

REPENSAR LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA RESTITUCIÓN EN VIRTUD DE UNA CLÁUSULA NULA DE REPERCUSIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS. (II) *MALAE FIDEI DEBITORI PRAESCRIPTIO NON LICEAT?**

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, *Malae fidei debitori praescriptio non liceat*.

Title: Rethinking the extinctive prescription for restitution under an invalid mortgage charge clause. (II) *Malae fidei debitori praescriptio non liceat*.

* 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, *Malae fidei debitori praescriptio non liceat*.

SUMARIO: I. ¿APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA USUCAPIÓN?; 1. Un apunte de Derecho antiguo; 2. En el CC, el deudor de mala fe prescribe extintivamente de manera ordinaria; 3. Excurso. Mala fides superveniens; II. LA STS 565/2024, DE 25 ABRIL, Y SUS EFECTOS EN EL CÁMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN; 1. El comentario de Manuel J. MARÍN; 2. Reflexiones adicionales; 3. Final. El deudor que prescribe con abuso de derecho.

I. ¿APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA USUCAPIÓN?

1. Un apunte de Derecho antiguo

En el Derecho común se disputó si cabía aplicar a las acciones personales la regla que en materia de usucapión impedía el efecto adquisitivo de la posesión de mala fe. Algunos lo negaron (BÁRTOLO entre ellos) sobre la base de que en las fuentes eran siempre prescriptibles las acciones personales, con independencia de si el deudor sabía o sospechaba que debía la cantidad. COVARRUBIAS, empero, rebate este convencimiento y sostiene que todo deudor que no ignora que debe tiene *laesam conscientiam* que le impide aprovecharse de la prescripción extintiva en Derecho canónico, cuyas reglas valdrían en este punto también en el fuero externo, debiendo ser consideradas nulas las leyes civiles que dispusieran otra cosa (*nec vim ullam obtinere ob peccatum & malam fidem ipsius praescribentis*). El deudor de una cantidad de dinero, puede decirse, *quasi possidet debitum* y usucape la libertad de la deuda (pero DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, 1972, pp. 147 ss, lo considera "artificial"). En este contexto resulta coherente con el punto de vista del autor que toda *mala fides superveniens* extinga la prescripción corrida, incluso si después viniere a cesar la mala fe (Cfr. *Relectio Regulae Possessor malae fidei, Undecimus, Opera Omnia*, I, ff. 213-215).

2. En el CC, el deudor de mala fe prescribe extintivamente de manera ordinaria

Sólo en el régimen de la usucapión se habla de un poseedor de buena fe frente a un poseedor de mala fe. Ambos se aprovechan de la usucapión, sólo que con distintos plazos (arts. 1955, 1957, 1959 CC). Los plazos de prescripción extintiva de las acciones reales (arts. 1962, 1963) y personales (art. 1964) son independientes del estado subjetivo del legitimado pasivo o del deudor que prescribe. La buena fe consiste en la creencia de que el otorgante del título gozaba de suficiente poder de disposición (art. 1950 CC). A los efectos que siguen, sólo consideraremos el supuesto de acción personal contra demandado deudor.

Es difícil, por mucho que se siga la expuesta opinión canónica, que se pueda construir un supuesto de *deudor de buena fe* a efectos de la prescripción (no, por ejemplo, a efectos del incumplimiento, art. 1107 CC). Se trataría, y así lo propone COVARRUBIAS, de un deudor que ignora que lo es. La hipótesis no es probable, lo que impediría construir sobre tan escasa base fáctica una presunción general de buena fe (cfr. art. 434 CC). De hecho, el mismo autor considera que la prescripción de acciones personales *raro absque mala fide potest contingere* (idem f. 213). Con todo, la hipótesis no es inverosímil cuando la deuda no nace directamente del título deuditorio, sino de la declaración judicial de ineficacia de este título, con un deber de restitución ex lege (arts. 1295, 1303 CC) que genera una deuda secundaria de la que el deudor de restitución casi siempre será ignorante al tiempo de perfección del contrato. Se trataría, en su caso, de una *mala fides superveniens*. Y esto ocurrirá incluso cuando la causa de nulidad haya sido el dolo *in contrahendo* de una parte (art. 1301 CC), porque el contrayente que capta con engaño la voluntad de la contraparte no por esto sabe (ial contrario!) en este momento que sea ya un deudor de restitución, para lo que es preciso que la otra parte triunfe en su demanda de anulación. Con todo, no es irrazonable proponer una interpretación más flexible de este nuevo término jurídico, avanzando que también pueden ser tildados de *debitores malae fidei* a efectos de prescripción extintiva quienes incurrían en *dolo in contrahendo*, contraten sin *animus solvendi* o con conciencia cierta de la imposibilidad de cumplir (STS 528/2012, de 5 septiembre 2012, CCJC, 93 [2013] § 2467, comentario de ARNAU RAVENTÓS) o incurran en causa ilícita o torpe, como la que dio lugar a la STS 479/2019, de 18 septiembre.

Incluso construyendo desde la nada un concepto de deudor que prescribe de mala fe, no sabríamos dónde anclar el régimen aplicable, pues nos falta un término temporal de referencia posible, como los treinta años de la usucapión extraordinaria de inmuebles. Salvo que propongamos que la acción deviene imprescriptible, como en efecto proponía COVARRUBIAS en el lugar citado.

El dolo del deudor no comporta que por ello mismo esté “reconociendo” la deuda en el sentido del art. 1973 CC. Si así fuera, la acción devendría en efecto imprescriptible, merced al reconocimiento continuado que produciría el estado de mala fe. “Reconocimiento” a estos efectos equivale a una conducta (no necesariamente recepticia) que contiene una manifestación de ciencia o de derecho que tiene que haber sido comunicada o, como poco, incluida en un soporte reconocible por

tercero (vgr. asentamiento de la deuda en la contabilidad del deudor, STS 675/2001, de 26 junio. Aunque se sostenga – de lo que discrepo – que el reconocimiento no debe formar parte necesaria de la *intentio* del actor – es la interrupción de la prescripción como efecto lo que no pertenece a la *intentio*-, el “efecto” de reconocimiento no puede predicarse sin más del simple hecho de que el deudor sabe que debe y que el acreedor pruebe de cualquier modo que aquél efectivamente lo sabe.

3. Excurso. *Mala fides superveniens*

Se trata de un *topos* clásico en la doctrina de la usucapión. ¿Qué ocurre si el poseedor llegó a saber su carencia de *ius possidendi* (art. 435 CC) en un momento en el que todavía no se había consumado la usucapión ordinaria, por ejemplo, a propósito de una interrupción civil de la usucapión? Es normal entender que la mala fe sobrevenida *nocet* al poseedor, porque el art. 1940 CC vendría a exigir una continuidad de la buena fe durante todo el curso de la prescripción (“poseer de buena fe...por el tiempo determinado por la ley”: por todos ALBALADEJO, Comentario arts. 1950-1951 CC, EDERSA, vol. XXV 1º, 1993, p. 307).

En mi opinión, empero, en materia de usucapión, y siempre *ceteris paribus*, la mala fe sobrevenida *non nocet* cuando el sujeto accedió a la posesión por título (*possessio colorata*) y éste es oneroso y en concepto de dueño. Retorno con ello al posicionamiento clásico que fue asumido por el Derecho de *Partidas* (3, 29, 12).

La STS 419/2023 plantea dos interesantes extremos sobre la usucapión ordinaria de bienes inmuebles, pero sólo me ocupo aquí del segundo, la exigencia de buena fe en el poseedor. Es doctrina hoy vigente del TS que la buena fe exigible no es sólo la psicológica, sino la honesta creencia fundada en un estándar de corrección, de forma que la falsa creencia soportada en una ignorancia inexcusable no valdría como buena fe (SSTS 370/2014, de 8 octubre, 144/2015 de 3 marzo). En el presente, la poseedora demandada no puede ser considerada de buena fe, observada la falta de diligencia exigible al adquirir la finca litigiosa. El vendedor no presentó sus títulos de dominio, lo que se toleró por la recurrente, pese a la advertencia efectuada por el notario en tal sentido, contexto en el que difícilmente cabe sostener una ignorancia sobre la trascendencia de tal circunstancia; por otra parte, se renunció voluntariamente a la información del registro de la propiedad sobre las fincas agrupadas, no se exigió la referencia catastral, y no se fue diligente en apreciar la falta de coordinación de los lindes con la realidad física de la finca sobre el terreno. Esta ausencia del cuidado debido no carece de trascendencia jurídica, sino que, sin duda, la alberga; toda vez que la ignorancia de la compradora demandada debe ser excusable, al encontrarse sometida a la carga ética de diligencia básica que requiere actuar, de forma prudente, en la adquisición de los derechos reales.

En segundo lugar, y esto es lo que aquí importa, la buena fe debe subsistir a lo largo de toda la posesión que conduce a la usucapión. Los arts. 435 y 1957 (sic) CC acreditarían la necesidad de que el estado subjetivo y normativo se mantenga, de

forma que, frente a lo dispuesto en Derecho romano (afirma la sentencia), en el CC *mala fides superveniens nocet*. Es difícilmente rebatible que la denuncia penal formulada, así como la tramitación del proceso penal para investigar los hechos objeto de la noticia criminal, determinó que la demandada recurrente perdiera la condición de poseedora de buena fe, puesto que, durante la sustanciación de dicho proceso (en el que fue coimputada por estafa pero absuelta), en el que fue parte, tuvo cabal constancia de la creación ficticia del título dominical en el que su causante jurídico, el vendedor fundó su falaz derecho de propiedad sobre la finca litigiosa, así como el ardid ideado para atribuirse el dominio que no ostentaba. Se citan como precedentes las sentencias 375/2001, de 5 abril y 500/2015, de 18 septiembre, donde se contienen otras referencias jurisprudenciales más antiguas.

Hasta aquí la sentencia. Ahora procede comentarla.

Si el primer argumento parece suficiente (se exige una conducta excusable en la que se funde la ignorancia), ¿para qué el segundo? La demandada no estaría en condición de buena fe al tiempo de la adquisición, y esta constancia bastaría. ¿Para qué exigir además una continuidad ininterrumpida del estado de buena fe durante el tiempo preciso para la usucapión? ¿Qué puede importar que conforme al CC *mala fides superveniens nocet*? Pero la cosa tiene su importancia histórica y sistemática, porque es precisamente sobre este punto sobre el que sospecho que la sentencia se erigirá en precedente. Y entonces hay que aprestarse a rebatirla.

En materia de usucapión ordinaria, *mala fides superveniens non nocet*. No puede ser de otra forma, a riesgo de eliminar la usucapión ordinaria en general, y no sólo cuando se haya realizado una interrupción civil por actuación judicial. A diferencia de lo que ocurre con la adquisición de frutos por el poseedor, con la responsabilidad por daños en la cosa y con el derecho de abono de mejoras, que son causas divisibles en el tiempo, la buena (o mala) fe de la usucapión es indivisible, porque la creencia (excusable) se refiere al título de adquisición, no a la continuidad del estado posesorio, y por ello el objeto de la creencia se proyecta sobre un único punto del tiempo. La *mala fides* que *nocet* es aquella que por su divisibilidad puede proyectarse al futuro sin efectos retroactivos.

¿Qué se le exige al poseedor que adquiere excusablemente en buena fe y a lo largo de los diez años tiene motivos para sospechar que su título adolecía de vicios, que otro tercero puede tener un derecho preferente? Observemos, que no se distinguiría entre que el poseedor descubra su error y que el poseedor debería haber descubierto el error. En ambos casos *fides nocet*. El error posteriormente reconocible tumbaría entonces la buena fe inicial. ¿Debe entonces allanarse a la demanda, abandonar la cosa, cancelar su título en el Registro, transigir? Dejando la transacción al margen, cualquier otra conducta del poseedor es inexigible. Si se allana o restituye de propia iniciativa no tendrá vía para reconvenir por el pago de mejoras. Si se allana y resulta que ha arrendado la cosa, provoca voluntariamente la evicción del inquilino, con las consecuencias que ello comporta. Se dirá que resulta injusto que se gane un dominio por 10 años de posesión en estas condiciones; pero lo ganaría por 30 en todo caso,

y a la hora de fijar guarismos, el legislador es discrecional, no justo; no es más justo 30 que 10. Pero, sobre todo, ¿por qué no ha poder confiar legítimamente que, por ejemplo, la acción del actor está prescrita, que la relación procesal está mal constituida, que la demanda contra él será desestimada y que, por ende, todo el tiempo del proceso habrá sido tiempo en que ha corrido la posesión *ad usucapionem*? ¿Por qué pedirle una conducta restitutoria si el verdadero o sospechado *dominus* no va a estar dispuesto a abonarle el precio pagado por la posesión? ¿Por qué remitirle a un juicio de saneamiento por evicción contra el vendedor, con el riesgo de perder la cosa y el precio?

Pero sobre todo urge poner coto a la buena fe "ética" como exigencia suplementaria del estado subjetivo de conocimiento o desconocimiento. Bueno está que se exija una carga ética cuando se entra en la posesión, pero no cuando se continúa en ella. Ello exigiría del poseedor una cavilación escrupulosa continuada, una conciencia siempre vigilante de sus propias faltas. Ante estas exigencias, difícilmente el poseedor no acabaría sucumbiendo a un estado de duda, agravada con el tiempo, pero al mismo tiempo carente de incentivos para empeñarse en averiguar más, a riesgo de que llegue a saber lo suficiente para que la buena fe se disipe.

Destaco que las consideraciones anteriores no podrían aplicarse a un *debitor* con *mala fides superveniens*. Puesto que *debe* lo que es objeto de la acción, no puede condicionar su pago a una contraprestación que ya tiene recibida en virtud del mismo título por el que debe (por ejemplo, debe como comprador). Y si es un *deudor de restitución*, su reequilibrio patrimonial quedará normalmente garantizado merced a la estructura sinalagmática de la restitución derivada de contratación onerosa (cfr. art. 1308 CC).

II. LA STS 565/2024, DE 25 ABRIL, Y SUS EFECTOS EN EL CÁMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

1. El comentario de Manuel J. MARÍN

Me voy a permitir de nuevo, como ha hice en el documento citar en extenso las palabras de mi compañero Manuel J. MARÍN LÓPEZ en la obra publicada en *Revista CESCO*, a la que allí me refería.

En la sentencia se discute la interpretación que ha de darse al art. 395.1.II LEC, a la vista de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 y del principio de efectividad. Como es sabido, el art. 395.1 LEC establece que si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas, salvo que el tribunal, razonadamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entenderá que hay mala fe si, antes de presentada la demanda, se ha formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago.

En el caso de autos, la entidad financiera recurrente, condenada al pago de las costas, objeta que no ha habido mala fe por su parte, porque tan pronto recibió el requerimiento extrajudicial, recabó los datos precisos para satisfacer la pretensión del consumidor, y en cuanto los tuvo aceptó el requerimiento y pagó las cantidades debidas con sus intereses. El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, aprovechando la ocasión para reformular su doctrina sobre la condena en costas en casos de allanamiento de la entidad financiera. Esta doctrina consistía en tomar en consideración, para apreciar la mala fe del prestamista que se allana a la demanda y decidir si el consumidor debía de cargar con sus propias costas, la existencia de un requerimiento extrajudicial en términos y plazos tales que permitieran afirmar que en ese caso no se había impuesto al consumidor un obstáculo desproporcionado para la efectividad de la Directiva 93/13. Esto requería un análisis casuístico, que tomara en consideración la adecuación del requerimiento previo (el plazo concedido, si aporta factura y desglose de cantidades reclamadas, etc.) y la corrección y prontitud de la respuesta dada por la entidad reclamada.

Esta jurisprudencia debe ser matizada a la vista de la STJUE 13 julio 2023, C-35/22, que resuelve una cuestión prejudicial precisamente sobre cómo ha de interpretarse el art. 395.1 LEC a la luz del principio de efectividad y la Directiva 93/13. Entiende el TJUE que la distribución de las costas en un proceso judicial pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros, pero esta normativa nacional debe respetar los principios de equivalencia y de efectividad. La STJUE señala que “el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor interesado” (ap. 28). En relación con las costas, declara el TJUE que la exigencia del art. 395.1 LEC de agotar la vía de la reclamación extrajudicial, siendo legítima y razonable, recae sobre el consumidor. Pero si existe una jurisprudencia nacional reiterada que declara abusiva una cláusula, debería tenerse en cuenta también la conducta de la entidad financiera. En estos casos, “cabe esperar de las entidades bancarias que tomen la iniciativa de ponerse en contacto con sus clientes cuyos contratos contengan tales cláusulas, antes de que estos presenten demanda, para anular los efectos de esas cláusulas” (ap. 32). “Asimismo, una norma nacional como el artículo 395 LEC, que carga enteramente sobre el consumidor afectado la iniciativa de realizar una gestión antes de acudir a la vía judicial no incita a los profesionales a deducir, voluntaria y espontáneamente, todas las consecuencias de la jurisprudencia relativa a las cláusulas contractuales abusivas y favorece así la persistencia de los efectos de esas cláusulas. Por último, al someter a ese consumidor a un riesgo económico adicional, tal norma podría crear un obstáculo capaz de disuadirlo de ejercer su derecho al control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato celebrado con el profesional” (ap. 34). “Por último, al consumidor que ha celebrado un contrato que contiene una cláusula abusiva no se le puede reprochar que

acuda al juez nacional competente para ejercer los derechos que le garantiza la Directiva 93/13 cuando el profesional en cuestión ha permanecido inactivo a pesar de que, en jurisprudencia nacional reiterada, se han declarado abusivas cláusulas análogas a aquella, lo cual habría debido incitarlo a ponerse en contacto, por iniciativa propia, con el consumidor y a dejar sin efectos la cláusula abusiva lo antes posible” (ap. 35). Afirma el TJUE que, según el órgano remitente, aunque en España existe jurisprudencia consolidada del TS sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos, “las entidades bancarias, en vez de informar a los consumidores de las consecuencias de la jurisprudencia nacional relativa a las cláusulas contractuales abusivas, tienden a esperar a que se les dirija un requerimiento previo a la vía judicial, que atienden, a que se incoe un procedimiento judicial, ante lo cual se allanan de inmediato a la demanda antes de contestarla, con el propósito de evitar que se les impongan las costas del procedimiento” (ap. 36). Y concluye que “dado el conocimiento que sobre esta materia cabe esperar de las entidades de crédito, conjugado con la posición de inferioridad de los consumidores respecto de tales entidades, las conductas descritas en el apartado 36 de la presente sentencia pueden constituir indicios serios de la mala fe de dichas entidades. En consecuencia, es preciso que el juez competente pueda efectuar las comprobaciones necesarias al efecto y, en su caso, extraer las consecuencias que de ellas se deriven (ap. 37).

Implementando la STJUE 13 julio 2023, la STS 565/2024 matiza su jurisprudencia, “en el sentido de considerar que, cuando ya exista una jurisprudencia reiterada y consolidada respecto de la abusividad de una cláusula o una práctica, la conducta procesal de la entidad demandada es de menor relevancia para poder eximirla de las costas, una vez que no tomó la iniciativa de dirigirse al consumidor para reparar las consecuencias de su conducta abusiva” (FJ 5º, ap. 3). Añade que la jurisprudencia sobre la nulidad de la cláusula de gastos quedó consolidada con las SSTS 44-49/2019, de 23 enero, aunque hubo sentencias posteriores que determinaron con precisión la atribución de los gastos de gestoría (STS 550/2020, 26 octubre 2020) y de tasación (STS 35/2021, 27 enero 2021), pero no afectaron a la doctrina ya reiterada sobre abusividad de la cláusula de gastos. Estas SSTS de 23 enero 2019 “hubieran exigido de la entidad prestamista la devolución de aquellos gastos respecto de los que ya existía una jurisprudencia clara (como mínimo, los de notaría y registro, desde las indicadas sentencias de 23 enero 2019)” (FJ 5º, ap. 4). Y llega a la siguiente conclusión: “como la entidad prestamista no tomó la iniciativa de reparar el daño patrimonial causado a la prestataria como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, como mínimo desde las sentencias de 23 de enero de 2019, su comportamiento posterior al requerimiento extrajudicial efectuado por la demandante no puede eximirle de la imposición de costas” (FJ 5º, ap. 5). “conducta procesal” se entiende en este contexto el comportamiento de la entidad después de haber recibido el requerimiento extrajudicial. Hasta la fecha, la imposición de las costas se juzgaba teniendo

en cuenta la conducta del demandante (plazo de pago concedido en el requerimiento, si hay desglose de las cantidades reclamadas, etc.) y del demandado (básicamente, prontitud y corrección de la respuesta). Sin embargo, a partir de ahora la conducta del demandado será “de menor relevancia” para decidir la condena en costas. Lo que significa que puede dársele algún valor, pero no tanto como a la conducta del demandante. Esta afirmación puede parecer contradictoria con la idea recogida al final de la sentencia: el comportamiento [de la entidad prestamista] posterior al requerimiento extrajudicial “no puede eximirle de la imposición de costas” (FJ 5º, ap. 5). En cualquier caso, el TS no afirma que hay “mala fe” del prestamista que permanece inactivo y no toma la iniciativa de reparar el daño causado por la aplicación de la cláusula abusiva. Simplemente afirma que su inactividad no puede eximirle de la imposición de las costas.

¿Tiene esta doctrina algún efecto en el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos? Para Manuel J. MARÍN no lo tiene. La STS 25 abril 2024 no impondría expresamente al prestamista la obligación de informar al consumidor de que su contrato contiene una cláusula abusiva. Tampoco la STJUE 13 julio 2023 impondría al banco la obligación de informar. El uso de la expresión “cabe esperar” es elocuente. Si el TJUE hubiera querido establecer esa obligación, lo hubiera expresado con claridad. Lo que sí hace el TS es deducir de la inactividad del prestamista determinadas consecuencias en relación con la imposición de las costas causadas en primera instancia. Pero incluso admitiendo que el prestamista está obligado a contactar con el consumidor y a devolverle los gastos que esté abonó, el incumplimiento de esta obligación no tendría ninguna consecuencia en el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria. ¿De qué modo afectaría al cómputo del plazo el hecho de que el prestamista no contacte con el consumidor para devolverle los gastos? ¿Se suspende el plazo prescriptivo hasta que el prestamista contacte con él, de manera que si el prestamista no toma esa iniciativa el plazo permanece abierto? No ofrecer la reparación de manera proactiva no es una circunstancia relevante para valorar el conocimiento potencial necesario a los efectos del art. 1969 CC, esto es, para juzgar si el acreedor debía haber conocido o no esos hechos y la identidad del dañante de haber actuado con diligencia.

2. Reflexiones adicionales

Es notorio que nuestra legislación no impone al deudor un deber adicional (distinto de la deuda originaria) de (correr a) pagar a su acreedor en el momento en que es consciente de su condición de deudor en estado de mora. Si una obligación de esta clase existiera, su incumplimiento generaría una nueva acción, sujeta a su vez a un nuevo plazo de prescripción, pero con un contenido resarcitorio equivalente al de la segunda: el deber de restituir los gastos indebidamente cobrados. Y un nuevo deber de (correr a) pagar y reiterado incumplimiento de esta tercera obligación. Y así sucesivamente. La acción de restitución devendría imprescriptible merced a la concatenación “coligada” de deberes obligacionales incumplidos, porque se

arrastrarían hacia delante los plazos de inicio del curso prescriptivo, si es verdad lo que al respecto propone el TS en materia de coligación contractual y prescripción (cfr. SSTS 322/2023, de 28 febrero; 356/2023, de 8 marzo).

Que exista esta eventual obligación secundaria de no perpetuar la situación de mora no comporta que el deudor esté reconociendo su débito a los efectos interruptivos del art. 1973 CC. Todo lo contrario. Su porfía en enrocarse en una posición mera de pasividad en la espera es elocuente que el deudor no está reconociendo la existencia de su deuda. De otra manera se produciría la notable consecuencia de considerar interrumpida toda prescripción en la que el deudor pase del estado de duda al de certeza. Y esto no puede aceptarse, porque incluso el deudor de mala fe tiene *derecho a prescribir, un derecho a librarse de pagar por el transcurso simple de un plazo*. Es incluso moralmente aceptable, aunque se diga que el pago de una deuda ya prescrita valga como cumplimiento de una "obligación natural".

Incluso podría proponerse lo contrario de lo insinuado. Una vez que el acreedor es consciente de que el deudor se refugia en la inacción, más urgente se hace para él estar atento al transcurso de los plazos de prescripción, porque ya debe tener por cierto que el deudor no pagará de propia voluntad.

No estoy seguro de que la jurisprudencia que estamos examinando tenga funciones preventivas que incentiven a las entidades financieras a tomar la iniciativa de restituir las cantidades indebidas, antes de que el acreedor les haga un requerimiento extrajudicial o les demande. La estrategia de las entidades resultaba evidente antes de estas sentencias. La entidad permanecía inactiva y daba largas a las reclamaciones informales, en la esperanza – que no debió resultar del todo vana– de que los reclamantes se cansaran de reclamar o reflexionaran por segunda vez antes de embarcarse en costes procesales o extraprocesales. En el momento del requerimiento extrajudicial del art. 395.1 II LEC, las entidades se ponían en funcionamiento con propósitos positivos. El deudor que había gastado dinero en la preparación y titulación del requerimiento, con seguridad estaba decidido ya a franquear la puerta de un proceso. Era el momento de atender la reclamación, o incluso esperar a la demanda para allanarse, bajo la argumentación de que habían iniciado los trámites de pago después del requerimiento, y en ello estaban cuando fueran demandadas. Pero si con la doctrina actual las entidades han de tomar una postura activa de pago cuando la cosa ya estaba clara en lo relativo a la abusividad de la cláusula (según el TS, el día de publicación o de difusión mediática de las SSTS 23 enero 2019) o afrontar un proceso y una condena en costas, es seguramente preferible para ellas permanecer pasivas y esperar a la sentencia firme condenatoria (ilargo lo fiais!), porque puede ser una conducta empresarialmente subóptima la de pagar al menor indicio de que se debe, cuando hay no pocas esperanzas de que el tiempo y el aburrimento acaben con los ánimos querulantes del consumidor. Cuando el volumen de reclamaciones puede ser estadísticamente importante, la mejor estrategia del deudor es no pagar hasta que no tenga otro remedio, porque la inactividad es la conducta más probable en el colectivo afectado. Sin contar con las

posibilidades de ahorrarse las costas del proceso si convence a la otra parte de la conveniencia de transigir antes del dictado de la sentencia de segunda instancia.

3. Final. El deudor que prescribe con abuso de derecho

Llegamos ahora al final de las elucidaciones que hemos intentado sobre la jurisprudencia española y europea relativas a la restitución de los gastos hipotecarios y sobre el apotegma *mala fides nocet* aplicada a un deudor que está prescribiendo en su favor la extinción de la deuda.

En mi opinión es una opción probabilísima que la especie ilustrada se encuentran en la tesitura de incurrir en abuso de derecho (art. 7 CC) las entidades financieras que, sabedoras, de la doctrina ya indiscutible sobre el asunto fijada el 23 enero 2019, persistieron en su papel pasivo y hacen valer la prescripción extintiva de la acción restitutoria después de esta fecha al consumidor que les demanda. Oponer la excepción de prescripción, no la actitud reservona y maliciosa de callar, es lo que constituye abuso de derecho. La excepción de prescripción se desestimarán entonces por inadmisibles. No se trata de si la prescripción se interrumpe o se suspende o se extiende un tiempo suplementario. La prescripción cursa su operativa ordinaria, pero su alegación procesal es abuso de derecho. Precisemos más esta tesis.

Aceptemos como buena la tesis de la STS 565/2024 de que *alrededor* del 23 enero 2019 el deudor ya podía colegir hasta el límite de la certeza que las cláusulas rutinarias de gastos hipotecarios eran abusivas. Imaginemos que de acuerdo con nuestra proposición la acción restitutoria prescribe a los quince/cinco años de haberse pagado indebidamente tales gastos. Si este término tiene lugar antes de 23 enero 2019, la entidad financiera no está sujeta a ningún deber proactivo de gestionar la devolución, porque para la entidad la acción está prescrita, y puede alegar tal cosa cuando se le reclame, sin que la conducta procesal correspondiente se considere abuso de derecho. Imaginemos ahora que la prescripción a la que me refiero tiene lugar después de 23 enero 2019. Concedemos a los bancos un *colchón de seguridad* para que dispongan de un tiempo suficiente para asimilar la mala noticia y gestionar las devoluciones. No nos importa cuánto tiempo queramos disponer para ese colchón, pues no estamos tratando de prescripción y sus plazos ciertos, sino del abuso de derecho. Por tanto, la prescripción tiene lugar el 23.1.2019+colchón, en un momento en el que las entidades financieras ya deberían estar preparadas para cumplir con esa especie de deber fiduciario que les impone la STS 565/2024. Pasado ese tiempo, toda prescripción que tuviera lugar ya no podría ser opuesta por la entidad deudora de restitución, porque en este *dies ad quem* del art. 1964 CC la entidad financiera ya estaría incurso en el incumplimiento de su deber de pagar raudo y de propia mano.

No todo escenario de deudor que se enroca en su inactividad estratégica conociendo que debe la deuda está por ello incurso en abuso de derecho. De otra forma, no existiría necesidad de un derecho de la prescripción o, alternativamente, nada

prescribiría porque la mala fe inicial o sobrevenida estaría continuadamente “interrumpiendo” la consumación del plazo.

Es la particularidad de nuestro caso la que permite resolver la contienda en sede del art. 7 CC. Existe enorme asimetría de poder entre las entidades y los consumidores, los primeros especulan con la debilidad cognitiva, la inercia, el cansancio provocado por el silencio y los temores de los segundos de embarcarse en los costes de un proceso, el hecho de la deuda es socialmente, no sólo subjetivamente, cierto. La conducta especulativa da frutos, porque como los casos idénticos son numerosísimos, la frecuencia estadística de los que abandonan en el camino hace rentable que se tense la espera hasta que sólo los más decididos litigan. Se ningunea al consumidor mediante el ejercicio de un ostensible poder de mercado que hace ilusoria la existencia de una deuda cierta, y más cierta porque es masiva. Finalmente, más que falta de transparencia, la imposición bancaria de gastos hipotecarios al consumidor es *de una iniquidad manifiesta* que envenena el sistema social que se teje alrededor de entidades que están privilegiadas precisamente por incorporar una importancia sistémica y a las que la normativa endosa hoy deberes fiduciarios frente a su clientela.

Claro es que en Derecho español es menos agónica la necesidad de recurrir al recurso del abuso de derecho, porque difícilmente no se habrá interrumpido el curso prescriptivo mediante una reclamación informal.

No es el único caso para el que reclamo el nicho del abuso de derecho. Toda entidad que preconstituye una cláusula de gastos (abusiva) en contratos hipotecarios posteriores a 23 enero 2019 está en dolo *in contrahendo* bajo cualquier consideración. En las circunstancias ya anteriormente explicadas, el deudor no puede oponer la prescripción de la acción restitutoria, cualquier sea el plazo transcurrido desde aquella fecha y mientras el acreedor tenga abierta la posibilidad (ya sabemos que ésta es imprescriptible) de presentar una demanda de nulidad de la cláusula. En tales circunstancias es bien cierto que *malae fidei debitori praescribere non licet*.

Aplíquese la lógica expuesta a otras litigaciones sobre otras conocidas cláusulas en contratos financieros y otras pretensiones de restitución que nazcan de resultados de la nulidad de la cláusula.

Está todavía por escribir el capítulo sobre el momento de la historia del Derecho en el que la técnica residual universal del abuso de derecho acabe obliterando el Derecho de la prescripción, como ya ha hecho o hará con otras clásicas instituciones del sistema de Derecho privado. *Ya viene, señor, o es ya llegada.*

III. BIBLIOGRAFÍA

ARNAU RAVENTÓS, L. “STS 528/2012, de 5 septiembre 2012”, *CCJC*, 93 [2013] § 2467.

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.