el que concretamente se dicte resolución firme que anule alguna cláusula de ese específico contrato, será el que permita dar validez a ese plazo de prescripción.*

Si esta es la verdad de la STS, como parece, en rigor estamos casi donde estábamos.

Con todo, en la prensa mediática interesada ya se ha proclamado a los cuatro vientos que la victoria de los consumidores ha sido total, porque quedaría claro, mediante la suma de pronunciamientos europeos o casacionales, que el plazo de prescripción no comienza sino desde el momento en que ha devenido firme la sentencia que declara la nulidad de aquella cláusula individual en virtud de la cual se hicieron los pagos, con una salvedad a la que no se presta atención. La inmensa mayoría (casi unanimidad) de los comentaristas de las SSTJUE 25 enero 2024 y 25 abril 2024 defienden que en el derecho español el plazo de prescripción debe empezar a correr con la sentencia declarativa de nulidad de la cláusula en el proceso singular en que es parte el consumidor afectado (cfr. referencias en MARÍN LÓPEZ, nota 71 del trabajo citado).

El 29 de junio de 1999, D. José y Dña. Vanesa concertaron con Banco Santander S.A. un préstamo hipotecario que incluía una cláusula que atribuía a los prestatarios el pago de todos los gastos generados por el contrato. El 28 de octubre de 2017, los Sres. José y Vanesa presentaron una demanda contra la entidad prestamista, en la que, en lo que ahora interesa, solicitaron la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad prestamista a abonar a los prestatarios diversas cantidades en concepto de gastos de notaría, registro y gestoría, más sus intereses legales desde la fecha en que los consumidores hicieron tales pagos. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación formulado por el banco, en el sentido de declarar prescrita la acción de reclamación de las cantidades abonadas por gastos; de cuya pretensión absolvió a la entidad prestamista, sin imposición de costas en ambas instancias. Los demandantes interpusieron un recurso de casación, que será estimado por el TS. La parte recurrente afirma, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al considerar que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos

hipotecarios abonados indebidamente como consecuencia de una cláusula nula por abusiva en un contrato con consumidores es el día en que se realizó el pago, puesto que debe ser el día en que se declaró la nulidad de la cláusula, ya que antes no podía haber nacido la acción restitutoria.

Las partes no discuten la conclusión de la sentencia recurrida relativa a que, si bien la acción de nulidad de la cláusula de gastos es imprescriptible, no sucede lo mismo con la acción de restitución. Esta cuestión no solo queda al margen del debate por el acuerdo de las partes, sino porque, ya con anterioridad al planteamiento de la petición de decisión prejudicial por el TS, era pacífica tanto en la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 6 octubre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; 9 de julio de 2020, C-698/18 y C-699/18, *Raiffeisen*; 16 de julio de 2020, C-224/19 y C259/19, *Caixabank*; de 22 abril 2021, *Profi Credit Slovakia*, C-485/19; y de 10 junio 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, *BNPParibas Personal Finance*), como del tribunal español (por todas, sentencia 747/2010, de 30 diciembre). Conforme a esa jurisprudencia comunitaria, la Directiva 93/13/CEE no se opone a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece la imprescriptibilidad de la acción destinada a declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración.

Las mencionadas SSTJUE anteriores al planteamiento de la petición de decisión prejudicial no solo consideraron que era posible la declaración de prescripción de la acción de restitución, pese a que la acción de nulidad fuera imprescriptible, sino que establecieron las condiciones en que la aplicación del plazo de prescripción debía aplicarse para salvaguardar los principios de equivalencia y efectividad. En particular, establecieron que la Directiva (93/13), así como los principios de equivalencia y de efectividad, se oponen a una interpretación jurisdiccional de la normativa nacional según la cual la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula abusiva quede sujeta a un plazo de prescripción que empiece a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato cuando se presume, sin necesidad de verificación, que en esa fecha el consumidor debería tener o debería haber tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión o cuando, para acciones similares basadas en ciertas disposiciones del Derecho interno, ese mismo plazo únicamente empieza a correr a partir de la declaración judicial de la causa de esas acciones.

La petición de decisión prejudicial de esta Sala se planteó en los siguientes términos: «1.- ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula? »2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que

considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019)? »3. - Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank SA*, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, *Caixabank SA*, asuntos acumulados C224/19 y C- 259/19, que confirma la anterior?

Según la STS español, la STJUE de 25 de abril de 2024, C-561/21, dio las siguientes respuestas: «1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, así como el principio de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos comience a correr en la fecha en que esa resolución haya adquirido firmeza, sin perjuicio de la facultad del profesional de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse dicha resolución. »2) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula de un contrato celebrado con un profesional cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de tales gastos comience a correr en la fecha, anterior, en la que el tribunal supremo nacional dictó, en otros asuntos, una serie de sentencias en las que declaró abusivas ciertas cláusulas tipo que se corresponden con la cláusula en cuestión de ese contrato. »3) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado en virtud de una cláusula de un contrato celebrado con un profesional cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme comience a correr en la fecha de determinadas sentencias del Tribunal de Justicia que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad».

De resultas de las declaraciones transcritas, la Sala del TS concluye que, salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor *será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos*. En términos de la STJUE 25 abril 2024, "en ese momento, al tratarse de una resolución judicial que tiene fuerza de

cosa juzgada y como destinatario al consumidor afectado, se pone a este en condiciones de saber que la cláusula en cuestión es abusiva y de apreciar por sí mismo la oportunidad de ejercer una acción de restitución de las cantidades”.

La salvedad que se hace a la posible prueba en contrario es irrelevante, porque a la entidad financiera se le obliga a probar que *en el marco de sus relaciones contractuales*, y no de otra manera, el consumidor pudo conocer que la cláusula era abusiva.

4. “ENANOS SUBIDOS A HOMBROS DE GIGANTES”

En la tierra de nadie que media entre el 25 enero y el 14 junio, la SAP Barcelona 15ª, 62/2024, de 14 de marzo, decide contribuir al suspense del entretanto. Para que corra el plazo, el consumidor debe poder conocer (conocimiento potencial o cognoscibilidad) que la cláusula podría ser abusiva, lo que sucede cuando esa demanda tiene altas probabilidades de éxito. El consumidor tiene derecho a recuperar lo abonado “porque se le ha impuesto por medio de una cláusula abusiva”. Es de rigor entonces que el consumidor deba conocer que la cláusula es abusiva. Para ello “basta que haya podido adquirir conciencia de las altas probabilidades de éxito de su reclamación” (ap. 11). Ese conocimiento potencial no lo tiene un consumidor medio cuando se dicta la STS 9.5.2013, ni tampoco con la STS 23.12.2015. Se produce con la “repercusión mediática” que alcanzó esta última sentencia (ap. 15). Esta jurisprudencia “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” (ap. 15).

La “alta probabilidad” es un índice estadístico que sólo puede ser obtenido mediante la aportación de un numeroso material de contraste. Es preciso que hayan existido avanzadas de valientes que se hayan tirado *in dubiis* al fragor de la litigación y hayan salido de ella con éxito. Es preciso que hayan salido al campo gigantes capaces de arrastrar sobre sus hombros al resto de enanos que, por el sacrificio de aquéllos, hayan conseguido ver lejos y descubrir las murallas de Jericó de la “alta probabilidad” de ganar el pleito y aspirar a los “alcázares de su redención”, en glosema cervantino. No pocos de estos gigantes habrán caído en combate, abatidos por una sentencia adversa firme que los declaró prescritos. Pero su muerte no ha sido en balde. Forzosamente tenían que sucumbir muchos para que se numerase la alta probabilidad y los enanos se alzasen con el triunfo.

5. PARALOGISMOS: LO QUE PARECE SOSTENERSE Y LO QUE PROPIAMENTE SE SOSTIENE

Parece que no sólo casi todo el mundo aprueba lo que sostiene la doctrina del TJUE y el TS, sino que, adeptos y críticos por igual, todos entienden lo que dicha doctrina proclama. Pero yo no lo entiendo, y condeno la doctrina como un paralogismo. Ni sostiene lo que parece estar sosteniendo ni los argumentos que se ofrecen justificarían la tesis que parece estar sosteniéndose, sino otra.

Si la doctrina fuera cierta, ni la acción de restitución *habría nacido aún* cuando se reclamara la nulidad, ni podría acumularse con la acción declarativa de nulidad la de restitución de pagos. Ni, más cómicamente, se podría incluso activar tal pretensión antes de la firmeza de la sentencia declarativa de nulidad, aunque se quisiera, pues la acción no habría aún nacido, razón por la que no puede haber empezado a prescribir, y menos haber ya prescrito. El consumidor estaría reclamando la devolución antes de que esta obligación estuviera devengada.

En cualquier caso, al margen de que el consumidor estuviera sujeto a las perversas restricciones procesales indicadas, es lo cierto que, como poco, podría interponer una aislada acción declarativa, esperar a la firmeza de la sentencia, y entonces, sólo entonces, empezaría a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria. Pues sólo entonces *sabe* el actor que la cláusula de gastos *de su contrato* era nula.

Pero parece evidente que ni el actor puede, ni los tribunales proponen, desarticular la demanda de nulidad en la forma que acabo de indicar. Si el actor reclamara sólo nulidad, o bien estaría ya ejercitada con ella implícitamente la de restitución – si es correcto, que no lo es (contra SSTs 25/2005, de 22 abril, 168/2015, de 24 marzo 2015, entre otras), que las consecuencias restitutorias de una nulidad o resolución puedan ser concedidas de oficio, aún sin petición expresa- o esta segunda acción habría precluido conforme al art. 400 LEC. Es cierto que el precepto de la LEC no se refiere a “pretensiones”, sino a “fundamentos”, pero la jurisprudencia sostiene con razón que la acción de condena específica está precluida cuando antes se ha ejercitado sobre la misma causa una acción de mera declaración, al menos cuando la acción primera no tenga una sustancia propia y una justificación para su articulación separada de la de condena (cfr SSTs 244/2014, de 21 mayo, 331/2022, de 27 de abril, 772/2022, de 10 noviembre, 684/2023, de 8 de mayo. Remito a las conspicuas notas de CORDÓN MORENO, “Estimación de la acción meramente declarativa de la existencia de un derecho. ¿Precluye la posibilidad de ejercitar la acción de condena en un proceso ulterior?”, GA-P. Publicaciones, 8 de noviembre, 2023; “Existe preclusión cuando en el primer proceso se ejercita la acción declarativa de incumplimiento contractual y posteriormente la acción de condena a indemnizar los daños y perjuicios causados”, GA-P Publicaciones, 12 de diciembre, 2022).

En efecto, como recuerda la STS 772/2022, «tendría sentido apreciar la preclusión, pues no es admisible promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo». Tal regla solo cabría excepcionarla «cuando

concurran circunstancias especiales que, por generar una incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, justificaran un interés legítimo en obtener un previo pronunciamiento declarativo en un primer procedimiento».

Se trataría también de una aplicación de la doctrina de la *extensión de la cosa juzgada a las peticiones implícitas*. En palabras de STS 629/2013, de 28 octubre: «La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado quiebra las garantías jurídicas del amenazado». Y este enlace existe en el caso resuelto por la sentencia objeto de examen «(m)áxime cuando la declaración de responsabilidad contractual es el presupuesto lógico necesario para la pretensión indemnizatoria».

De esta manera, y respecto de las sentencias meramente declarativas de la existencia de una obligación dineraria, la STS 785/2001, de 31 julio, reproduciendo la doctrina establecida en la precedente STS 843/1999, de 18 octubre 1999 ha sostenido que «la posibilidad de las acciones meramente declarativas, aunque no está expresamente reconocida en la Ley Procesal, es una realidad reconocida ampliamente en la jurisprudencia, especialmente en el campo de los derechos reales, pero no es advertible, singularmente en el terreno de los principios, la operatividad en el ámbito de las deudas pecuniarias, toda vez que, salvo algún condicionamiento específico (que aquí no consta), no se entiende un interés jurídico en la declaración de existencia de la deuda, que no pueda ser seguida de su efectividad». Exigir un nuevo juicio declarativo para que el acreedor pueda hacer efectivo en forma forzosa el derecho de crédito judicialmente reconocido como vencido, líquido, exigible y determinado, carece de sentido. Significaría tanto como privarle de realidad jurídica, sujetarle a un plazo incierto, y desde luego resultaría inexplicable en la perspectiva de la economía procesal". Nuevamente, CORDÓN MORENO, "¿Acción meramente declarativa de la existencia y exigibilidad de una obligación dineraria?", GA-P. Publicaciones, 6 de octubre, 2020.

La cosa es adicionalmente de sentido común. ¿A qué fines sirve la meritada doctrina judicial que estamos combatiendo? Sobre la base del principio de efectividad del derecho comunitario, se pretende que el consumidor no se embarque en los costes de un proceso incierto si no está "muy seguro" de la bondad de su causa. ¿Y cuál es esta causa? No, ciertamente, si es acreedor o no de un derecho de restitución, sino si la cláusula de marras es nula o válida. Mas es notorio que el consumidor *arriesga el pleito de nulidad* antes de saber *por sentencia firme propia* si tal cláusula ha de ser nula. Sólo lo sabe por anticipación ponderativa en el mejor de los casos. Si ya lo supiera no litigaría; más aún, habría excepción de cosa juzgada, porque la sentencia ya estaría dictada. Es esto lo que se juega el consumidor, no si, adicionalmente ha de ser o no restituido, que es una pretensión que no incorpora riesgo especial, si la

primera está resuelta. Y el día antes de interponer su demanda de nulidad sabe el actor tan poco de la ventura de su causa que lo que sabría un año antes.

Por tanto, el consumidor arriesga el pleito antes de saber lo que los tribunales ahora sostienen qué ha de saber para que nazca y prescriba la acción. Y no podría ser de otra forma. Ahora bien, si esto es de hecho lo que hace el actor, ¿por qué no pedirle que lo arriesgue *antes*? Quiero decir, si en cualquier caso se arriesga al proceso sin conocer aún el sortilegio, ¿por qué no exigirle que se interne en el proceso antes de que transcurran los cinco años de prescripción restitutoria ordinaria, si de todas formas no va a mejorar su estado cognoscitivo sobre *la verdadera verdad* (que es la verdad "suya", no la verdad de "otros" pleitos de nulidad). Es un absurdo. Y si algo más llegó a saber en el transcurso del tiempo, fue porque otros más arrojados que él se lanzaron al proceloso juicio antes de saber tanto como él, y así hacer números para la "alta probabilidad".

De ser coherentes con este modo ilógico de proceder, se generaría un bucle infinito. El consumidor no tiene que aventurar la demanda de restitución mientras no sepa que la cláusula es nula. ¿Pero qué otra cosa tendrá que saber para aventurar un pleito de nulidad? ¿Qué sentencia y sobre qué objeto tendrá que postularse ahora para que una eventual pretensión de nulidad empezara siquiera a prescribir?

Recordemos el hecho tipo de todos los pleitos de esta clase, como ocurría también en la STS 857/2024. El actor *interpone siempre conjuntamente ambas pretensiones acumuladas*, y las interpone en un tiempo en que *todavía no está prescrita la acción de nulidad, por la potísima razón de que esta acción se declara imprescriptible*. Ni se discute siquiera si la acción de restitución ha empezado o no a prescribir, sino que el juego se resuelve en la simplísima regla de que *para los tribunales la acción de reclamación está sujeta a la regla de imprescriptibilidad de la acción declarativa*. La de restitución no ha de proponerse hasta que se sepa de la abusividad como cosa cierta por la sentencia oportuna de nulidad; pero se puede esperar sin límite para proponer la demanda que haya de declarar esta nulidad. Es decir, en el fondo se niega que existan dos acciones que estén sujetas a propios plazos de prescripción, por mucho que se diga lo contrario.

Si la prescripción de la acción restitutoria empezara a correr con la firmeza de la sentencia de nulidad, estaría sujeta a un plazo de prescripción de cinco años desde aquella fecha. Pero el *dies a quo* de la acción sería el de la firmeza, por lo que la acción, que no ha nacido antes, tampoco se podría interponer antes. Ni después tampoco, porque, como hemos defendido, estaría afectada por el principio de preclusión. La acción de restitución de cantidades *nace y simultáneamente se extingue*.

En definitiva, la celebrada doctrina judicial no se expresa en la forma que se cree, sino de otra forma muy distinta: la acción de restitución no estará prescrita mientras que no lo esté la acción declarativa de nulidad. En otras palabras, ambas son imprescriptibles. No es cosa tan absurda, por otro lado. De hecho, es una adquisición intelectual tardía de la jurisprudencia civil española que las acciones restitutorias

derivadas de nulidades contractuales están sujetas a prescripción, aunque no fuera prescriptible la acción declarativa de nulidad y hay sentencias recientes de Audiencias muy contundentes en contrario a esta diversidad de acciones. O mejor, es casi nueva la jurisprudencia que reconoce que efectivamente hay dos acciones, y no una sola, la de nulidad, que es imprescriptible. Todavía en 2017, era ésta la opinión de un magistrado de mérito como RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI en "Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, nº 6, pp. 87-96. E ilustro que en territorios de nulidad muy transitados, como es la *usura*, todavía no conozco ninguna sentencia de casación que sostenga la coexistencia de una acción declarativa con otra restitutoria, probablemente porque ordinariamente se considera que la acción de nulidad por usura también está sujeta al plazo del art. 1964 CC.

Me parece que, ya puestos así, también habría de aplicarse a las nulidades derivadas de la cláusula suelo, y con mucha más razón, porque en materia de cláusula suelo sí que es incierto cómo reaccionará el tribunal ante el caso singular de este consumidor y esta cláusula.

6. Y AHORA UNA FALACIA DE MI PROPIA COSECHA

Iríamos más lejos en nuestro desarrollo lógico, avanzando la tesis aventurada de que, siempre que estuviera en juego el principio de efectividad comunitaria, las acciones de condena de que se trate son tan imprescriptibles como las acciones declarativas. Y no sólo declarativas de nulidad, pues todas las acciones declarativas son de suyo imprescriptibles, como han recordado las SSTS 540/2012 de 19 noviembre (declarativa de dominio) y 254/2022, de 29 marzo, aún en un caso extremo (titularidad de derechos históricos sobre aguas continentales). Por ejemplo, si el consumidor tiene incorporada por Derecho europeo de consumo una determinada pretensión de cumplimiento frente al prestador de servicios (vgr., a la entrega de una información determinada), será imprescriptible la acción declarativa dirigida a la constatación judicial del incumplimiento y, por ende, la acción de resarcimiento por los daños de incumplimiento, *pues nunca podría saber, antes de la sentencia firme correspondiente, si tiene derecho a recobrar estos daños, hasta que se cerciore de que ha existido el incumplimiento relevante*. Por lo mismo, sería imprescriptible la acción para que se declarara la existencia de una *práctica comercial desleal* con consumidores, y, en consecuencia, también la acción resarcitoria correspondiente por competencia desleal. ¿Y qué importa que lo que tiene o quiere saber el consumidor es si una cláusula es nula, si una conducta es una contravención obligacional o si una práctica comercial es desleal? La acción declarativa se lleva todo a su paso, como un torrente, y las mismas exigencias de efectividad se postularían en todos los supuestos.

Naturalmente, lo que acabo de expresar en el párrafo inmediatamente precedente es una falacia. Pero si lo es, también lo es y por la misma razón la doctrina corriente

sobre la prescripción de la acción restitutoria de gastos, ya se formule en el lenguaje paralógico de los tribunales, ya se formule, en términos precisos, como un postulado de imprescriptibilidad.

7. ¿POR QUÉ LA ACCIÓN DECLARATIVA ARRASTRA A LA DE CONDENA?

Es notorio que el consumidor que reclama a propósito de una cláusula de gastos hipotecarios tiene como objetivo prioritario que le devuelvan los gastos indebidamente cobrados, y no la simple declaración abstracta de nulidad de la cláusula. La declaración de nulidad como presupuesto de una acción de condena, cualquier sea, no puede tener más importancia que la simplemente incidental. Lo prueba la "acción de nulidad del título inscrito" como presupuesto procesal de una acción de condena reivindicatoria de finca. De hecho, como incidental que es, ni siquiera debería ser el contenido de una pretensión específica, ni se precisaría que el reconocimiento incidental de nulidad hubiera de alcanzar efecto de cosa juzgada.

Pero lo mismo ocurre con toda acción verdaderamente declarativa. Casi nunca podrá interponerse como una acción independiente, porque como tal no satisfaría una necesidad de tutela judicial autónoma. Salvo que la acción declarativa sirva de soporte a una pretensión al reconocimiento de que se ha producido en un momento determinado del tiempo una modificación de los títulos relativos al *status quo*. Por ejemplo, se interpone una declaración de dominio con objeto de que se reconozca el efecto *constitutivo* de una adquisición de propiedad por usucapión o se pide mediante declaración *confesoria* que en el tiempo relevante se ha producido la adquisición de una servidumbre predial. Pero más importante que esta observación, que podría ser discutida, es que la acción declarativa siempre figura implícita en cualquier otra acción de condena. La jurisprudencia reconoce que la acción reivindicatoria implica una declarativa tácita, y así podría extenderse el espectro de acciones, porque en el fondo toda pretensión empieza por la solicitud de que se declare que existe un determinado estado de cosas que constituye el título que soporta la *causa petendi* (una nulidad, un incumplimiento, una filiación, etc).

Una acción declarativa no puede servir de *soporte* a la pretensión fundamental, ni de *cauce procesal* de su articulación.

La verdadera acción declarativa es imprescriptible porque no produce la *externalización* en tercero del contenido de la sentencia estimatoria. No cualquier efecto mediato o indirecto, sino la existencia de una *pretensión*, esto es, de un requerimiento formal de que la contraparte entregue un bien, realice un hecho o deje de realizarlo. La acción declarativa colapsa – y es desestimada– cuando explícita o implícitamente incorpora una pretensión. El tercero, entonces, sólo estará afectado por la acción fundamental, que necesariamente ha de ser prescriptible. La imprescriptibilidad de la acción declarativa no sólo no puede comunicarse a la pretensión fundamental, sino si tan siquiera puede mantenerse como tal cuando por la propia vía de la acción declarativa (de nulidad, por ejemplo) se quieren conseguir

efectos que se externalizan en el contrario en forma de una conducta exigida. Aunque no existiera autonomía de la pretensión de restitución, la misma acción de nulidad como tal quedaría sometida al plazo ordinario de prescripción cuando por medio de ella se persiguiera la imposición de una condena ejecutable a la parte demandada. La pretensión (fundamental) de condena *califica todo el proceso* y contamina la neutralidad de la pretensión de declaración. Es lo que ha venido haciendo desde antiguo la jurisprudencia española a propósito de la nulidad por usura.

Si fuera cierta la tesis del TJUE y del TS, la acción de condena acabaría deviniendo imprescriptible por la vía de un paralogismo vicioso respecto del cómputo del *dies a quo* de aquella acción.

Habría que tener en cuenta que el ejercicio aislado de la acción de condena lleva implícito el de la declarativa, que no precisa ser formulada expresamente para ser estimada: «no se incurre en incongruencia cuando se da acogida a lo que sustancialmente está comprendido en el objeto del pleito o implícitamente en las pretensiones deducidas en la demanda» (STC 1015/2006, de 13 de octubre) y, en este sentido, la jurisprudencia considera, por ejemplo, que la acción declarativa de propiedad se encuentra implícita en la reivindicatoria, porque esta incluye, en sí misma y por su propio concepto, la declaración de propiedad, como primero y básico presupuesto para su ejercicio (ver, por ejemplo, la STS 775/2012, de 11 de diciembre).

¿Pero entonces cuándo habría que fijar el día de partida del cómputo de la prescripción de esta acción de restitución? Sencillamente, conforme a lo dispuesto en el art. 1969 CC. Cada uno entenderá a su manera cuándo “pudo ejercitarse” esta acción. Pero siempre que quede entendido *que el dies a quo de la prescripción de la acción de restitución no podrá ser nunca el día en que se ejercita una acción acumulada incidental que es imprescriptible ni el día en que se resuelve ésta por sentencia firme.*

8. UNA PROPUESTA SOBRE EL *DIES A QUO* DE LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA

Salvado lo fundamental, ahora llegaría el caso de hacer una propuesta determinada sobre el inicio del plazo de cinco años para formular una demanda de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados de resultas de una cláusula abusiva.

Antes de entrar en el núcleo de la cuestión, quiero dejar avanzada una idea que creo no puede ser disputada. Como en el Derecho español se interrumpe la prescripción – volviendo a correr por entero- por medio de una reclamación extrajudicial, el consumidor se enfrenta *con red al riesgo del proceso*. La reclamación extrajudicial, incluso fallida, cursa con costes inapreciables para el reclamante. De aquí se infiere *por lo menos* esta consecuencia: si el consumidor ha interrumpido el curso de prescripción mediante reclamación extrajudicial, el nuevo curso prescriptivo (ique

podrá nuevamente interrumpirse por burofax!) comienza a todos los efectos el día en que el requirente *hubiera podido razonablemente esperar una respuesta* del financiador. Dos semanas me parece un lapso de espera razonable. A partir del momento en que el consumidor ha modificado el *status quo* mediante su reclamación, ya no podrá decirse que el plazo no empezaría en ningún caso a correr antes de la firmeza de la sentencia declarativa de nulidad que eventualmente pueda dictarse en el futuro, es decir que hubiera estado reclamando extrajudicialmente el cumplimiento de una deuda que no se debía; cabría decir, con la Glosa, *toties praescribitur actionis nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris*, o, en otros términos, *Qui potest facere ut possit, iam videtur posse* (Dig. 50, 17, 174) [en WINKELMANN, *Der Anspruch*, 2021, pp. 381 ss].

Para mí es indudable que la acción empieza a correr hasta su prescripción *desde el día en que se realizó el pago indebido*. Por una razón poderosa: porque el inicio del curso de la prescripción no está condicionado ni suspendido por la circunstancia de que el actor eventual *desconociera la existencia o alcance de su derecho*. Ni el conocimiento efectivo ni el presumido de la nulidad de una cláusula forman parte del bagaje de cosas que hay que conocer para que la prescripción corra. Y si no hay que saberlo en el día de presentación de la demanda, por qué habría que saberlo en otra fecha anterior. No existe derecho cierto antes del proceso.

No forma parte del "material cognoscible" la norma o fuente del derecho, en general, en que se funde el derecho del reclamante. Esto es casi obvio, porque la ignorancia del derecho es un riesgo de quien lo padece. Si el actor no sabe que dispone de una acción en caso de contrato nulo o no sabe que el plazo de prescripción es uno determinado, este riesgo no lo puede desplazar al legitimado pasivo de la acción mediante un retraso en el *dies a quo* del plazo de prescripción. Aunque el desconocimiento sea excusable en términos de conducta negligente. En mi opinión, la cosa no se reduce a la anterior obvia constatación, sino que va más allá. Es riesgo del titular de la acción la calificación jurídica del contrato (cláusula) como nulo, calificación que resulta de una determinada interpretación de los hechos y las normas. No se trata ya de un simple conocimiento de la (existencia de) norma, y un riesgo propio de este conocimiento. Me estoy refiriendo, más allá, al riesgo de interpretación de la norma, a saber, que se califica o no como cláusula nula la que endosa al prestatario todos los gastos de la operación hipotecaria. Puede que esta calificación resulte inexigible al titular de la acción mientras no haya existido un pronunciamiento judicial que sostenga esta nulidad. Pero esto es un riesgo propio también. El art. 1969 CC (la naturaleza subjetiva del inicio del plazo) no conduce a la necesidad de que el titular pueda contar en todo caso con un precedente en derecho que le ilumine de la existencia de su acción. Porque, entre otras cosas, ningún precedente *le asegura lo suyo*.

Imaginemos un precedente de primera instancia, distinto de la STS 23 diciembre 2015. Un JPI cualquiera sostiene que la cláusula en cuestión es nula. Si el art. 1969 CC exigiera la existencia de precedentes, ¿bastaría este precedente?; ¿habría que esperar a una confirmación por tribunal superior?; ¿y si distintas sentencias de instancia y apelación hubieran mantenido al respecto pareceres dispares? Como la

incertidumbre del Derecho es irrecusable siempre, o bien el plazo de prescripción empezaría a contar con independencia de la existencia de precedentes interpretativos, o bien habría que esperar a la resolución del más alto de los tribunales posibles, que no necesariamente habría de ser el Tribunal Supremo ¿Y si nunca se ha llegado más alto que a una sentencia de apelación?; ¿podrá todavía el titular retrasar el día de inicio, porque no tiene todavía un cabal conocimiento de la consistencia de su derecho?

Pero, se dirá, el precedente con el que aquí contamos no es uno cualquiera, sino la STS 23 diciembre 2015. ¿Y qué añade este particular? Al margen del argumento sistemático que luego desarrollaré a propósito de otros ejemplos procedentes, la sentencia en cuestión no tiene nada de particular. Ni tan siquiera, siendo como es una acción colectiva la que se ventilaba, dicha sentencia produce cosa juzgada para el ejercicio de acciones individuales, porque según jurisprudencia asentada (pero errónea en mi opinión) las sentencias dictadas en pleitos en que se promuevan acciones colectivas carecen de efecto de cosa juzgada frente a procesos posteriores en que se ejercitan acciones individuales (SSTS 123/2017, de 24 febrero, 408/2017, de 27 junio; STJUE 14 abril 2016; STC 148/2016). Imaginemos que el TS hubiera resuelto en una sentencia sobre acción individual que la cláusula de gastos del prestatario que litigaba era nula; ¿y qué tendría que afectar ello, en uno u otro sentido, al inicio del plazo de prescripción de otro proceso individual distinto sobre causa similar? ¿Tiene el titular de la acción posterior con ello un conocimiento suficiente o todavía insuficiente a efectos de la "cognoscibilidad del fundamento jurídico" de su acción? Porque su caso podría ser distinto del anterior, y antes del segundo proceso nunca podría salir de esta incertidumbre – él nunca podrá saber ex ante que su caso es igual o desigual. No cambia nada porque en lugar de un precedente haya dos o cien. Porque puede ocurrir que su caso no sea igual a los otros cien – y él nunca puede saber eso anticipadamente si no juega la partida de litigar – o puede ocurrir que mañana cambie la jurisprudencia. Por demás, si hay que esperar un precedente ¿cómo fue posible que el primer caso histórico se litigara? No ya sólo que, por congruencia, tengamos que sostener que la primera de las acciones no estaba sujeta a prescripción, por improducibilidad de su *dies a quo*, sino que, si esta primera acción estaba sujeta a prescripción, como es evidente que lo estaba, estaríamos privilegiando a los otros potenciales litigadores que esperaron a que el primero asumiera el riesgo de "litigar sin red" jugándose una condena en costas.

Por tanto, el riesgo del derecho y su interpretación es un riesgo propio del actor, con el que no se puede manipular el inicio del plazo de prescripción de la acción de que se trata. Cualquier prestatario pudo reclamar la nulidad/restitución de la cláusula de gastos, y si era nula el 23 de diciembre de 2015, también lo era antes. Para que quede más claro, vamos a navegar por otros ejemplos que nos alejen de la obsesiva cláusula de gastos hipotecarios. Imaginemos un acreedor cuyo contrato tiene prevista una condición resolutoria convencional en caso de no cumplimiento de un plazo determinado. A partir de determinado momento, la jurisprudencia comenzó a sostener que en estos casos el tiempo de cumplimiento era esencial y el acreedor podía resolver, aunque el incumplimiento fuese menor. Un acreedor que hubiera

dejado prescribir su acción resolutoria, por creer fundadamente que no prosperaría, antes de que esta jurisprudencia llegara a ser visible, no podrá sostener que realmente la prescripción no empezó a contar, porque para él fue racionalmente imposible averiguar la base jurídica verdadera de su posición y no había podido descubrir que de hecho tenía una pretensión ganadora. Otro ejemplo. La publicación de la ley del baremo circulatorio (35/2015) no ha concedido al "prometido" que no es pareja de hecho legitimación para reclamar indemnizaciones por daños derivado de la muerte de la contraparte en el compromiso. Parece que no existe una razón clara para esta exclusión y quizá con una interpretación forzada del art. 77 se podría llegar a comprender el supuesto en la tabla de los perjudicados. Con todo, sería casi suicida que el prometido demandara indemnización en estas condiciones a la compañía de seguros. Mas he aquí que aparece una sentencia de JPI que reconoce que el prometido es también un "allegado" del art. 67. ¿Dispara este precedente el inicio del plazo de prescripción? Pero se trata de una sola sentencia de instancia; otras pueden discrepar e incluso sabemos que hay otras que discrepan. ¿Hasta dónde esperaremos para saber si verdaderamente tenía derecho, o incluso – como pasó con la cláusula hipotecaria que nos ocupa- para descubrir inopinadamente que tenía un derecho que nunca había imaginado? Es evidente que la prescripción se produce con independencia de este conocimiento del derecho y corre incondicionalmente, aunque el prometido ni siquiera supiera – por no haber sido objetivamente descubierto, no por propia dejadez- que era titular de una pretensión. Otro ejemplo. Con la primera Ley de Defensa de la Competencia española, no se podían interponer demandas de daños por conductas cartelarias hasta que la autoridad de competencia hubiera declarado la existencia de una infracción competencial. Ya no ocurre así a partir del 2007. Con la nueva versión del art. 74 de la Ley (proveída por el Real Decreto Ley 9/2017), se interrumpe el plazo de prescripción de la acción de daños si una autoridad de competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador. La prescripción, en consecuencia, ya ha empezado a correr antes de que se inicie la actuación, porque de otra forma no podría ser suspendida ni interrumpida. Y más aún, antes de que concluya y permita a la parte dañada, de ser condenatoria, tener una prueba "irrefutable" (art. 75.1) de que ha existido una infracción de la competencia. Mas en términos prácticos ¿cómo puede tener un sujeto conocimiento de que ha existido una actividad concertada entre operadores y, todavía más, que esta actividad ha de calificarse como cártel prohibido? Los costes de producción de una prueba de esta clase son tan elevados que en términos racionales sólo tiene sentido esperar a que dichos costes de averiguación hayan sido realizados por la autoridad administrativa. Y sin embargo, la prescripción corre (al menos en teoría). Podíamos dilatar *el dies a quo* en el mejor de los casos a la fecha en que el dañado conoce los hechos (la conducta coordinada, el acuerdo prohibido) aunque ignore razonablemente que es titular de una acción de daños por existencia de un cártel.

En consecuencia, no sólo es riesgo del titular de la acción el conocimiento o desconocimiento de existencia de la norma jurídica o fuente del derecho correspondiente. Es también riesgo suyo la interpretación "correcta" de la norma, de la cual se desprende que es titular de una pretensión ganadora, aunque de hecho el

titular no hubiera podido racionalmente conocer antes que era un titular de esta clase. El proceso civil es una *apuesta*.

La STJUE de 21 diciembre 2016 sostuvo que era de efectos plenamente retroactivos (a efectos de devolución de cantidades) las sentencias que declarasen la nulidad por abusiva de la cláusula suelo. Imaginemos un caso de escuela en que un prestatario hubiera dejado prescribir su acción restitutoria antes de esta fecha, acaso porque consideraba que la solución restitutoria que posibilitaba la STS 241/2013, de 9 mayo no era de cuantía suficiente para justificar un pleito. Claro que este prestatario podía haberse jugado la suerte y demandar antes de diciembre de 2016 una restitución plenamente retroactiva, como muchos hicieron, en la esperanza de que los tribunales fracturaran la frontera temporal establecida en 2013 por el TS. Mas se trataba de una apuesta, porque el deudor no conocía suficientemente el alcance favorable de su pretensión hasta la sentencia europea. ¿Empezará entonces a correr la prescripción a partir de esta fecha? ¿O diez años más tarde, si por ventura la sentencia europea hubiera sido dictada en 2026? ¿O nunca, porque no sabemos a ciencia cierta si se va a dictar una sentencia europea que desacredite la doctrina de la no retroactividad creada por la STS 9 mayo 2013? Observemos, que, si hacemos depender la prescripción de este hecho, ocurrirá que nunca prescriban las acciones, *o que no sabremos nunca si nuestra acción ha empezado o no a prescribir*, ni tal cosa podría ser declarada por un juez con efecto de cosa juzgada.

Repárese en el episodio de la nulidad por usura. El estándar de usura ha ido cambiando a lo largo de la historia jurisprudencial. El actualmente vigente fue establecido por la STS 258/2023, de 15 febrero, y todavía actualizado por la STS 1378/2023, de 6 octubre, que «eleva» el techo de interés admisible cuando el deudor está siendo refinanciado por deudas anteriores impagadas. El penúltimo lo fue por STS 367/2022, de 4 mayo, que sustituyó al de la STS 628/2015, de 25 noviembre, *Wizink*. Un prestatario cuyo plazo a efectos del art. 3 de la Ley de Usura hubiera empezado a correr el día siguiente a la publicación de la sentencia *Wizink* podría justificar limpiamente que tal plazo no había empezado a correr porque, como demostraron los hechos, la jurisprudencia de casación podía seguir cambiando. Y seguro que volverá a cambiar, con el resultado de que puede estar esperando hasta el fin de los tiempos, porque nunca podrá anticipar una conjetura de “alta probabilidad” sobre cuáles serán las decisiones futuras del TS, hasta el fin de los tiempos también.

A efectos de contraste, invito ahora a reparar en el interesante caso resuelto por la STS 109/2013, de 8 marzo. El cirujano había sido condenado en una acción civil de responsabilidad por mala praxis. Se ha desarrollado paralelamente un proceso penal en el que es condenado por intrusismo. El cirujano no puede reclamar a su compañía de seguros, porque la póliza excluye el intrusismo del alcance de la cobertura. Una sentencia de amparo anula la resolución penal condenatoria, después de que haya transcurrido la prescripción del art. 23 LCS. Las dos instancias desestiman la demanda del cirujano por prescripción de la acción. El TS estima la pretensión, porque el demandado no dispuso de acción contra la aseguradora hasta que tuvo lugar la sentencia de amparo. La sentencia es correcta, porque el cirujano no estaba

sufriendo ningún error sobre el alcance de su derecho, sino que estaba de hecho impedido para formular la pretensión, con independencia de si él creía o no creía que la condena penal era conforme a Derecho.

Nunca antes de la sentencia URALITA (STS 141/2021, de 15 marzo) había sostenido el TS que se pudiera obtener como indemnización de daño real la mera posibilidad de que – lo que el tiempo dirá- quede uno expuesto a una vida más corta por haber vivido en el contexto respiratorio de las asbestosis ¿Será así que a partir de ahora, y no antes, empezará a correr la prescripción correspondiente de quienes antes de URALITA se encontraban en una situación parecida, como los enfermos transfundidos con virus de la HC, que ya tuvieron sus pleitos y sus prescripciones y que no recobraron esta nueva clase de daños porque nadie sabía que se podía pedir?

Si la cosa no fuere como propongo, no se podría reclamar una restitución resolutoria del art. 1124 CC hasta que una sentencia declarativa no hubiera previamente declarado la producción de un incumplimiento esencial. Mas tampoco esta primera pretensión prescribiría hasta que se hubiera producido una sentencia firme previa que hubiera reconocido que entre las partes existió un contrato válido y exigible. *E cosí via*. Ni de hecho correría el plazo de la reivindicatoria mientras no se hubiese obtenido una sentencia firme que reconociera, a instancias del actor, que el demandado carece de un título de dominio fundado en la usucapión, contingencia ésta que tampoco prescribiría hasta que se hubiera obtenido otra declaración firme judicial que reconociera que el demandado estaba poseyendo de hecho. *E cosí via*.

En la materia que ahora nos ocupa, la doctrina buena es la que contiene en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 15ª, 85/2019, de 23 enero y Valencia, 9ª, 61/2018, de 1 febrero, ya definitivamente obliteradas por la cizaña de la mala doctrina.

Y esta propuesta no es una monstruosidad. Ni tan siquiera bajo la tesis hoy dominante se sacude el actor consumidor el riesgo del Derecho, porque no existe ningún instrumento que le pueda proporcionar la certidumbre absoluta de que su derecho (a la nulidad de la cláusula de gastos o de la cláusula suelo) está fundado. El art. 6.1º CC no impone a nadie el deber de conocer el derecho, sino que atribuye a quien lo padece el riesgo de no conocer el derecho, por muy excusable que sea su ignorancia, salvo que esté provocada por el dolo de la contraparte.

9. BIBLIOGRAFÍA

MARIN LOPEZ, M. J. (2024). Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (50), 51–187. https://doi.org/10.18239/RCDC_2024.50.3491.

CORDÓN MORENO, F. "Estimación de la acción meramente declarativa de la existencia de un derecho. ¿Precluye la posibilidad de ejercitar la acción de condena en un proceso ulterior?", *GA-P. Publicaciones*, 8 de noviembre, 2023;

"Existe preclusión cuando en el primer proceso se ejercita la acción declarativa de incumplimiento contractual y posteriormente la acción de condena a indemnizar los daños y perjuicios causados", *GA-P Publicaciones*, 12 de diciembre, 2022).

"¿Acción meramente declarativa de la existencia y exigibilidad de una obligación dineraria?", *GA-P. Publicaciones*, 6 de octubre, 2020.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. "Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, nº 6, pp. 87-96.