

## **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\*\***

Catedrático de Derecho civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** La SSTJUE 25.1.2024 y las dos SSTJUE 25.4.2024, 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 establece 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 configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un supuesto de suspensión de la prescripción, y no como un requisito del *dies a quo*.

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco 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 y, en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 "El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final" cofinanciadas 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 en el marco del Proyecto de I+D+i financiado por el MICIN "El derecho privado contractual ante la economía digital" (PID2020-115355RB-I00).

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9645-6325>

**Palabras clave:** Cláusula abusiva; préstamos hipotecarios; cláusula de gastos; prescripción; inicio del plazo de prescripción; *dies a quo*.

**Title:** The SSTJUE of January 25 and April 25, 2024 do not require the limitation period for the restitution of mortgage expenses to begin with the judgment declaring the nullity of the expenses clause.

**Abstract:** The SSTJUE 25.1.2024 and the two SSTJUE 25.4.2024, which resolve three questions referred for a preliminary questions by Spanish courts, deal with the limitation period for the restitution of mortgage expenses. Contrary to what has been widely asserted, these CJEU decisions do not establish the *dies a quo* of the action for reimbursement of the expenses, nor do they require the consumer to be aware of the unfair nature of the term in order for the limitation period to start to run. Nor do they require that in Spanish law the limitation period begins with the declaratory judgment of nullity. From these premises, in Spanish law, the most appropriate thing to do is to configure the knowledge of the unfairness of the term as a case of suspension of the period of prescription, and not as a requirement of the *dies a quo*.

**Key words:** Abusive clause; mortgage loans; expenses clause; prescription; start of the statute of limitations; *dies a quo*.

## INDICE

- I. Las SSTJUE de 25 de enero de 2024 y 25 de abril de 2024 sobre prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios: ¿fin de un debate?
- II. El inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos en el derecho común español.
- III. Doctrina previa del TJUE sobre prescripción de la acción de restitución de cantidades derivada del carácter abusivo de una cláusula.
- IV. La STJUE de 25 de enero de 2024.
  1. Las preguntas de la Audiencia Provincial de Barcelona y su reformulación por el TJUE
  2. Primera pregunta: a los efectos de la prescripción de la acción de restitución de gastos, ¿es relevante que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula?
    - a) Argumentos del TJUE.
    - b) Respuesta: el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula afecta al cómputo del plazo de prescripción.

3. Segunda pregunta: el conocimiento del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula, ¿debe tenerlo antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o basta con que lo tenga antes de que dicho plazo expire?
    - a) Argumentos del TJUE.
    - b) Respuesta: basta con que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire, y que desde ese momento el consumidor disponga de un plazo suficiente para ejercitar sus derechos.
    - c) La STJUE de 25 de enero de 2024 no exige que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para que el plazo de prescripción empiece a correr.
  4. Tercera pregunta: el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, ¿lo adquiere el consumidor cuando existe un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otros hechos?
    - a) Argumentos del TJUE.
    - b) Respuesta: la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no constituye prueba de que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula.
  5. La SAP Barcelona (Secc. 15) 62/2024, de 15 de marzo.
    - a) Doctrina general.
    - b) El voto particular.
- V. La STJUE de 25 de abril de 2024 (Tribunal Supremo).
1. Las preguntas del Tribunal Supremo y su reformulación por el TJUE.
  2. Primera pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos con la sentencia firme que declara abusiva esa cláusula?
    - a) Argumentos del TJUE.
    - b) Respuesta: no se opone a la Directiva 93/13/CE que el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece a correr con la sentencia firme que declara abusiva la cláusula.
    - c) Esta STJUE de 25 de abril de 2024 no exige que en el derecho español el plazo de prescripción empiece a correr con la sentencia declarativa de nulidad.
  3. Segunda pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución cuando el tribunal supremo nacional declara abusiva esa cláusula?
    - a) Argumentos del TJUE.
    - b) Respuesta: se opone a la Directiva 93/13 fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el tribunal supremo declara abusiva esa cláusula, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire.
  4. Tercera pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución cuando el TJUE dicta sentencias que admiten que la acción de restitución puede prescribir?
    - a) Argumentos del TJUE.

- b) Respuesta: se opone a la Directiva 93/13 fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el TJUE dicta sentencias que admiten que la acción de restitución puede prescribir, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire.

VI. La STJUE de 25 de abril de 2024 (JPI nº 20 de Barcelona).

1. Primera y tercera pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución cuando el consumidor abona los gastos o en cualquier otro momento anterior a la fecha en que una sentencia declara abusiva esa cláusula?
  - a) Argumentos del TJUE.
  - b) Respuesta: se opone a la Directiva 93/13/CE 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, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire.
2. Segunda pregunta: remisión.

VII. La conformidad a la Directiva 93/13/CE obliga a valorar todos los elementos que configuran el régimen español de la prescripción.

VIII. El conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, ¿cómo afecta al cómputo del plazo de prescripción en el derecho español?

1. En el derecho español el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no es un requisito del *dies a quo* sino un caso de suspensión de la prescripción.
2. En el derecho español el período de seguridad puede ser de dos años o incluso de un año.
3. Formulación de la regla (“suspensión por ignorancia del carácter abusivo de la cláusula”) y ejemplos de aplicación.
4. En el derecho español es inadecuado que el plazo de prescripción empiece a correr cuando se dicta sentencia que declara abusiva esa concreta cláusula.

IX. ¿Qué información jurídica debe conocer el consumidor?

1. El TJUE no exige que la cláusula sea con “certeza” abusiva.
2. Cláusula potencialmente abusiva: existe un escenario de litigación sobre la abusividad de una cláusula. Su aplicación a la cláusula de gastos.
3. Conocer los derechos que la Directiva 93/13 le confiere al consumidor.
4. ¿Debe el consumidor conocer los concretos gastos cuya restitución puede reclamar?

X. La cognoscibilidad por el consumidor del carácter potencialmente abusivo de la cláusula.

1. Conocimiento real y conocimiento potencial (cognoscibilidad).

2. El parámetro del consumidor medio.
3. Cognoscibilidad sobre la existencia de un escenario de litigación relativo a la abusividad de una cláusula.
4. Cláusula potencialmente abusiva y presunciones de conocimiento/desconocimiento establecidas en las SSTJUE de 25 de abril de 2024.
5. La fecha en que el consumidor medio pudo conocer que existía un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula de gastos
6. La STS 565/2024, de 25 de abril, y sus efectos en el cómputo del plazo de prescripción.
7. El régimen de la prueba sobre la cognoscibilidad.

XI. Ejemplos prácticos.

XII. Conclusiones.

XIII. Bibliografía.

## **I. LAS SSTJUE DE 25 DE ENERO DE 2024 Y 25 DE ABRIL DE 2024 SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS: ¿FIN DE UN DEBATE?**

Pocas materias hay tan controvertidas en el panorama actual del derecho patrimonial como la relativa a la determinación del inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula predispuesta abusiva. En la práctica los problemas se han planteado, sobre todo, en relación con la cláusula que impone al prestatario el abono de todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario (gastos de gestoría, tasación, notaría e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad).

Dada la complejidad de la materia, tres órganos jurisdiccionales plantearon varias cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera la formuló el Tribunal Supremo mediante ATS 22.7.2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A). De esa misma fecha es el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona (ECLI:ES:JPI:2021:297A). Pocos meses más tarde, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) dicta cuatro autos de 9.12.2021 de planteamiento de cuestión prejudicial. Se trata de los autos con número de recurso 560/2021 (ECLI:ES:APB:2021:9350A), 565/2020 (ECLI:ES:APB:2021:9347ª), 651/2021 (ECLI:ES:APB:2021:9349A) y 874/2021 (ECLI:ES:APB:2021:9348A).

Con fecha de 25 de enero de 2024 el TJUE ha dictado sentencia en la que resuelve la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona (asuntos acumulados C-810/21 a 813/21). Y hace apenas unos días se han dictado dos SSTJUE, de 25 de abril de 2024, que contestan a las preguntas del Tribunal Supremo (asunto C-561/21) y del JPI nº 20 de Barcelona (asunto C-484/21). Es llamativo que la primera sentencia dictada por el TJUE haya sido la presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando esta es precisamente la última que se formuló.

La STJUE 25.1.2024 fue recibida con alborozo por muchos abogados que tienen como clientes a consumidores que, legítimamente, desean recuperar los gastos hipotecarios que en su momento abonaron. En las redes sociales muchos afirmaron que esta sentencia del TJUE supone un avance importante en la defensa de los consumidores; y que se “amplía” el plazo para reclamar la devolución de los gastos, que según algunos terminaba el 23 de enero de 2024 (a los cinco años de dictarse las famosas SSTS 23.1.2019, que establecían qué gastos corresponde abonar al consumidor y al prestamista). Se ha dicho, incluso, que tras esta STJUE el plazo de prescripción de la acción restitutoria no empieza a correr hasta que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula de gastos, y que como ese conocimiento no existe por el hecho de que el Tribunal Supremo haya dictado sentencias que declaren esta cláusula abusiva, en verdad el plazo empieza a correr cuando se dicta la sentencia concreta que declara abusiva la cláusula de cada consumidor particular. Obviamente, no faltan opiniones en el sentido de que el TJUE “tumba” de nuevo al Tribunal Supremo, que sufre otro revolcón por no respetar la jurisprudencia del TJUE

y alinearse, una vez más, con los intereses de la banca. Esta última opinión es realmente llamativa, pues no se alcanza a comprender cómo esta STJUE puede corregir al Tribunal Supremo cuando es la Audiencia Provincial de Barcelona la que plantea la cuestión prejudicial.

Las asociaciones de consumidores no se han quedado atrás al celebrar el "hito histórico" que supone la STJUE 25.1.2024. Así, por ejemplo, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) afirma que "el TJUE ha sentenciado que el plazo para solicitar la devolución de los gastos al banco empieza a correr cuando se sabe su carácter abusivo"<sup>1</sup>. Algo parecido sostiene FACUA: "la justicia europea resuelve que el plazo para reclamar los gastos hipotecarios comienza cuando se conoce su abusividad"<sup>2</sup>. La Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) va más allá: "establece el Alto Tribunal europeo que el consumidor conoce la abusividad de su cláusula cuando obtiene la sentencia firme. Es ese hecho, y no otros, el que hace correr los plazos"<sup>3</sup>.

Este "relato" de las consecuencias de esta STJUE es el que aparece en los medios de comunicación. El periódico El País informó el propio 25 de enero que "la justicia europea dice que el plazo para reclamar gastos hipotecarios empieza a correr cuando se sabe su carácter abusivo"<sup>4</sup>. Para El Mundo, "el Tribunal de Justicia de la UE se opone a que la restitución de los gastos por cláusulas abusivas en hipotecas prescriba en 10 años"<sup>5</sup>. Por su parte, el diario Expansión afirma que "el TJUE abre la puerta a ampliar los plazos para reclamar los gastos hipotecarios"<sup>6</sup>. En fin, el periódico Cinco Días declara que "el TJUE ha sentenciado que el plazo para solicitar la devolución de los gastos al banco empieza a correr cuando se sabe su carácter abusivo"<sup>7</sup>.

La lectura de estas noticias produce cierto asombro. Pues ninguna de las frases entrecomilladas es cierta. La STJUE 25.1.2024 no establece que el plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula; ni ha ampliado el plazo de prescripción de diez años (en el derecho catalán);

---

<sup>1</sup> <https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2024/prescripcion-sentencias290124> [fecha de consulta. 22.2.2024].

<sup>2</sup> <https://facua.org/noticias/la-justicia-europea-resuelve-que-el-plazo-para-reclamar-los-gastos-hipotecarios-comienza-cuando-se-conoce-su-abusividad/#:~:text=As%C3%AD%2C%20el%20TJUE%20resuelve%20que,jurisprudencia%20consolidada%20sobre%20el%20asunto> [fecha de consulta: 25.2.2024].

<sup>3</sup> <https://www.asufin.com/reclama/gastos-hipoteca/> [fecha de consulta. 22.2.2024].

<sup>4</sup> <https://elpais.com/economia/2024-01-25/el-tjue-dice-que-el-plazo-para-reclamar-gastos-hipotecarios-empieza-a-correr-cuando-se-sabe-su-caracter-abusivo.html> [fecha de consulta. 22.2.2024].

<sup>5</sup> <https://www.elmundo.es/como/2024/01/26/65b38f11e9cf4a996c8b4595.html> [fecha de consulta. 22.2.2024].

<sup>6</sup> <https://www.expansion.com/empresas/banca/2024/01/25/65b2459ee5fdeaf35c8b462d.html> [fecha de consulta. 22.2.2024].

<sup>7</sup> <https://cincodias.elpais.com/economia/2024-01-25/hasta-cuando-y-como-reclamar-los-gastos-de-la-hipoteca-las-facturas-del-notario-gestoria-y-registro.html> [fecha de consulta. 22.2.2024].

ni mucho menos ha fijado el *dies a quo* del plazo de prescripción en la fecha en que deviene firme la sentencia declarativa de nulidad de la cláusula de gastos.

Algo parecido ha sucedido con las dos STJUE 25.4.2024. La web elEconomista titula: "Golpe del TJUE a la banca: el plazo para reclamar los gastos hipotecario se inicia cuando el juez declara nula la cláusula"<sup>8</sup>. Según El Confidencial, "Europa alarga el plazo para reclamar a la banca los gastos hipotecarios. El Tribunal de Justicia Europea (TJUE) ha asestado un golpe importante a la banca al fallar que el plazo de prescripción se inicia cuando se constata que la cláusula es nula"<sup>9</sup>. Para el Diario El Mundo, "el TJUE da la razón a los consumidores frente a la banca y alarga el plazo para reclamar los gastos hipotecario. El tribunal establece que el plazo de prescripción para reclamar la devolución empieza a correr cuando la sentencia que declara el carácter abusivo de estas cláusulas adquiere firmeza y no admite recursos ni modificaciones"<sup>10</sup>. Por su parte, el diario El Español informa que "el TJUE desestima los argumentos de la banca y amplía el plazo para reclamar los gastos hipotecarios. El plazo de prescripción sólo empieza a correr cuando hay una sentencia favorable al cliente y no cuando se pagaron los gastos ni con fallos generales del Supremo o el TJUE"<sup>11</sup>. Evidentemente, las asociaciones de consumidores también han mostrado su alegría por estas dos SSTJUE (por ejemplo, OCU<sup>12</sup> y ASUFIN<sup>13</sup>).

Esta opinión es también mayoritaria entre los autores que han comentado estas sentencias: el TJUE ha zanjado el debate, pues de las SSTJUE resulta con claridad que en el derecho español el *dies a quo* de la acción restitutoria de los gastos hipotecarios es la fecha en que se deviene firme la sentencia declarativa de nulidad.

Honestamente creo que esta interpretación es inadecuada. A mi juicio, las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 no vinculan el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos al momento en el que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, ni establecen que ese plazo empieza a correr cuando se dicta una sentencia declarativa de nulidad de la cláusula.

<sup>8</sup> <https://www.eleconomista.es/legal/noticias/12785712/04/24/golpe-del-tjue-a-la-banca-el-plazo-para-reclamar-los-gastos-hipotecarios-se-inicia-cuando-se-declara-nula-la-clausula.html> [fecha de consulta: 25.4.2024].

<sup>9</sup> [https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-04-25/tjue-banca-europa-gastos-hipotecarios-prescripcion\\_3873245/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2024-04-25/tjue-banca-europa-gastos-hipotecarios-prescripcion_3873245/) [fecha de consulta: 25.4.2024].

<sup>10</sup> <https://www.elmundo.es/economia/vivienda/2024/04/25/662a672dfc6c83b94a8b45a1.html> [fecha de consulta: 25.4.2024].

<sup>11</sup> [https://www.lespanol.com/invertia/economia/macroeconomia/20240425/tjue-desestima-argumentos-banca-amplia-plazo-reclamar-gastos-hipotecarios/850415031\\_0.html](https://www.lespanol.com/invertia/economia/macroeconomia/20240425/tjue-desestima-argumentos-banca-amplia-plazo-reclamar-gastos-hipotecarios/850415031_0.html) [fecha de consulta: 25.4.2024].

<sup>12</sup> <https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2024/gastoshipotecarios250424> [fecha de consulta: 25.4.2024].

<sup>13</sup> <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/patricia-suarez-asufin-europa-zanja-la-cuestion-responiendo-al-supremo-que-los-plazos-empiezan-a-correr-desde-que-el-consumidor-tiene-sentencia/> [fecha de consulta: 25.4.2024].

La confusión se produce, en parte, por la redacción de las sentencias del TJUE, cada vez más confusas. Pero tiene que ver también con el hecho de que el TJUE en sus sentencias responde exclusivamente a lo que el órgano remitente le pregunta, y a los presupuestos de los que parte ese tribunal nacional, que no siempre son correctos. Además, no debe olvidarse que una cosa es que una interpretación se oponga o sea conforme a la Directiva 93/13, y otra muy distinta que, aun siendo conforme a la Directiva, esa interpretación tenga necesariamente que ser asumida por los tribunales españoles.

En cualquier caso, es esta una materia “difícil”, no sólo por la propia complejidad que presenta la institución de la prescripción, sino también porque hay que cohonestar la doctrina jurisprudencial de TJUE sobre el principio de efectividad en sede de prescripción con la normativa española sobre la materia, teniendo siempre en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión. A mi juicio, es evidente que estas tres sentencias del TJUE no han aclarado definitivamente los problemas. En cierto modo, han complicado la situación, a la vista de la opinión de los comentaristas.

La AP Barcelona (Secc. 15) ha dictado el 15 de marzo de 2024 las cuatro sentencias cuya tramitación suspendió para presentar las cuestiones prejudiciales. Una de ellas (la número 62/2024) ha sido dictada en Pleno y cuenta con un interesante voto particular. Lo que evidencia que la solución es complicada. El propio tribunal señala que se trata de una doctrina “provisional”.

Ahora los ojos se dirigen a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Toca esperar y comprobar cómo interpretará estas sentencias del TJUE, cuando tenga que dictar sentencia en el recurso de casación que suspendió para plantear la cuestión prejudicial.

Una última observación. El JPI nº 8 de Coruña ha planteado una nueva cuestión prejudicial sobre la materia, mediante auto de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:JPI:2024:4A). Aunque en verdad esta cuestión no versa sobre la aplicación del principio de efectividad al plazo de prescripción, sino sobre el principio de equivalencia. En concreto, se pregunta si contraviene la Directiva 93/13 y el principio de equivalencia aplicar la posibilidad de disociar la acción de nulidad de la cláusula por abusiva y la acción de restitución de cantidades, manteniendo la imprescriptibilidad de la primera y al tiempo la prescriptibilidad de la acción reparatoria, cuando en el ordenamiento interno español no hay norma alguna, ni doctrina jurisprudencial que lo aplique a otras relaciones jurídicas.

Este trabajo se divide en las siguientes partes. Se analiza en primer lugar cuándo se inicia el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos en el derecho español, sin tomar en consideración la doctrina del TJUE (epígrafe II). Después se examina la jurisprudencia del TJUE dictada hasta la fecha (antes de las SSTJUE de 2024) sobre la prescripción de la acción de restitución de cantidades derivada del

carácter abusivo de una cláusula (epígrafe III). El epígrafe IV se ocupa de forma exhaustiva de la STJUE 25.1.2024, analizando por separado cada una de las preguntas formuladas. Lo mismo se hace en el epígrafe V en relación con la STJUE 25.4.2024 que resuelve la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo. La otra STJUE de esa misma fecha, que contesta las preguntas del JPI nº 20 de Barcelona, es analizada en el epígrafe VI. A continuación se exponen los elementos que configuran el régimen español de la prescripción (epígrafe VII); elementos que, según el TJUE, hay que tomar en consideración a la hora de aplicar la doctrina del TJUE en el derecho español.

Los epígrafes VIII a X tratan las tres preguntas más importantes que hay que resolver. La primera (epígrafe VIII) es cómo afecta al plazo de prescripción el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula. Y en particular, si ese conocimiento es un requisito para que se inicie el plazo prescriptivo o puede configurarse como un supuesto de suspensión de la prescripción. Esta última opción es conforme a la Directiva 93/13, y es además la más congruente con el derecho español. Se exponen, además, las razones por las que en el derecho español es inadecuado que el plazo de prescripción empiece a correr cuando se dicta sentencia que declara abusiva esa concreta cláusula en un pleito que enfrente a ese consumidor con el prestamista.

La segunda cuestión relevante es qué concreta información jurídica debe conocer el consumidor (epígrafe IX). El consumidor tiene que conocer "el carácter abusivo de la cláusula". ¿Qué significa esta expresión? ¿Debe conocer que la cláusula es con certeza abusiva, o basta con que conozca que puede ser declarada abusiva, esto es, que es potencialmente abusiva? En realidad, basta con que pueda ser declarada abusiva, lo que se vincula al surgimiento de un escenario de litigación sobre la abusividad de una cláusula. En el caso de la cláusula de gastos, ¿tiene el consumidor que conocer los concretos gastos cuya devolución puede reclamar?

La tercera pregunta es cuándo puede un consumidor conocer que la cláusula es (puede ser) abusiva (epígrafe X). Se explica la diferencia entre el conocimiento real y el conocimiento potencial (cognoscibilidad), y por qué el parámetro de referencia a estos efectos es el del consumidor medio. Se expone cuándo un consumidor puede conocer (cognoscibilidad) que existe un escenario de litigación relativo a la abusividad de una cláusula; y en particular, de la cláusula de gastos. Por último, hay que determinar qué efectos tiene en el cómputo del plazo de prescripción la doctrina sentada en la STS 565/2024, de 25.4.2024.

El trabajo finaliza con unos ejemplos prácticos y unas conclusiones.

## II. EL INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE GASTOS EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

Antes de analizar en detalle las STJUE 25.1.2024 y 25.4.2024, es necesario exponer qué día empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos en el derecho común español (sin tomar en consideración el derecho europeo). Sólo después de conocer la regulación española estaremos en condiciones de analizar si la doctrina del TJUE exige la modificación en algún punto.

Como con detalle he expuesto en otro lugar<sup>14</sup>, hoy es una cuestión pacífica en la doctrina científica que la acción declarativa de la nulidad de una cláusula predispuesta (entre ellas, la cláusula de gastos del préstamo hipotecario) no prescribe, pero sí está sometida a prescripción la acción de restitución de cantidades derivada de la nulidad de la cláusula. Que la acción restitutoria sí prescribe ha sido admitido por la doctrina más autorizada<sup>15</sup>. El propio Tribunal Supremo admite esta tesis en el ATS 22.7.2021 de planteamiento de la cuestión prejudicial. Se trata, pues, de dos acciones distintas, cada uno con su propio régimen de prescripción.

En cuanto a la duración del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos, hay que tener en cuenta el art. 1964.2 CC (modificado por la Ley 42/2015 para reducir el plazo de quince a cinco años), los RD 463/2020 y 537/2020, que suspenden el cómputo del plazo desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 3 de junio de 2020, ambos incluidos (82 días) y la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 42/2015. De estos preceptos resulta que si la acción de restitución ha nacido antes del 7 de octubre de 2015 (que es el día siguiente al de la entrada en vigor de la Ley 42/2015), el plazo de prescripción es de quince años; pero la acción prescribirá, como muy tarde, el 28 de diciembre de 2020 (cinco años después de la entrada en vigor de la Ley 42/2015 más 82 días en que el plazo estuvo suspendido), 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. Lógicamente, si la acción ha

---

<sup>14</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., "La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, nº 42, pp. 75 y ss.

<sup>15</sup> DELGADO EQUEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 65, 66 y 95; CARRASCO PERERA, *Tratado de Contratos*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 736, 739 y 740.; Díez Pícazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 448; REGLERO CAMPOS, "Comentario al art. 19", en BERCOVITZ RODRÍGUEZCANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 566 y 567; DOMÍNGUEZ LUELMO, A./TORIBIOS FUENTES, F., *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones*, Madrid, La Ley, 2024, pp. 852 y 853. CORDERO LOBATO/ MARÍN LÓPEZ, M. J., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2023, pp. 172, 173, 178 y 179.

nacido el 3 de junio de 2020 o con posterioridad, la acción prescribe a los cinco años<sup>16</sup>.

En relación con el inicio del plazo de prescripción, hay que estar a lo dispuesto en el art. 1969 CC: el plazo empieza a correr “desde el día en que pudieron ejercitarse [las acciones]”. Una adecuada interpretación de este precepto permite entender que, para que empiece a correr el plazo prescriptivo, 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<sup>17</sup>. Si falta alguno de estos requisitos el acreedor no puede ejercitar la pretensión, tal y como exige el art. 1969 CC, por lo que el plazo prescriptivo no empezará a correr.

Aplicando este esquema a la acción de restitución de gastos, es necesario, en primer lugar, que esta acción haya nacido y sea jurídicamente ejercitable. Como punto de partida hay que admitir que la nulidad de la cláusula de gastos es una nulidad de pleno derecho, lo que significa que la cláusula es nula desde el mismo instante en que se celebra el contrato. La cláusula puede tener apariencia de validez hasta que no sea declarada nula en sentencia, pero esta sentencia es declarativa, y no constitutiva. Aunque la cláusula es nula desde que se celebra el contrato, la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados no nace hasta que esos gastos han sido pagados. No se puede solicitar la restitución de dinero que todavía no ha sido abonado. De este modo, la acción de restitución nace, desde el punto de vista jurídico, el día en que el consumidor paga cada uno de estos gastos<sup>18</sup>.

Para que empiece a correr el plazo de prescripción no basta con que la acción haya nacido y puede ser ejercitada jurídicamente. Se requiere, además, que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Este sistema, que vincula el *dies a quo* al criterio subjetivo del conocimiento, está expresamente admitido por nuestro derecho en materia de daños extracontractuales (art. 1968.2º CC), daños nucleares (art. 15.2 Ley 12/2011),

---

<sup>16</sup> Sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M. J., “¿Cómo se computa los plazos de prescripción y caducidad tras la suspensión de los plazos decretada durante el estado de alarma?”. Fecha: 20 junio 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Como\\_se\\_computan\\_los\\_plazos\\_de\\_prescripcion\\_y\\_caducidad\\_tras\\_la\\_suspension\\_de\\_los\\_plazos\\_decretada\\_durante\\_el\\_estado\\_de\\_alarma.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Como_se_computan_los_plazos_de_prescripcion_y_caducidad_tras_la_suspension_de_los_plazos_decretada_durante_el_estado_de_alarma.pdf) [fecha de consulta: 22.2.2024].

<sup>17</sup> Con más detalle, MARÍN LÓPEZ, M. J., “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 96 y ss.

<sup>18</sup> Si alguno de estos gastos, como el de tasación, ha sido pagado por el consumidor antes de la celebración del contrato, la acción para pedir su devolución nace cuando se celebra el contrato de préstamo hipotecario ante notario.

daños por prácticas restrictivas de la competencia (art. 74.2 Ley 15/2007) y daños causados por productos defectuosos (art. 143.1 TRLGDCU). Además, ha sido asumido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, constituyendo ya una doctrina consolidada<sup>19</sup>.

El plazo empieza a correr cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión (conocimiento real), o podía haberlos conocido de haber actuado con la diligencia debida (conocimiento potencial o cognoscibilidad). La regla del conocimiento potencial, que encaja perfectamente con el fundamento y finalidad de la prescripción, y que también ha sido acogida por el Tribunal Supremo, remite a la diligencia del acreedor. El *dies a quo* llega, aunque el acreedor ignore los hechos que fundamentan su pretensión, cuando de haber actuado diligentemente los habría conocido. Para determinar qué nivel de diligencia es exigible al acreedor habrá que atender a las circunstancias del caso.

La formulación jurisprudencial más acabada de esta regla se contiene en la STS 1200/2023 de 21.7.2023: *"desde un punto de vista estrictamente teórico caben dos modelos de determinación del día inicial del cómputo del plazo de la prescripción... El modelo objetivo identifica el día inicial del plazo prescriptivo con el nacimiento de la pretensión sin prestar atención a las circunstancias subjetivas concurrentes en la persona del acreedor; mientras que el subjetivo expresamente las contempla en tanto en cuanto exige ponderar el conocimiento o, mejor dicho, la posibilidad razonable de conocer por parte del perjudicado los elementos condicionantes del nacimiento de su crédito resarcitorio"* (FJ 3º, párr. 1 y 2). Nuestro derecho adopta el criterio subjetivo del conocimiento. *"Rige, pues, un criterio de conocimiento potencial (cognoscibilidad), según el cual el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación o resarcimiento. Ello implica actuar con la diligencia exigible que, en determinados casos, requiere incluso la consulta a un experto, y ponderar, también, la conducta del deudor encaminada a la ocultación de su identidad, en tanto en cuanto conforma un obstáculo que condiciona negativamente el ejercicio de la acción por parte del acreedor"*<sup>20</sup>.

En el caso de la cláusula de gastos, son tres los hechos que fundamentan la acción de restitución de cantidades de que dispone el consumidor: 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

<sup>19</sup> Desde las importantes SSTs 728/2012, de 11.12.2012; 408/2013, de 21.6.2013; 728/2013, de 2.12.2013; 537/2013, de 14.1.2014, hasta otras más recientes, como las SSTs 114/2019, de 20.2.2019; 350/2020, de 24.6.2020; 159/2021, de 22.3.2021; 602/2021, de 14.9.2021; 1200/2023, de 21.7.2023.

<sup>20</sup> Sentencia comentada en MARÍN LÓPEZ, M. J., "Conocimiento potencial del acreedor, diligencia de las partes y publicidad de los Registros públicos en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción: STS 1200/2023, de 21 de julio (caso Talidomida II)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, nº 47, pp. 44 y ss.

cumplimiento de esa cláusula contractual, ha abonado todos esos gastos de constitución. Para que el plazo prescriptivo empiece a correr es preciso que el consumidor conozca, o pueda conocer si actúa con la diligencia debida, esos tres hechos. El primero no plantea dificultades. El segundo tampoco, porque si la cláusula de gastos ha superado el control de incorporación, es “accesible” y el consumidor ha tenido la posibilidad de leerla (conocerla). En cuanto al tercero, ese concreto dato lo conoce cuando recibe de la gestoría la documentación con todas las facturas del notario, registro de la propiedad, empresa tasadora y de la propia gestoría. Es cierto que el consumidor quizás podía conocer antes de esa fecha la cuantía de alguno de los datos. Pero es seguro que los conoce el día que recibe las facturas, por lo que ese debe ser el día (*dies a quo*) en que empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos pagados indebidamente<sup>21</sup>.

El conocimiento del derecho es irrelevante para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción<sup>22</sup>. En efecto, el plazo prescriptivo empieza a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, y no cuando conoce o puede conocer que los hechos cognoscibles se califiquen de ilegales y que por ello tiene derecho a reclamar. Los arts. 1964.2 y 1969 CC deben ser interpretados de este modo. De hecho, el Tribunal Supremo nunca ha vinculado el comienzo del plazo de prescripción a que el acreedor conozca que es titular de un derecho y a las consecuencias que tendría su ejercicio. Por eso, el plazo empieza a correr aunque el consumidor ignore que la cláusula de gastos es abusiva o puede ser declarada abusiva, y que en tal caso tendría derecho a obtener la devolución de determinadas 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. Esta regla es coherente con el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. Por eso, el riesgo de desconocimiento de una norma jurídica, o de una errónea valoración de las consecuencias jurídicas de esa norma, recae sobre la persona que lo padece, sin que pueda reasignarse al otro contratante mediante el expediente de atrasar el *dies a quo*<sup>23</sup>. Por eso, si el consumidor no sabe que la cláusula de gastos es abusiva, que el TRLGDCU establece que las cláusulas abusivas son nulas, o que al ser abusiva tiene derecho a solicitar la

---

<sup>21</sup> GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, “El *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados por el prestatario-consumidor”, *Práctica de Tribunales*, 2020, nº 146, pp. 7, lo fija en la fecha en que se abonaron los gastos.

<sup>22</sup> Es una regla asumida en todos los países. Más referencias en MARÍN LÓPEZ, M. J., “El *dies a quo*...”, *cit.*, pp. 139; RUIZ ARRANZ, “The Commencement of Prescription (and what the Consumer’s Awareness of the Unfairness is) within the Unfair contract Terms Directiva”, *European Review of Contract Law*, 2023, nº 3, pp. 7.

<sup>23</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “La doctrina del TJUE...”, *cit.*, pp. 82 y ss.; CARRASCO PERERA, “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”, Centro de Estudios de Consumo, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion\\_clausula\\_gastos\\_hipotecarios.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf) [fecha de consulta: 17.3.2024], pp. 5 y ss.

devolución de parte de los gastos abonados, esa ignorancia no impedirá que el plazo prescriptivo empiece a correr.

En conclusión, en el derecho común español el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos comienza cuando el consumidor recibe de la gestoría las facturas con los gastos abonados. Por tanto, no cabe fijar como *dies a quo* la fecha en que se declara abusiva la cláusula de ese concreto contrato, ni la fecha en la que conoce o podía razonablemente conocer que esa cláusula es abusiva, por haberse dictado una sentencia del Tribunal Supremo que así lo declara. Por esa razón son irrelevantes, a efectos del *dies a quo*, la STS 23.12.2015, que es la primera que declara abusiva la cláusula de gastos; o las SSTS 23.1.2019, que son las que señalan qué cantidades concretas de los aranceles notariales y registrales tiene derecho a recuperar el consumidor.

### **III. DOCTRINA PREVIA DEL TJUE SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES DERIVADA DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA**

Antes de las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024, el TJUE ya se había ocupado en otras ocasiones de la prescripción de la acción de restitución de cantidades derivada del carácter abusivo o ilícito de una cláusula. Se trata de las SSTJUE 6.10.2009 (asunto C-40/08), 15.4.2010 (asunto C-542/08), 15.12.2011 (asunto C-427/10), 29.10.2015 (asunto C-8/14), 21.12.2016 (asunto C-154/15 y otros), 28.3.2019 (asunto C-637/17), 9.7.2020 (asuntos C-698/18 y C-699/18), 16.7.2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19), 22.4.2021 (asunto C-485/19), 10.6.2021 (asuntos C-776/19 a C-782/19), 8.9.2022 (asunto C-80/21 a 82/21) y 14.12.2023 (asunto C-28/22).

Resulta necesario exponer la doctrina sentada por estas sentencias, pues sólo de ese modo estaremos en condiciones de determinar si las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 aporta alguna novedad.

La primera idea que debe destacarse es que la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas no contiene reglas específicas sobre prescripción. Se trata, por tanto, de una materia no armonizada, por lo que los Estados miembros tienen libertad para legislar sobre ello. Sin embargo, el TJUE ha establecido algunas reglas sobre prescripción, con apoyo en los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13; reglas que, obviamente, tienen que ser respetadas por los Estados miembros.

El TJUE sostiene que la acción en la que se solicita la nulidad de una cláusula predispuesta no está sometida a plazo de prescripción. La declaración de nulidad de la cláusula puede ser alegada por el consumidor tanto si es demandante como si es demandado, y en ambos casos sin límite de tiempo. Por esa razón es contraria a la Directiva 93/13/UE una norma nacional que prohíba al juez declarar el carácter

abusivo de una cláusula predispuesta por haber transcurrido un plazo de preclusión (SSTJUE 9.7.2020 y 16.7.2020).

La posición del TJUE es diferente en lo que se refiere a la acción de restitución de cantidades: no es contrario al derecho de la Unión la norma nacional que somete la acción de restitución a un plazo de prescripción. Pero siempre que concurren dos requisitos: 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). El cumplimiento del principio de equivalencia no plantea dificultades en el derecho español, porque, en principio, el régimen de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas se somete en nuestro derecho a un régimen que no es menos favorable que el que resultaría de aplicar normas nacionales. Los problemas pueden surgir, en cambio, en relación con el principio de efectividad.

Para valorar si una normativa nacional respeta el principio de efectividad, hay que atender a los distintos elementos que configuran el régimen de la prescripción. Estos elementos son la duración del plazo, el inicio del cómputo del plazo (y si ese momento se determina conforme a criterios objetivos o subjetivos), la existencia de causas de interrupción y de suspensión y la existencia de un plazo final de preclusión (o plazo máximo de prescripción). Todos estos elementos están interconectados, de manera que la regulación que se haga de uno de ellos necesariamente va a afectar a los otros.

Un plazo de prescripción respeta el principio de efectividad cuando tiene una duración tal que no hace imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión Europea. Eso sucede cuando ese plazo resulta materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo (STJUE 29.10.2015, ap. 28 y 29). Partiendo de esta regla, ha considerado que respetan el principio de efectividad los plazos que duran dos años (STJUE 15.12.2011), tres años (SSTJUE 15.4.2010, 9.7.2020 y 22.4.2021) o cinco años (STJUE 10.6.2021). Aplicando esta doctrina al derecho español, la STJUE 16.7.2020 entiende que el plazo de cinco años del art. 1964.2 CC es un plazo suficiente para que el consumidor pueda ejercitar su derecho a obtener la restitución de los gastos indebidamente abonados.

En relación con el inicio del plazo de prescripción, el TJUE ha establecido que la acción de restitución de cantidades no puede considerarse prescrita por el transcurso íntegro del plazo si el consumidor no conoce o no ha podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. Por lo tanto, antes de que expire el plazo de prescripción el consumidor tiene que haber podido conocer el carácter abusivo de la cláusula, requiriéndose además que, a partir de ese momento, disponga de un plazo razonable para poder preparar y presentar su reclamación. Estos son los dos

requisitos que, por exigencias del principio de efectividad, debe cumplir una norma nacional sobre prescripción para que se repute conforme a la Directiva 93/13.

Son varias las sentencias del TJUE que se expresan de este modo:

(i) La STJUE 9.7.2020 (asunto C-698/18 y C-699/18) considera que no es conforme al derecho de la Unión la norma rumana que computa el plazo de prescripción de tres años desde el cumplimiento del contrato, pues es posible que transcurra íntegramente ese plazo sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula.

(ii) En la STJUE 16.7.2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19) el TJUE debe responder si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia (seguida por muchos tribunales españoles) según la cual la prescripción de la acción de restitución de cantidades, sometida al plazo de cinco años (art. 1964.2 CC), empieza a correr en la fecha de celebración del contrato que contiene la cláusula abusiva. El TJUE declara que “la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica” (ap. 91).

(iii) La STJUE 22.4.2021 (asunto C-485/19) juzga la validez de la norma eslovaca según la cual la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas (en aplicación de una cláusula abusiva o de una cláusula contraria a la Directiva 2008/48/UE) está sometida a un plazo de prescripción de tres años, contados desde el momento en que se produjo el enriquecimiento injusto (esto es, el abono de esas cantidades), aun cuando el consumidor no tuviera conocimiento del carácter abusivo o ilícito de la cláusula. Según el TJUE, una norma de este tipo se opone al principio de efectividad; y aunque la sentencia no explica expresamente por qué, ello se debe a que es posible que transcurra íntegramente ese plazo de tres años sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo o ilícito de la cláusula.

(iv) La STJUE 10.6.2021 (asuntos C-776/19 y C-782/19) analiza la conformidad al principio de efectividad de la norma francesa que establece un plazo de prescripción de cinco años que empieza a correr el día en el que el acreedor conoce o podía haber conocido los hechos que le legitimaban para ejercer un derecho. Tratándose de la acción de devolución de cantidades tras la nulidad de una cláusula multidivisa de un préstamo hipotecario (como era el caso), la jurisprudencia francesa entiende que el

plazo prescriptivo empieza a correr en la fecha de celebración del contrato. Sostiene el TJUE que “un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase” (ap. 46). El hecho de que el empresario pueda oponer una excepción de prescripción (de cinco años, según el derecho francés) a la acción de restitución de cantidades derivada de la nulidad de una cláusula abusiva, prescripción que empieza a correr “en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo” (esto es, en la fecha de perfección del contrato de préstamo), “no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión” (ap. 47). La jurisprudencia francesa es contraria al principio de efectividad, porque es posible que transcurra íntegramente el plazo prescriptivo de cinco años sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula.

(v) En la STJUE 8.9.2022 (asuntos acumulados C-80/21 a 82/21) se establece que es contraria a la Directiva 93/13 la norma rumana que consagra un plazo de prescripción de diez años que, en el caso de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en virtud de una cláusula abusiva, empieza a correr desde la fecha de abono de cada prestación (cuota mensual). Señala el TJUE que “un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o expirase” (ap. 98). Aplicando esta doctrina, ya sentada en anteriores sentencias, entiende el TJUE que la norma rumana no es conforme al derecho de la Unión.

Del estudio de la jurisprudencia mencionada resulta que el TJUE no establece cuál es el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades. El TJUE no se pronuncia sobre esta cuestión porque, en realidad, no puede hacerlo; eso compete al legislador nacional, al tratarse de una materia no armonizada. Tampoco exige que el día en que empieza a correr el plazo de prescripción 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 en que el consumidor conoce o puede diligentemente conocer los hechos que fundamentan la pretensión o en la que puede conocer el carácter abusivo de la cláusula. Y, obviamente, tampoco entra a juzgar la bondad de las normas nacionales que fijan el *dies a quo* en el momento de la celebración del contrato, del abono de los gastos o del cumplimiento íntegro del contrato. El TJUE no se pronuncia sobre la idoneidad de estas fechas. Lo único relevante para el TJUE es que el plazo de prescripción no pueda transcurrir completamente sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, y sin que el consumidor disponga desde ese momento (conocimiento) de un plazo suficiente para reclamar.

Conforme a lo expuesto, no es contraria a la Directiva 93/13 la normativa nacional que exige como requisito para que empiece a correr el plazo prescriptivo que el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la

cláusula. Pero tampoco lo es la ley nacional que establece el *dies a quo* conforme a otros requisitos, siempre que, antes de que finalice el plazo de prescripción, el consumidor conozca o haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula y desde ese momento disponga todavía de un plazo materialmente suficiente para preparar e interponer un recurso.

#### **IV. LA STJUE DE 25 DE ENERO DE 2024**

##### **1. Las preguntas de la Audiencia Provincial de Barcelona y su reformulación por el TJUE.**

La Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15ª) ha dictado el 9 de diciembre de 2021 cuatro autos de planteamiento de cuestión prejudicial. Se trata de los autos con número de recurso 560/2021 (ECLI:ES:APB:2021:9350A), 565/2020 (ECLI:ES:APB:2021:9347ª), 651/2021 (ECLI:ES:APB:2021:9349A) y 874/2021 (ECLI:ES:APB:2021:9348A). En estos procedimientos la Audiencia tenía que resolver cuatro recursos de apelación sobre nulidad de cláusula de gastos en préstamo hipotecario celebrados por distintas entidades de crédito (Bankia, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Santander y Sabadell, respectivamente).

En su escrito la Audiencia Provincial hace una serie de reflexiones muy interesantes sobre la SSTJUE dictadas hasta la fecha sobre la materia, el principio de efectividad y su aplicación en materia de prescripción de la acción de restitución de gastos<sup>24</sup>. Y termina formulando las dos preguntas siguientes:

*"Primera. En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿Es compatible con el artículo 6, apartado 1, y al artículo 7, apartado 1, de la Directiva93/2013 someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos, momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos?*

*De ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos ¿Debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?*

*Segunda. Estando sujeta la acción restitutoria a un plazo largo de prescripción de diez años ¿En qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el*

---

<sup>24</sup> Sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M. J., "La doctrina del TJUE...", *cit.*, pp. 122 y ss.

*carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva, antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?”*

Después de formuladas las dos preguntas, el auto solicita que esta petición de cuestión prejudicial se acumule a la “decisión prejudicial C-565/2021 formulada por el Tribunal Supremo”. La cuestión prejudicial mencionada (asunto C-565/2021) versa sobre la comisión de apertura, fue planteada por ATS 10.9.2021 y ha sido resuelta la STJUE 16.3.2023. Parece claro que ha habido un error de la AP Barcelona, y que en realidad pedía que se acumulara con el asunto C-561/21, que es la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre *dies a quo* de la acción de restitución de gastos (ATS 22.7.2021). Entiendo que esta es la razón por la que la acumulación de asuntos no se ha producido.

La STJUE 25.1.2024 (asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21) resuelve las cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por la AP Barcelona. Como en cualquier resolución del TJUE, esta sentencia indica las normas jurídicas afectadas, tanto de la Unión Europea (ap. 3 a 5) como del derecho nacional (ap. 6 a 9). A continuación se exponen los cuatro litigios principales (ap. 10 a 29) y los argumentos utilizados por el órgano judicial remitente (ap. 30 a 37), y se reproducen literalmente las dos preguntas concretas formuladas al TJUE (ap. 38).

Señala el TJUE que “la primera cuestión prejudicial comprende dos partes y que debe responderse a la segunda parte de dicha cuestión únicamente en el supuesto de que proceda responder negativamente a la primera parte. Además, procede examinar la segunda cuestión prejudicial juntamente con la primera parte de dicha primera cuestión” (ap. 39 y 40).

Esta manera de afrontar las preguntas es acertada, pero merece algún comentario. En realidad, la primera parte de la primera pregunta no puede responderse ni positiva ni negativamente. En esta primera parte se pregunta, literalmente, lo siguiente: ¿es compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CE someter el ejercicio de la acción de restitución de gastos a un plazo de diez años contado desde que el consumidor conoce los hechos que fundamentan la abusividad de la cláusula o es necesario que el consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos? Como digo, esta pregunta no admite un “sí” o un “no” como respuesta, sino que hay que optar por una de las dos proposiciones: o es conforme a la Directiva 93/13 que el plazo empiece a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión (con independencia de que el consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos) o la conformidad al Derecho europeo exige que el consumidor conozca también esa valoración jurídica de los hechos.

Esta es la pregunta que el TJUE entiende que se le hace. Por eso, reformula la pregunta<sup>25</sup>, que expresada en términos de oposición al Derecho de la Unión, se formula del siguiente modo en el ap. 41 de la STJUE: ¿se opone a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, en relación con el principio de efectividad, una jurisprudencia nacional según la cual, a raíz de la nulidad de la cláusula de gastos de un préstamo hipotecario, la acción de restitución de esos gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años que empieza a contarse desde que el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión (lo que sucede cuando paga el último de dichos gastos), sin que sea pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos? De manera más abreviada, la pregunta sería esta: ¿es conforme a la Directiva 93/13 que la prescripción de la acción de restitución se produzca sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula? O también esta: a los efectos de la prescripción de la acción de restitución de gastos, ¿es relevante que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula?

Para el caso de que se responda que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula tiene algún tipo de efecto en la acción de restitución de gastos, la siguiente pregunta que debe plantearse es en qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer ese dato, si antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire. Precisamente esta es la segunda pregunta de la AP Barcelona. Aunque la Audiencia Provincial no supedita esta pregunta (su segunda pregunta) a que se responda afirmativamente a la primera parte de la primera (el conocimiento del carácter jurídico de la cláusula es relevante a efectos de prescripción), es obvio que así hay que entenderlo. Pues solamente en ese caso tiene sentido esta segunda pregunta.

Con buen criterio, el TJUE responde de manera conjunta a la primera parte de la primera pregunta y a la segunda pregunta, porque ambas cuestiones están directamente relacionadas: el TJUE debe analizar si a efectos de la prescripción de la acción de restitución de gastos es relevante que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula y, si la respuesta es afirmativa, cuándo debe conocer ese dato ("si ese conocimiento debe adquirirse antes de que empiece a correr el plazo de prescripción o antes de que expire dicho plazo"; ap. 41 de la STJUE).

La otra cuestión planteada, que se contiene en la parte segunda de la primera pregunta de la AP Barcelona, tiene que ver con la fecha y la forma en que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula. La pregunta literal de la Audiencia Provincial es esta: "de ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos, ¿debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la

---

<sup>25</sup> Muy crítico con esta forma de proceder del TJUE, dando nueva redacción a las preguntas, RODRÍGUEZ VEGA, "El Teléfono escacharrado: interferencias en la comunicación entre el TJUE y los tribunales nacionales", Almacén de Derecho, 15 de abril de 2024; disponible en <https://almacenederecho.org/el-telefono-escacharrado-interferencias-en-la-comunicacion-entre-el-tjue-y-los-tribunales-nacionales> [fecha de consulta: 26.4.2024], pp. 2.

existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?”.

En una primera aproximación, cabría entender que lo que se pregunta es si puede vincularse el inicio del plazo de prescripción a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula de gastos, de manera que el plazo prescriptivo únicamente empezaría a correr cuando exista esa jurisprudencia consolidada. A la vista de la respuesta del TJUE a esta pregunta (se opone a la Directiva 93/13 la jurisprudencia nacional que considera que la existencia de una jurisprudencia consolidada constituye prueba de que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula), algunos han defendido que el plazo de prescripción ni siquiera empieza a correr cuando el Tribunal Supremo dicta sus primeras sentencias sobre la nulidad de la cláusula abusiva; porque esas sentencias no acreditan que el concreto consumidor conociera que esa cláusula es abusiva. Esta conclusión es inadecuada. El error deriva, precisamente, de no haber entendido cuál es la verdadera pregunta que se plantea al TJUE.

En realidad, la parte segunda de la primera pregunta de la AP Barcelona no versa sobre de qué manera el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos afecta al plazo de prescripción. Ese es el objeto de la segunda pregunta de la Audiencia Provincial, como ya se ha expuesto. Lo que de verdad se pregunta ahora es cómo puede el consumidor conocer esa valoración jurídica, y en particular, si puede deducirse ese conocimiento de la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de la cláusula o si ese conocimiento puede deducirse de otras circunstancias. Así entendida, la referencia al “inicio del cómputo del plazo” debería eliminarse del texto de la pregunta, pues induce a confusión. La pregunta “real” que se formula es la siguiente: “de ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos, ¿debe supeditarse este conocimiento a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?”. Y es que, efectivamente, cómo y cuándo puede el consumidor conocer el carácter abusivo de la cláusula es una pregunta pertinente, al margen de que ese conocimiento sea (o no) un presupuesto para que empiece a correr el plazo de prescripción.

El TJUE reformula la segunda parte de la primera pregunta, que queda como sigue: “mediante la segunda parte de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que pueda ejercitar el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella” (ap. 56).

Se pregunta si es contrario a la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que, para determinar el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos, considera que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula. Repárese que el TJUE no afirma que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de la cláusula sea imprescindible para que el plazo prescriptivo empiece a correr. Parte de que esa es una exigencia de un derecho nacional. Y pregunta si, configurado el derecho nacional de ese modo, la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada acredita que el consumidor conocía el carácter abusivo de la cláusula.

En definitiva, las tres preguntas que se formulan al TJUE son las siguientes:

1. A los efectos de la prescripción de la acción de restitución de gastos, ¿es relevante que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula?
2. El conocimiento del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula, ¿debe tenerlo antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o basta con que lo tenga antes de que dicho plazo expire?
3. El conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, ¿lo adquiere el consumidor cuando existe un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otros hechos?

Como ya se ha indicado, el TJUE responde a las dos primeras preguntas de forma conjunta (ap. 41 a 55), ocupándose después de la tercera pregunta (ap. 56 a 61)

## **2. Primera pregunta: a los efectos de la prescripción de la acción de restitución de gastos, ¿es relevante que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula?**

### **a) Argumentos del TJUE**

Para responder a esta primera pregunta la STJUE utiliza los siguientes argumentos (ap. 42 a 51). Entiende el TJUE que, en virtud del principio de autonomía procesal, corresponde a cada Estado miembro la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar los derechos de los consumidores. Pero esta normativa nacional no puede ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares regidas por el derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión (principio de efectividad) (ap. 42).

En lo que se refiere a la acción de restitución de cantidades derivadas del carácter abusivo de una cláusula, la STJUE recuerda (ap. 43) que “el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de dicha Directiva no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva..., somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (sentencia de 10 de junio de 2021, C-776/19 a C-782/19, ap. 39 y jurisprudencia citada). Por eso, la oposición de la excepción de prescripción alegada por parte del prestamista “no es, en sí misma, contraria al principio de efectividad, siempre que su aplicación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por dicha Directiva 93/13” (ap. 44).

A continuación dispone la STJUE que, para valorar si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho de la Unión, hay que tener en cuenta “el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, así como el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, han de tomarse en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento [sentencia de 8 de septiembre de 2022, C-80/21 a C-82/21, ap. 87 y jurisprudencia citada]” (ap. 45). Y que, en lo que se refiere al análisis de las características del plazo de prescripción, el TJUE ha puntualizado que “este análisis debe referirse a la duración de tal plazo y a las modalidades de su aplicación, incluido el mecanismo previsto para determinar el inicio de dicho plazo (sentencia de 10 de junio de 2021, C-776/19 a C-782/19, ap. 30 y jurisprudencia citada)” (ap. 46).

Después la STJUE se ocupa por separado del plazo de prescripción y del inicio del cómputo del plazo. En cuanto al plazo de prescripción, para que se considere conforme al principio de efectividad el plazo “debe ser materialmente suficiente para permitir al consumidor preparar e interponer un recurso efectivo con el fin de invocar los derechos que le confiere la Directiva 93/13, en particular en forma de pretensiones, de naturaleza restitutoria, basadas en el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase, en este sentido, sentencia de 10 de junio de 2021, C-776/19 a C-782/19, ap. 31 y jurisprudencia citada)” (ap. 47).

Del inicio del plazo de prescripción se ocupan los ap. 48 a 51. El primero de ellos (ap. 48) establece que el plazo de prescripción “únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase (sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, ap. 46 y jurisprudencia citada)”. Y el ap. 49 establece lo siguiente: “Pues bien, en este caso, de la documentación que obra en poder del Tribunal de Justicia se infiere que la interpretación jurisprudencial de las normas procesales nacionales aplicables en los litigios principales, con independencia de la circunstancia de que establezcan que el plazo de prescripción,

de diez años, de la acción que puede ejercitar el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente en concepto de gastos relativos a contratos de préstamo hipotecario no puede iniciarse antes de que el consumidor tenga conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula contractual con arreglo a la cual se efectuaron esos pagos, no exige que el consumidor conozca no solo tales hechos, sino también su valoración jurídica, que implica que el referido consumidor conozca también los derechos que le confiere la Directiva 93/13”.

A continuación, la STJUE hace una de sus afirmaciones más importantes: “para que las normas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con el principio de efectividad, no basta con que establezcan que el consumidor debe conocer los hechos determinantes del carácter abusivo de una cláusula contractual, sin tener en cuenta, por un lado, si conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13 ni, por otro lado, si tiene tiempo suficiente para preparar e interponer efectivamente un recurso con el fin de invocar esos derechos” (ap. 50).

La conclusión se expone en el ap. 51: “de ello se sigue que un plazo de prescripción como el plazo de prescripción de la acción restitutoria de los gastos hipotecarios en cuestión en los litigios principales no es conforme con el principio de efectividad, toda vez que las normas por las que se rige no tienen en cuenta estos dos últimos factores”.

Tras esta argumentación, la STJUE responde a esta primera pregunta del siguiente modo (ap. 55 y respuesta a primera pregunta en el fallo): *“Por cuanto antecede, procede responder a la primera parte de la primera cuestión prejudicial y a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos”.*

## **b) Respuesta: el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula afecta al cómputo del plazo de prescripción**

Ni los argumentos ni la respuesta del TJUE constituyen una novedad. Como ya se ha indicado en otro lugar (epígrafe III), el TJUE ha dictado varias sentencias previas sobre la materia, y en todas ellas ha declarado que el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula es un dato relevante a los efectos de la prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas. La STJUE 25.1.2024 no hace sino seguir esa doctrina.

En efecto, de los ap. 42 a 51 de la STJUE que se comenta, todos (salvo los ap. 49 a 51) son reproducción literal de apartados de la STJUE 10.6.2021 (asunto C-776/19 a C-782/19), y algunos de ellos provienen incluso de sentencias anteriores. En efecto, el ap. 42 es copia del 27 de la STJUE 10.6.2021; el 43 del 39; el 44 del 40; el 45 del 28; el 46 del 30; el 47 del 31, y el 48 del 46. Por su parte, el ap. 49 de la STJUE 25.1.2024 expone la regulación catalana sobre la materia. Y los ap. 50 y 51 de esta STJUE, aunque no son copia literal de otras sentencias, no son novedosos, porque replican reglas ya expuestas en los apartados anteriores.

Es doctrina consolidada del TJUE, que se repite ahora en la STJUE 25.1.2024, que no prescribe la acción en la que se pide la nulidad de una cláusula por contraria a la Directiva 93/13. Sin embargo, es conforme a la Directiva la norma nacional que permite la prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad.

Una norma nacional sobre prescripción respeta el principio de efectividad cuando no hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos en el derecho de la Unión. Para ello habrá que tener en cuenta no sólo otros principios asumidos por el derecho nacional (como el principio de seguridad jurídica o el derecho de defensa), sino todos los elementos que conforman el régimen de la prescripción en el derecho nacional.

Para averiguar si la duración del plazo de prescripción respeta el principio de efectividad, ese plazo debe ser materialmente suficiente para permitir al consumidor preparar e interponer un recurso efectivo. En principio un plazo de diez años (en el derecho catalán) o cinco años (en el derecho común español) es materialmente suficiente. En cuanto al inicio del plazo de prescripción, la fijación de una fecha concreta es compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que ese plazo expire.

El ap. 50 de la STJUE conjuga ambas ideas en una única frase: para que las normas nacionales relativas al plazo de prescripción respeten el principio de efectividad, no basta con que el plazo prescriptivo empiece a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, sino que es necesario, además, que concurren dos circunstancias adicionales: que el consumidor conozca los derechos que le confiere la Directiva 93/13, y que desde ese momento [desde que los conozca] el consumidor tenga tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso.

Es la primera de estas dos circunstancias la que ahora merece ser destacada. El principio de efectividad requiere que durante el plazo de prescripción el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos que fundamentan la pretensión. Por esa razón no es conforme a la Directiva 93/13 una norma o jurisprudencia nacional que

permite la prescripción de la acción de restitución incluso aunque el consumidor no haya podido conocer esa valoración jurídica.

En el largo y casi incomprensible ap. 49, la STJUE señala cómo la jurisprudencia española [se supone que la catalana] ha interpretado las normas nacionales sobre prescripción. Según el TJUE, de la documentación que obra en el expediente resulta que la jurisprudencia nacional [se refiere a la jurisprudencia catalana] no exige que el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos que fundamentan la pretensión. Ese conocimiento del derecho en nada afecta al cómputo del plazo prescriptivo. De ello concluye que esa jurisprudencia nacional no es conforme con el principio de efectividad (ap. 50).

Estas mismas reflexiones pueden hacerse respecto del régimen contenido en el Código Civil español. Ya he explicado (epígrafe II) que, según el Tribunal Supremo, del art. 1969 CC resulta que el plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, y que en sede de prescripción es irrelevante si el consumidor conoce que la cláusula es potencialmente abusiva. Por eso, el plazo de prescripción corre con normalidad, aunque el consumidor ignore esos datos. Esta interpretación no es admisible. La jurisprudencia española que admite la prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios por el transcurso íntegro del plazo de prescripción, incluso en el caso de que el consumidor desconozca el carácter abusivo de esa cláusula, es contraria al principio de efectividad.

Repito que esta regla no deriva de la reciente STJUE 25.1.2024, sino que es recogida en muchas sentencias previas del TJUE, alguna de ellas dictada para dar respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles (como en la STJUE 16.7.2020).

### **3. Segunda pregunta: el conocimiento del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula, ¿debe tenerlo antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o basta con que lo tenga antes de que dicho plazo expire?**

#### **a) Argumentos del TJUE**

Una vez admitido que el conocimiento por el consumidor de la valoración jurídica de los hechos que fundamentan la acción de restitución de gastos es relevante en materia de prescripción, la segunda pregunta que se plantea es en qué momento el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula tiene relevancia jurídica en el cómputo del plazo prescriptivo. En concreto, la pregunta clave es si el conocimiento del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula debe tenerlo antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o basta con que lo tenga antes de que dicho plazo expire.

La STJUE 25.1.2024 responde a esta pregunta en los ap. 52 a 54. Se reproducen literalmente:

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

*53. En efecto, como se desprende de los apartados 45 a 47 de la presente sentencia, cuando el Tribunal de Justicia interpreta el Derecho de la Unión con el fin de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones útiles que le permitan apreciar la compatibilidad de una norma procesal nacional con el principio de efectividad, tiene en cuenta todos los datos pertinentes del ordenamiento jurídico nacional que le ha presentado dicho órgano jurisdiccional, y no solamente una norma relativa a uno de los aspectos del plazo de prescripción en cuestión, considerado aisladamente.*

*54. De esta manera, es posible que una norma nacional según la cual un plazo de prescripción no empezará a correr antes de que un consumidor conozca el carácter abusivo de una cláusula contractual y los derechos que le confiere la Directiva 93/13, que a priori parece conforme con el principio de efectividad, vulnere, no obstante, este principio si la duración de dicho plazo no es materialmente suficiente para permitir al consumidor preparar e interponer un recurso efectivo con el fin de invocar los derechos que le confiere la citada Directiva".*

A la vista de lo expuesto, la STJUE responde a esta pregunta en el ap. 55 (reproducido después en la primera respuesta del fallo). Después de afirmar que no es conforme a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción de diez años transcurra sin que se considere pertinente que el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos (esto es, el carácter abusivo de la cláusula), establece en una segunda frase, tras un punto y seguido, lo siguiente: *"la compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas".*

**b) Respuesta: basta con que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire, y que desde ese momento el consumidor disponga de un plazo suficiente para ejercitar sus derechos**

Para responder a la segunda pregunta el TJUE tampoco utiliza argumentos novedosos. El ap. 52 se remite al ap. 48, que proclama una máxima en esta materia: el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula puede adquirirlo el consumidor antes de que empiece a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria o antes de que ese plazo expire, pues únicamente en ese caso se respeta el principio de efectividad. Esta regla ya la había establecido el TJUE en sus SSTJUE 10.6.2021 (ap. 46) y 8.9.2022 (ap. 98). La STJUE 25.1.2024 se limita a reproducirla literalmente.

Según el TJUE, el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción empiece a correr. Por eso, es conforme a la Directiva 93/13 la norma nacional que configura ese conocimiento sobre la valoración jurídica como un requisito del *dies a quo*: el cómputo del plazo prescriptivo no se inicia hasta que el consumidor pueda conocer ese dato. Así entendido, para que corra el plazo de prescripción el consumidor debe conocer no sólo los hechos que fundamentan la pretensión, sino también la valoración jurídica de esos hechos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Alemania. La sentencia del BGH 28.10.2014 establece que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empieza a correr en el año 2011, que es el momento en el que los tribunales habían admitido de forma generalizada que la cláusula de gastos era abusiva, y no era irrazonable pensar que un acreedor (consumidor) podía litigar<sup>26</sup>.

Pero el TJUE también admite que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire. Eso significa que respeta el principio de efectividad la norma nacional que, con independencia de la forma en la que designe el *dies a quo* del plazo de prescripción, establece que ese plazo no puede transcurrir en su totalidad sin que antes el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos. Imaginemos que en un Estado miembro el plazo de prescripción empieza a correr desde que la acción ha nacido y es jurídicamente ejercitable, al margen de que el acreedor conozca o no los hechos que fundamentan la pretensión. O admitamos, como hace nuestro Tribunal Supremo, que el plazo de prescripción empieza a correr cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Pues bien, en cualquier de estos dos casos únicamente se respeta el principio de efectividad si, antes de que finalice el plazo de prescripción de la acción de restitución, el consumidor ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que en tal caso le confiere la Directiva 93/13.

---

<sup>26</sup> Sobre esta jurisprudencia alemana, v. MARÍN LÓPEZ, M. J., "La doctrina del TJUE...", *cit.*, pp. 88 y ss.

En consecuencia, la STJUE 25.1.2024 exige, para que se respete el principio de efectividad, que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula en un momento en el que todavía está vivo el plazo de prescripción, esto es, siempre que este no haya transcurrido. Por eso, el consumidor puede conocer ese dato antes de que el plazo prescriptivo haya comenzado a correr, o puede conocerlo después de que se haya iniciado su cómputo. Lo único relevante es que el plazo de prescripción no expire antes de que el consumidor pueda conocer esa valoración jurídica.

Pero el conocimiento de la valoración jurídica dentro del plazo de prescripción es insuficiente. Como con acierto señala el ap. 50, la conformidad a la Directiva 93/13 exige también que, desde el momento en que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, ha de disponer de un "tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo con el fin de invocar los derechos que le confiere la Directiva". Esta segunda exigencia (recogida en los ap. 47 y 50 de esta STJUE) no es novedosa, pues ya venía requerida por otras sentencias previas del TJUE (SSTJUE 9.7.2020, ap. 62; 10.6.2021, ap. 31).

El ap. 54 de la STJUE expone un supuesto en el que, aun conociendo el consumidor el carácter abusivo de la cláusula, no se cumple el principio de efectividad. Así sucede si la norma nacional hace depender el inicio del plazo de prescripción de que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, pero el plazo de prescripción es muy corto (por ejemplo, es de un mes). En principio la norma parece respetar el principio de efectividad, en la medida en que el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos se configura como un requisito del *dies a quo*. Pareciera que el consumidor está adecuadamente protegido, porque antes de que el plazo empiece a correr él ya conoce que la cláusula es abusiva. Sin embargo, un plazo de un mes es tan corto que puede considerarse insuficiente para preparar e interponer una reclamación. Esa norma nacional no respeta la Directiva 93/13, porque aunque sí concurre el primer presupuesto del ap. 50 (que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula), no está presente el segundo presupuesto (que disponga de un plazo "suficiente" para reclamar).

Obsérvese que este ap. 54 no afirma que el plazo prescriptivo no puede comenzar a correr antes de que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula. Establece que, aunque una norma nacional disponga que el plazo empieza a correr cuando el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, el principio de efectividad no se respeta si desde ese momento (el del conocimiento) el plazo para reclamar no es materialmente suficiente. Este sería el caso si, en el derecho alemán, en el que el conocimiento de la valoración jurídica es un requisito del *dies a quo*, el plazo de prescripción fuera de un mes. Un plazo tan breve sería contrario al principio de efectividad. Pero la situación descrita en el ap. 54 no puede predicarse de España, porque en nuestro derecho el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos no es un presupuesto para que empiece a correr el plazo de prescripción.

En cualquier caso, aunque en un Estado miembro el plazo de prescripción empiece a correr incluso cuando el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula, han de cumplirse los dos requisitos exigidos en el ap. 50 de la STJUE (que son los dos requisitos que garantizan el respeto al principio de efectividad). Por eso, el consumidor debe conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que finalice el plazo de prescripción y, además, desde que el consumidor conozca ese dato debe disponer todavía de un plazo suficiente para ejercitar sus derechos. Si falta alguno de estos requisitos, la norma o jurisprudencia nacional son contrarias al principio de efectividad.

A la vista de lo expuesto, es conforme a la Directiva 93/13 y al principio de efectividad la norma o jurisprudencia española que establece el siguiente modelo regulatorio:

1. El inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos se produce cuando el consumidor puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión y además el carácter abusivo de la cláusula, siendo el plazo de prescripción de diez años (derecho catalán) o cinco años (CC español). En este caso el conocimiento por el consumidor de la valoración jurídica de los hechos se constituye como un requisito del *dies a quo*. Pongamos un ejemplo. Imaginemos que el consumidor puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión el 26 de julio de 1997, y que puede conocer el carácter abusivo de la cláusula el 15 de abril de 2016. Conforme a esta primera interpretación el plazo de prescripción de cinco años empieza a correr el 15 de abril de 2016.

2. El plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión, pero la acción no puede considerarse prescrita si antes de que termine el plazo prescriptivo el consumidor no ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos. Por eso, si la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se mantiene cuando el plazo prescriptivo está en su tramo final (por ejemplo, cuando quedan dos años para que finalice el plazo; ese plazo de dos años se denomina "periodo de seguridad"), el cómputo del plazo se detiene. Y permanecerá detenido (sin correr) en tanto subsista esa ignorancia sobre la valoración jurídica de los hechos. Una vez que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula, se reinicia de nuevo el plazo de prescripción. En este caso, la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se configura como un supuesto de interrupción de la prescripción<sup>27</sup>. El cómputo del plazo se detiene cuando queden dos años para que el plazo se extinga, y permanecerá detenido hasta que el consumidor pueda conocer la valoración jurídica. En ese instante se inicia un nuevo

---

<sup>27</sup> Una situación similar sucede cuando el plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños empieza a correr y después se inician actuaciones penales (arts. 111 y 114 LECrim). Según el Tribunal Supremo, el inicio de actuaciones penales provoca la interrupción de la prescripción de la acción de indemnización de daños, de manera que el plazo prescriptivo se reinicia cuando el perjudicado ha recibido la notificación que le informa que el proceso penal ha concluido o ha tenido conocimiento de ello por cualquier otra vía (entre otras, SSTS 112/2022, de 15.2.2022; 1599/2023, de 23.11.2023).

plazo de prescripción (de diez o cinco años, en función de que se aplique el CCCat o el CC español). Siguiendo el ejemplo mencionado más arriba, el plazo de prescripción empieza a correr el 26 de julio de 1997, se paraliza el 26 de julio de 2010 (cuando quedan dos años para que finalice), y se reinicia el 15 de abril de 2016 un nuevo plazo de cinco años, que finaliza el 15 de abril de 2021.

3. El plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión, pero la acción no puede considerarse prescrita si antes de que termine el plazo prescriptivo el consumidor no ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula. Por eso, si la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se mantiene cuando el plazo prescriptivo está en su tramo final (siguiendo el ejemplo anterior, cuando quedan dos años para que finalice), el cómputo del plazo se suspenderá. Y permanecerá en suspenso en tanto subsista esa ignorancia sobre la valoración jurídica de los hechos. El plazo reanudará su curso (es decir, seguirá corriendo desde el momento en el que se paró) cuando el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. En consecuencia, la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula se configura como un supuesto de suspensión de la prescripción. Y levantada la suspensión, se reanuda el cómputo del plazo por donde iba, de manera que quedarán todavía dos años para que finalice el plazo de prescripción. Esta interpretación respeta el principio de efectividad, siempre que se admita que ese plazo de dos años es un plazo materialmente suficiente para permitir al consumidor preparar e interponer un recurso efectivo. Aplicando este modelo al ejemplo, resulta que el plazo de prescripción empieza a correr el 15 de abril de 1997, se suspende el 26 de julio de 2010 y permanece en suspenso hasta el 26 de enero de 2016. En ese momento se levanta la suspensión y continúa corriendo el plazo, quedando únicamente dos años, por lo que el plazo finaliza el 15 de abril de 2018.

4. El plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión, y correrá incluso hasta que finalice, aunque el consumidor no pueda conocer la valoración jurídica de los hechos. Ahora bien, la acción del consumidor no puede considerarse prescrita sino cuando transcurra el plazo adicional de prescripción (que siguiendo el ejemplo, se fija en dos años) que empieza a correr cuando el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula. Esta figura se denomina posposición de la terminación del plazo de prescripción (o vencimiento diferido). Es una institución desconocida en el derecho español, pero sí admitida en textos internacionales (pe., Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Común de Referencia) y en otros países (como Alemania)<sup>28</sup>. En ocasiones esta figura opera junto a la suspensión. Es lo que sucedería en esta hipótesis: el plazo de prescripción corre, incluso íntegramente. Pero si cuando termina el consumidor no puede conocer el carácter abusivo de la cláusula, no puede considerarse la acción prescrita, sino que queda en suspenso. La suspensión se levanta cuando el consumidor conoce esos datos jurídicos, y desde ese instante

---

<sup>28</sup> Sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M. J., "El *dies a quo*...", *cit.*, pp. 42 y ss.

dispone de un plazo adicional de prescripción de dos años (que es materialmente suficiente para preparar e interponer un recurso). Si aplicamos este modelo al ejemplo, el plazo empieza a correr con normalidad el 26 de julio de 1997, y transcurren íntegramente los quince años. A pesar de ello, el plazo no se considera extinguido el 26 de julio de 2012, sino que se suspende, y el 15 de abril de 2016 empieza un plazo adicional de dos años, de modo que la acción prescribe el 15 de abril de 2018.

Conforme a lo expuesto, el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula puede constituir 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. En la práctica los dos primeros modelos conducen al mismo resultado: el plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula. Y lo mismo sucede con los modelos tercero y cuarto: en ambos el plazo prescriptivo se extingue transcurrido un plazo breve (el periodo de seguridad) desde que el consumidor pudo conocer esos datos jurídicos. No es ahora el lugar para decidir cuál de estas cuatro interpretaciones es más adecuada (v. epígrafe VIII.1). Simplemente interesa destacar que cualquiera de ellas es respetuosa con las exigencias de la STJUE 25.1.2024, porque en todas ellas la acción de restitución de cantidades no puede considerarse prescrita antes de que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, y desde que tiene (o puede tener) ese conocimiento dispone todavía de un plazo (que, siguiendo el ejemplo, es de dos años) que es suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Cada Estado miembro debe decidir cuál de esas cuatro soluciones se adapta mejor a su derecho interno.

### **c) La STJUE de 25 de enero de 2024 no exige que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para que el plazo de prescripción empiece a correr**

La STJUE 25.1.2024 no impone que, para que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empiece a correr, el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. El conocimiento de la abusividad de la cláusula no es un requisito del *dies a quo*; no es un presupuesto que ha de concurrir antes de que se inicie el cómputo del plazo. Como se ha expuesto en el epígrafe anterior [IV.3.b)], es cierto que los Estados miembros pueden configurar ese conocimiento como requisito del *dies a quo*, y que esa exigencia respeta el principio de efectividad. Pero también lo es que la Directiva 93/13 se cumple si antes de que expire el plazo de prescripción el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, aunque ese dato lo ignorara cuando empezó a correr el plazo prescriptivo.

Así entendida la STJUE que se comenta (y técnicamente creo que no cabe otra interpretación), es llamativo que muchos hayan defendido que el plazo de prescripción únicamente empieza a correr cuando el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula. Para DURÁN RIVACOBA, "solo cabe interponer las acciones

resarcitorias una vez que se tenga consciencia efectiva del abuso sufrido. Solo a partir de dicho instante corre la cuenta legítima del tiempo”<sup>29</sup>. Entiende LÓPEZ-DÁVIDA AGÜEROS que “el TJUE determina que el plazo de prescripción para la acción de restitución de los gastos hipotecario debe empezar a computar cuando el consumidor tiene constancia de que la cláusula es abusiva”<sup>30</sup>. Según JIMÉNEZ MORIANO, “descarta esta resolución [STJUE] que tal momento [inicio del plazo prescriptivo] haya de ser el del pago de los gastos hipotecarios... Y aunque no dice exactamente cuál haya de ser dicho momento..., de los razonamientos que acaban de transcribirse se desprende que dicho momento ha de coincidir con el conocimiento por parte del consumidor de la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios”<sup>31</sup>. Para HERNÁNDEZ MANZANARES, la STJUE 25.1.2024 “dictamina que el plazo de prescripción comienza a contar desde el momento en que el consumidor conoce la existencia de que la cláusula de su hipoteca era abusiva y los derechos que tiene al respecto”<sup>32</sup>.

Realmente sorprendente es que la SAP Barcelona 62/2024, de 15.3.2024, también sostenga que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos es un requisito para que se inicie la prescripción. Entiende que, aunque es cierto que la propia STJUE alude en sus consideraciones generales (ap. 48 y 52) a su doctrina clásica, según la cual no es necesario que se dé al iniciarse el cómputo de prescripción, sino que basta con que concurra antes de que expire el plazo, en el caso de la cláusula de gastos es un requisito del *dies a quo*, por las razones que enumera en sus ap. 18 y 19. Esta interpretación es inadecuada (v. epígrafe IV.5).

Varios son los argumentos utilizados para defender que la STJUE 25.1.2024 vincula el inicio del cómputo del plazo prescriptivo al conocimiento del carácter abusivo de la cláusula:

1. Se ha señalado que es una exigencia del ap. 49 de esta STJUE. Este es el argumento central de la SAP Barcelona 62/2024 (en su ap. 18), que afirma que “el apartado 49 señala expresamente que *“el plazo de prescripción (...) no puede iniciarse antes de que el consumidor tenga conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula con arreglo a la cual se efectuaron esos pagos”*”. Este argumento es sorprendente, porque ni el ap. 49 de la STJUE, ni la frase transcrita, requieren que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula sea

<sup>29</sup> DURÁN RIVACOBA, “La viabilidad de la prescripción (Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor e virtud de una cláusula nula pro abusiva)”, *Diario La Ley*, nº 10448, pp. 2.

<sup>30</sup> LÓPEZ-DÁVIDA AGÜEROS, “El TJUE se pronuncia sobre el día en que debe empezar el cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de los gastos hipotecarios”, *Sepin*, SP/DOCT/123338, pp. 2.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ MORIANO, “El cómputo del plazo de prescripción de la cláusula de gastos hipotecarios. Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024”, *Sepin*, SP/DOCT/124454, pp. 8.

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ MANZANARES, “El derecho de la Unión Europea y la reciente STJUE de 25 de enero de 2024 en materia de gastos hipotecarios”, *Diario La Ley*, nº 10470, 20 de marzo de 2024, pp. 9.

preciso para que se inicie el cómputo del plazo. Al contrario, lo que el ap. 49 establece es que, según el TJUE, los tribunales nacionales (en este caso, catalanes) entienden que, “con independencia de... que establezcan que el plazo de prescripción... no puede iniciarse antes de que el consumidor tenga conocimiento de los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula (esto es, de los hechos que fundamentan la pretensión), no exige que el consumidor conozca... también su valoración jurídica”. Es decir, el ap. 49 recoge lo que es la doctrina consolidada del Tribunal Supremo: que el plazo comienza a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, al margen de que conozca o ignore la calificación jurídica de una cláusula o que la ley le atribuye unos derechos.

2. Se argumenta que el ap. 54 de la STJUE 25.1.2024 exige, no sólo que el plazo empiece a correr cuando el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, sino que además requiere que desde ese momento el consumidor disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Pero en verdad este apartado no contiene esa exigencia. Lo que el texto señala es que, aunque una ley nacional exija que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula para que el plazo prescriptivo empiece a correr, esa norma no respeta el principio de efectividad si la duración del plazo es tan breve que el consumidor no puede preparar un recurso. En definitiva, como para cumplir el principio de efectividad han de cumplirse dos requisitos (que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula y que desde ese instante disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso), si falta alguno de ellos (en la situación descrita en el ap. 54 falta el segundo) la ley nacional será contraria a la Directiva 93/13.

3. Se ha defendido que también el ap. 56 de la STJUE 25.1.2024 presupone que el consumidor debe conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción se inicie. Esta afirmación es igualmente incorrecta. Como con detalle he señalado en otro lugar (epígrafe IV.1), en este apartado el TJUE reformula la segunda parte de la primera pregunta de la AP Barcelona. El TJUE se pregunta si es contrario a la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que, para determinar el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos, considera que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula. Como puede apreciarse, el TJUE no afirma que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sea imprescindible para que el plazo prescriptivo empiece a correr. Parte de que esa es una exigencia de un derecho nacional. Lo que pregunta es si, configurado el derecho nacional de ese modo, la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada acredita que el consumidor conocía el carácter abusivo de la cláusula.

4. La SAP Barcelona 62/2024 da relevancia (ap. 18) al hecho de que la STJUE, aunque en sus ap. 48 y 52 admite que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo empiece a correr o antes de que el plazo expire, no incluya esta afirmación en el fallo. La ausencia de una referencia expresa en el fallo

le lleva a entender que el TJUE exige el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo se inicie. Tampoco esta argumentación puede compartirse. Es cierto que el fallo no indica que “el consumidor debe poder conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo empiece a correr o antes de que expire”. Pero sí afirma algo que significa lo mismo: que la Directiva 93/13 se opone a una jurisprudencia nacional en la que la acción de restitución de gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años que empieza a correr desde el abono del último gasto, “sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos”. Del propio fallo se deduce que no puede transcurrir el plazo de prescripción sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula; lo que implica que ese conocimiento tiene que producirse en cualquier momento del plazo (a su inicio o antes de que expire). En cualquier caso, que no exista una respuesta “expresa” en el fallo no puede llevar a desconocer los fundamentos que preceden al fallo. Y los ap. 48, 50 y 52 de la sentencia son muy claros.

5. Se argumenta que “en los distintos escenarios contemplados por el Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial planteada por auto de 22 de julio de 2021 se parte de la premisa de que ese conocimiento ha de darse antes de iniciarse el plazo, entendemos que por ser exigencia del Derecho Español que el demandante conozca todas las circunstancias que le permitan ejercitar la acción antes de que pueda computarse el plazo (criterio de la *actio nata*)” (ap. 19 de la SAP Barcelona 62/2024). Tampoco este argumento convence. Es cierto que el auto del TS establece que, según la jurisprudencia del TJUE, no es compatible con el principio de efectividad fijar el comienzo del plazo de prescripción en la fecha en que se celebra el contrato, se produce el enriquecimiento indebido o se cumple íntegramente el contrato. Pero esta interpretación del TS es desacertada, porque en realidad el TJUE no impide que el plazo empiece a correr en esas fechas, sino que el plazo transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula. La desafortunada interpretación del TS sobre la doctrina del TJUE ha sido seguida por muchas Audiencias Provinciales. Una de ellas es la AP Barcelona, en concreto en esta sentencia 62/2024.

La tesis correcta es la que acoge el voto particular de la SAP Barcelona 62/2024: “el Tribunal [TJUE] afirma que las normas pertinentes se oponen a una interpretación como la que veníamos haciendo, es decir, que el plazo de prescripción de diez años empezaba a computarse desde que se agotaban los efectos de la cláusula, sin tener en cuenta si el consumidor era o no sabedor de los derechos que la Directiva le reconocía. En definitiva, a mi juicio, lo que el Tribunal declara es que no se puede considerar prescrita la acción de restitución sin tener en cuenta que el consumidor tuviera a la información que permitiera a un consumidor medio ser consiente de los derechos que le reconocía la Directiva. Ahora bien, el Tribunal no dice en esa respuesta, como se desprende del voto mayoritario [de esta sentencia], que dicha información haya de ser previa al cómputo del plazo, sino sencillamente que se opone

a una jurisprudencia que no lo tiene en cuenta, bien sea para el inicio del cómputo, bien sea antes de su extinción” (ap. 17 del voto particular).

La realidad es que la STJUE 25.1.2024 no requiere que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula de gastos para que el plazo prescriptivo empiece a correr. Y es que, en verdad, la STJUE no establece cuál es el *dies quo*. Ni lo fija, ni puede hacerlo, por las siguientes razones. En primer lugar, las normas sobre la prescripción no están armonizadas en la Directiva 93/13, y por eso el TJUE no puede imponer a un Estado miembro la fecha de inicio del plazo de prescripción. Además, esta es la solución más coherente con la propia doctrina del TJUE, que requiere que sea el legislador, y no la jurisprudencia, el que fije el punto de partida del plazo de prescripción. La jurisprudencia del TJUE debe intervenir para que se respete el principio de efectividad derivado de la Directiva 93/13, y este principio queda garantizado si, al margen de cuál sea el *dies a quo*, se impide que el plazo de prescripción transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula. En definitiva, siempre que se respete el principio de efectividad, la doctrina del TJUE debe interferir lo menos posible en el régimen de la prescripción. Por eso es más adecuado configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un caso de suspensión de la prescripción, y no como un requisito del *dies a quo* (v. epígrafe VIII.1).

#### **4. Tercera pregunta: el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, ¿lo adquiere el consumidor cuando existe un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otros hechos?**

##### **a) Argumentos del TJUE**

La tercera pregunta que responde la STJUE 25.1.2024 es si es contrario a la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que, para determinar el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos, considera que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula (ap. 56).

La STJUE dedica a esta materia los ap. 57 a 60. Entiende el TJUE que el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información de que dispone antes de celebrar el contrato (ap. 57, que cita la STJUE 30.4.2014, ap. 39). En lo que se refiere a la información, el profesional sigue teniendo una situación preponderante después de la celebración del contrato, pues si existe una jurisprudencia nacional consolidada que reconoce el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia (ap. 58, con cita de la STJUE 13.7.2023, ap. 32). En cambio, “no cabe presumir que la información de

que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada” (ap. 59). El ap. 60 incide en esta misma idea: “aunque pueda exigirse a los profesionales que se mantengan informados de los aspectos jurídicos relativos a las cláusulas..., en particular por lo que se refiere a la jurisprudencia nacional relativa a tales cláusulas, no cabe esperar una actitud similar de estos últimos, habida cuenta del carácter ocasional, o incluso excepcional, de la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo”.

Tras esta exposición, el TJUE responde a la pregunta señalando que *“la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que puede ejercitar el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella”* (ap. 61 y respuesta a la segunda pregunta en el fallo).

**b) Respuesta: la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no constituye prueba de que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula**

Hay que recordar que, como se ha expuesto en otro lugar (epígrafe IV.1), la STJUE 25.1.2024 no afirma en su ap. 61 que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de la cláusula sea imprescindible para que el plazo de prescripción empiece a correr. Parte de que esa es una exigencia de un derecho nacional (en este caso, el español). Y pregunta si, configurado el derecho nacional de ese modo, la exigencia de una jurisprudencia nacional consolidada acredita que el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula. En consecuencia, de este apartado de la sentencia no puede deducirse que, según el TJUE, en el derecho español el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula es imprescindible para que empiece a correr el plazo prescriptivo.

Entiende el TJUE que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no constituye prueba de que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula. Comparto la argumentación del TJUE y la respuesta que ofrece me parece adecuada. Pero esa respuesta, además de no contestar a parte de lo que le pregunta la Audiencia Provincial de Barcelona, no aporta ningún dato que sirva para averiguar cuándo el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Debe destacarse que los ap. 57 y 58 no son nuevos, sino que derivan de otras sentencias anteriores. La idea central del razonamiento del TJUE es una doble presunción sobre el conocimiento de la jurisprudencia nacional relativa a cláusulas abusivas: se presume que las entidades bancarias conocen esa jurisprudencia, y que los consumidores no la conocen. El fundamento de la doble presunción se explica en la sentencia (ap. 60): las entidades bancarias son profesionales de ese sector, y por eso se entiende que conocen la jurisprudencia consolidada sobre las cláusulas tipo que utilizan. En cambio, el consumidor es un profano en la materia, que solo excepcionalmente celebra contratos con estas cláusulas, razón por la cual no cabe esperar que la conozca.

La STJUE no explica qué significa la expresión "jurisprudencia nacional consolidada". La AP Barcelona usa esa fórmula para referirse a algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas. El TJUE se limita a reproducir esa misma expresión, pero no se detiene en su análisis. Tampoco queda muy claro cuáles son esas "cláusulas similares" sobre las que ha de recaer esa jurisprudencia consolidada. En el caso que nos ocupa, si la jurisprudencia consolidada ha de versar sobre la cláusula de gastos o puede recaer sobre una cláusula similar (parecida)<sup>33</sup>. En cualquier caso, estas indefiniciones carecen de importancia en la práctica, porque al responder el TJUE a la pregunta de forma negativa, pierde bastante interés indagar sobre el sentido que haya de darse a estas expresiones.

Entiende el TJUE que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas semejantes no constituye prueba de que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula. Comparto esta afirmación. En efecto, el hecho de que el Tribunal Supremo haya dictado una o varias sentencias sobre la cláusula de gastos, o sobre otras cláusulas, no supone que el consumidor pueda conocer *en todo caso* el carácter abusivo de la cláusula. La publicación de una sentencia, aunque sea del Tribunal Supremo, no implica que *automáticamente* un consumidor medio conozca que se ha publicado y cuál es su contenido esencial. Esto es lo único que afirma el TJUE: que no hay ese automatismo, es decir, que el simple hecho de dictarse una sentencia del alto tribunal no hace prueba del conocimiento potencial por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula. Insisto en que esta afirmación, que yo comparto, parece evidente.

Por otra parte, la respuesta del TJUE es incompleta. En la cuestión prejudicial se le pregunta si para averiguar cuándo un consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula el tribunal nacional, además de la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado, puede tomar en consideración otras circunstancias. La STJUE 25.1.2024 no se refiere a esta última cuestión. Y no lo hace porque, al reformular la pregunta en su ap. 56, únicamente alude a la jurisprudencia nacional consolidada. En consecuencia, el TJUE no examina qué otras circunstancias puede tener en cuenta un tribunal español para fijar el momento exacto en el que el

---

<sup>33</sup> Según el Diccionario de la RAE, "similar" significa "igual", "semejante", pero también "parecido".

consumidor puede conocer esa información jurídica. Creo que esto no es un olvido del TJUE, sino una decisión deliberada, que responde a la siguiente idea: corresponde al tribunal español valorar todas las circunstancias concurrentes para averiguar cuándo un consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula.

En conclusión, el TJUE establece que la existencia de una jurisprudencia española sobre la nulidad de la cláusula de gastos no hace prueba de que el consumidor podía conocer el carácter abusivo de esa cláusula. Pero no suministra ninguna información adicional sobre cuándo un consumidor puede conocer esa información jurídica. Así visto, la respuesta del TJUE es irrelevante, porque únicamente explica qué no acredita ese conocimiento jurídico, pero calla sobre qué serviría para intentar acreditar que el consumidor sí tenía ese conocimiento. Conforme a lo expuesto, es el derecho nacional, y no el TJUE, el que hay que aplicar para dilucidar cuándo un consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula.

A la vista de lo expuesto, no cabe sostener que la STJUE 25.1.2024 establece que el plazo empieza a correr cuando se dicta sentencia que declara la nulidad de la cláusula, pues en ese momento el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula. Esta tesis, defendida entre otros por LÓPEZ-DÁVIDA AGÜEROS<sup>34</sup> y JIMÉNEZ MORIANO<sup>35</sup>, no puede encontrar apoyo en esta STJUE.

## **5. La SAP Barcelona (Secc. 15) 62/2024, de 14 de marzo**

Una vez dictada la STJUE 25.1.2024, la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona apenas ha tardado mes y medio en resolver los cuatro asuntos que suspendió precisamente por el planteamiento de la cuestión prejudicial. Lo ha hecho mediante las SSAP 62/2024, 63/2024, 64/2024 y 65/2024), fechadas el 15 de marzo de 2024. La más importante es la 62/2024 (ECLI:ES:APB:2024:348), dictada por el Pleno de la Sección 15, y firmada por tanto por sus seis Magistrados. La sentencia cuenta con un interesante voto particular del Sr. Luis Rodríguez Vega.

### **a) Doctrina general**

La Sección 15 sienta la siguiente doctrina: (i) el plazo de prescripción (diez años en el derecho catalán) no puede empezar a correr hasta que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos; (ii) 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; (iii) un consumidor medio ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula en enero de 2017. En el caso de autos, el contrato se celebró en julio de 2006, y la demanda se

<sup>34</sup> LÓPEZ-DÁVIDA AGÜEROS, "El TJUE se pronuncia...", *cit.*, pp. 2.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ MORIANO, "El cómputo del plazo...", *cit.*, pp. 8.

interpuso en el año 2017. Por lo tanto, la acción de restitución de los gastos no está prescrita.

Hay que analizar por separado cada una de esas tres cuestiones.

(i) La sentencia señala, en primer lugar, que el *dies a quo* de la acción de restitución de gastos es la fecha en la que el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos. A la cuestión dedica la sentencia los ap. 5, 6, 18 y 19. La sentencia reconoce que, conforme a la doctrina del TJUE, no es necesario que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula se dé al iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, sino que basta con que concurra antes de que expire el plazo, siempre que el consumidor disponga de un tiempo suficiente para ejercitar su acción (ap. 18). Y que la propia STJUE 25.1.2024 alude a esa doctrina en sus ap. 48 y 52. Sin embargo, señala que el ap. 49 de la STJUE expresamente declara que el plazo de prescripción no puede empezar a correr antes de que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula. Esta idea se recoge también en los ap. 5 y 6 de la SAP. Esta es la razón por la que la SAP fija en ese momento el *dies a quo*.

Este razonamiento es inadecuado. Basta con leer con detalle este ap. 49 para constatar que no dice lo que la sentencia afirma que dice. En verdad sanciona justo lo contrario: recoge la doctrina consolidada del TS, según la cual el plazo empieza a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, al margen de que conozca o ignore que la cláusula es abusiva [v. epígrafe IV.3.c)].

La AP añade otras razones para que el plazo se inicie con el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. Aunque la STJUE 25.1.2024 permite que el plazo pueda empezar a correr antes, esta doctrina no se recoge en el fallo de la STJUE (ap. 18). El argumento es inconsistente. Además, “en los distintos escenarios contemplados por el Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial planteada por auto de 22 de julio de 2021 se parte de la premisa de que ese conocimiento ha de darse antes de iniciarse el plazo, entendemos que por ser exigencia del Derecho Español que el demandante conozca todas las circunstancias que le permitan ejercitar la acción antes de que pueda computarse el plazo (criterio de la *actio nata*)” (ap. 19). Tampoco este argumento convence. Lo que se deduzca (o no deduzca) de la cuestión prejudicial del TS no impide analizar con rigor la STJUE 25.1.2024, y aplicar lo que con suma claridad exponen sus ap. 48 y 52 [con más detalle, v. epígrafe IV.3.c)].

(ii) En cuanto a qué información debe conocer el consumidor, la AP Barcelona señala que debe conocer “los derechos que le confiere la Directiva” (ap. 5); en concreto, “que tiene derecho a percibir de la entidad financiera los gastos” (ap. 69). La formulación más completa está en el ap. 8: “que tiene derecho a recuperar lo abonado porque se le ha impuesto por medio de una cláusula abusiva”. Por lo tanto, el consumidor tiene que conocer que la cláusula es abusiva. Para ello “basta que haya podido adquirir conciencia acerca de las altas probabilidades de éxito de su reclamación” (ap. 11). No se requiere que conozca que la concreta cláusula de su

contrato es abusiva, o que ha sido declarada abusiva por sentencia, sino que podría ser declarada abusiva “con altas probabilidades” si se reclamara judicialmente.

Tiene razón la sentencia cuando no exige que haya “certeza” sobre la abusividad, ni requiere que existe sentencia judicial que declara abusiva esa concreta cláusula. Y que basta con que un consumidor medio pueda razonablemente pensar que esa cláusula puede ser abusiva. Pero no es necesario, a mi juicio, que la eventual demanda judicial tenga altas probabilidades de hecho. En realidad, es irrelevante el éxito potencial de la demanda. Lo decisivo es que el consumidor conozca (pueda conocer) que hay un contexto de litigación sobre la nulidad de esa cláusula (v. epígrafe IX.2).

(iii) Un consumidor medio no puede conocer el carácter abusivo de la cláusula cuando el TS dicta una sentencia, porque él no tiene por qué conocerla, pero sí “cuando concurren circunstancias excepcionales que hayan podido determinar una difusión de la doctrina de los tribunales de carácter extraordinario, esto es, que haya ido mucho más allá de los círculos profesionales... Esa difusión ha debido tener un grado de intensidad suficientemente grande como para que nuestro consumidor medio haya debido o podido tomar conciencia de sus derechos” (ap. 10). Se trata de determinar la probabilidad de que el consumidor medio, atendidas todas las circunstancias del caso, hubiera podido conocer razonablemente su derecho” (ap. 11). Señala la SAP que fijar cuándo eso puede suceder, en relación con la cláusula de gastos, es difícil, de modo que el criterio que ella establezca es “inseguro”, y puede “ser muy distinto al que realicen otros tribunales en nuestra misma situación” (ap. 13).

Partiendo de estas premisas, sostiene que 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 tuvo 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 enorme cantidad de procesos iniciados durante 2017 en reclamación de los gastos del contrato de préstamo hipotecario evidencia que el consumidor medio había adquirido conciencia de sus derechos, esto es, que podía reclamar con muy altas probabilidades de éxito lo previamente abonado en concepto de gastos del contrato. Por tanto, a partir del mes de enero de 2017 podemos considerar cumplidas las circunstancias que permitían iniciar el cómputo del plazo prescriptivo, porque a partir de ese momento un consumidor medio informado que hubiera sentido el impulso de reclamar sus derechos habría podido conocer todas las circunstancias que posibilitaban el ejercicio de la acción de reclamación” (ap. 16). “Todos los anteriores son hechos notorios, que, amén de haber sido alegados y acreditados por las entidades de crédito, el tribunal conoce por razón del desempeño de su actividad como órgano especializado

en el conocimiento de cláusulas abusivas durante ese periodo temporal. Por tanto, no son hechos que requieran actividad probatoria adicional por las partes” (ap. 17). Esta interpretación es, en lo esencial, correcta, aunque en mi opinión es más adecuado fijar como fecha relevante abril de 2016 (v. epígrafe X.5).

## **b) El voto particular**

El voto particular se separa del voto mayoritario en dos puntos. En primer lugar niega que el plazo de prescripción empiece a correr desde que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, sino que tiene que hacerlo conforme a las reglas del derecho interno, es decir, cuando el consumidor abona la última factura o, si es posterior, se produce la liquidación de la provisión de fondos.

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

A continuación recoge la doctrina del TJUE sobre la prescripción: “el Tribunal de Justicia no puede establecer ni el plazo de prescripción ni el día en el que debe empezar el computo de dicho plazo, como el propio Tribunal indica en el fundamento (42), ya que ello corresponde al ordenamiento interno. Lo único que puede hacer el Tribunal de Justicia es establecer en qué condiciones el régimen de prescripción interno respeta los principios de equivalencia y de efectividad del derecho de la Unión Europea, que a su vez limitan la autonomía procesal de los Estados miembros. Queremos que el Tribunal nos diga el “*dies a quo*”, cuando no hay norma unitaria sobre esa materia. Lo único que puede examinar el Tribunal de Justicia es si el sistema de prescripción sobrepasa los límites de la autonomía procesal de los Estados, el principio de equivalencia y de efectividad” (ap. 5).

Tras reproducir los ap. 48 y 52 de la STJUE 25.1.2024, entiende que “lo que el Tribunal declara es que no se puede considerar prescrita la acción de restitución sin tener en cuenta que el consumidor tuviera a la información que permitiera a un consumidor medio ser consiente de los derechos que le reconocía la Directiva. Ahora bien, el Tribunal no dice en esa respuesta, como se desprende del voto mayoritario, que dicha información haya de ser previa al cómputo del plazo, sino sencillamente que se opone a una jurisprudencia que no lo tiene en cuenta, bien sea para el inicio del cómputo, bien sea antes de su extinción” (ap. 17). Y concluye que “el computo

del plazo de prescripción desde el pago de la última factura, es compatible con el principio de efectividad, si antes de que expire, el consumidor tuvo a su disposición la información necesaria y el tiempo suficiente para ejercitar un recurso eficaz” (ap. 22). “El plazo restante ha de considerarse suficiente siempre que sea superior a dos años, ya que el Tribunal de Justicia ha reconocido que ese plazo es compatible con el principio de efectividad (ap. 25 de la STJUE 15.12.2011, ap. 25)”.

A mi juicio, la tesis propuesta por el voto particular es correcta. El TJUE no exige que el plazo de prescripción se inicie cuando el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, sino que señala que esa opción es compatible con el principio de efectividad. Pero el legislador (o juez) nacional tiene otras opciones que son igualmente respetuosas con ese principio. En ese sentido, lo más adecuado es que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no sea un requisito del *dies a quo*, sino un caso de suspensión de la prescripción, por las razones que se exponen en otro lugar (v. epígrafe VIII.1).

Sin embargo, el voto particular contiene algunas ideas que no comparto. Después de señalar que es compatible con el principio de efectividad que el plazo empiece a correr cuando el consumidor abona los gastos, siempre que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo expire y disponga todavía de un tiempo suficiente para ejecutar su recurso, añade lo siguiente: “si antes de la expiración del plazo el consumidor no tuvo dicha información el plazo solo podrá computarse desde que dispuso de dicha información. Lo mismo ocurrirá si el consumidor no ha dispuesto de tiempo suficiente para ejercitar su acción” (ap. 22, segunda frase). Esta idea es incongruente con la tesis asumida, y además es errónea. Si antes de que el plazo termine el consumidor sigue ignorando que la cláusula es abusiva, el plazo no puede expirar; se suspenderá cuando quedan dos años para su finalización, y esa suspensión se levantará cuando el consumidor pueda conocer esa información jurídica. De este modo se satisfacen los dos requisitos exigidos por el principio de efectividad: que el plazo no pueda expirar sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, y que desde el momento del conocimiento el consumidor disponga de un plazo suficiente para ejercitar su recurso.

La segunda cuestión en la que el voto particular se separa de la mayoría se refiere a cuándo un consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula. Señala que el TJUE “lo único que exige es que el consumidor medio disponga de información sobre la posibilidad de ejercitar acciones ante los tribunales, mediante las que se puede dejar sin efecto una cláusula que le imponga, de mala fe, condiciones que le perjudiquen, lo que exige lógicamente que sea consciente de la existencia de la cláusula y del perjuicio ocasionado” (ap. 26). Por lo tanto, “si antes de que expire el plazo de prescripción del ordenamiento nacional, y con tiempo suficiente, el consumidor es consciente, primero, de la existencia de la cláusula, segundo, del perjuicio que le ha ocasionado y, tercero, de las acciones que la Ley le reconoce para que se declaren nulas por abusivas, ese plazo respetará el principio de efectividad” (ap. 27).

Aplicando estas premisas al caso de autos, “primero, el consumidor ha tenido que ser consciente de la cláusula abusiva, ya que tuvo que asumir todos los gastos del préstamo, segundo, del alcance del perjuicio ocasionado, precisamente por esa misma razón, lo único que faltaría sería que fuera además consciente de las acciones que la Ley le reconoce” (ap. 28). En relación con este tercer requisito, “si antes de que expire el plazo y con tiempo suficiente, el consumidor ya había planteado una reclamación extrajudicial, al mismo Banco, respecto de otras de las cláusulas generales del mismo o similar contrato pidiendo su nulidad por ser abusivas, creo que podríamos afirmar que un consumidor medio, en dichas circunstancias, sería consciente de los derechos que la Ley le ofrece para impugnar la cláusula litigiosa” (ap. 29).

En el caso de autos uno de los actores presentó una reclamación extrajudicial reclamando la ineficacia de la cláusula suelo de ese mismo contrato de préstamo, “por lo que podemos afirmar que el consumidor conocía sus derechos” (ap. 30). Como el contrato se celebró el 4 de octubre de 2006 y la reclamación extrajudicial fue el 7 de noviembre de 2013, hasta la fecha en que debía expirar el plazo de diez años (el 4 de octubre de 2016) quedaban más de dos años desde la reclamación extrajudicial, por lo que tenía tiempo suficiente para reclamar por los gastos hipotecarios. Por eso la acción ha de considerarse prescrita.

Esta interpretación no puede compartirse. El principio de efectividad requiere que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula en cuestión (en este caso, la de gastos). A estos efectos es indiferente cuándo pudo conocer que otra cláusula (como la suelo) podía ser abusiva. El carácter potencialmente abusivo de una cláusula nada tiene que ver con el de otra cláusula (v. epígrafe IX.2).

## **V. LA STJUE DE 25 DE ABRIL DE 2024 (TRIBUNAL SUPREMO)**

### **1. Las preguntas del Tribunal Supremo y su reformulación por el TJUE**

El 22 de julio de 2021 el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó un auto de planteamiento de cuestión prejudicial (ECLI:ES:TS:2021:10157A; ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres). Esta cuestión prejudicial (asunto C-561/21) se formula en el marco del recurso de casación 1799/2020, presentado por los prestatarios contra la SAP Barcelona (Secc. 15ª) 20/2020, de 8 de enero de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:24).

En su argumentario el Tribunal Supremo cita (y analiza) la doctrina del TJUE sobre la materia (SSTJUE 9.7.2020, 16.7.2020, 22.4.2021 y 10.6.2021). Pero da la impresión de que no ha llegado a comprender realmente esta doctrina. Sólo así se explica que afirme que “en la STJUE 16 de julio de 2020, ap. 88, el TJUE ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que

comienza «desde la celebración del contrato». Esta afirmación puede ser rebatida, en un doble sentido. En primer lugar, el ap. 88 de esta sentencia no afirma lo que ahí se dice, sino que se refiere a otra cosa<sup>36</sup>. Pero es que, en segundo lugar, no es cierto que la STJUE 16.7.2020 establezca esa tesis. La sentencia no afirma que es incompatible con el principio de efectividad fijar el *dies a quo* del plazo en el momento de la celebración del contrato, sino que lo que es contrario a este principio es que el plazo prescriptivo transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. Así resulta del ap. 91 de la STJUE 16.7.2020, y del ap. 47 de la STJUE 10.6.2021, que se reproduce literalmente en el auto del Tribunal Supremo. De manera similar parece interpretar el TS las STJUE 22.4.2021 y 9.6.2020, que se refieren a un *dies a quo* que las legislaciones nacionales fijan, respectivamente, el día en que se realizó el pago y el día del cumplimiento íntegro del contrato.

Conforme a lo expuesto, el auto del TS sostiene que, según la jurisprudencia del TJUE, no es compatible con la Directiva 93/13 fijar el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo en la fecha en que se celebra el contrato, se produce el enriquecimiento indebido (se realiza el pago) o se cumple íntegramente el contrato. Como con detalle he explicado en otro lugar de este trabajo (epígrafe III), esta interpretación es desacertada, pues en verdad el TJUE no impide que el plazo pueda empezar a correr en esas fechas, sino que declara contrario al principio de efectividad que el plazo transcurra íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Esta interpretación (errónea) de la doctrina del TJUE marca completamente la elaboración de las preguntas planteadas al TJUE. La primera evidencia es que el TS descarta que el plazo de prescripción empiece a correr el día en que se hacen los pagos indebidos. Eliminada esa opción, el alto tribunal plantea tres posibles fechas, y formula por eso tres preguntas, en las que se pide que se indique si es conforme con la Directiva 93/13 fijar el comienzo del plazo de prescripción (i) el día de la sentencia firme que declara la nulidad de esa cláusula; (ii) cuando se dictan las sentencias del TS que fijan doctrina sobre los efectos restitutorios (SSTS 23.1.2019); o (iii) con las SSTJUE que declaran que la acción de restitución de gastos puede estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE 9.7.2020 y 16.7.2020).

La formulación de las preguntas merece algún comentario. Por una parte, es llamativo que ninguna de las preguntas aluda expresamente al conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula, que es el dato esencial para juzgar

---

<sup>36</sup> En concreto, establece lo siguiente: "El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula".

si la legislación o jurisprudencia nacional se opone al principio de efectividad. Por otra, no se comprende por qué se descarta como fecha relevante a efectos del *dies a quo* el 23 de diciembre de 2015. El ATS no da ninguna explicación sobre ello. Tampoco se comprende por qué las tres preguntas se presentan de manera jerarquizada. Si el TJUE responde de forma afirmativa a la primera pregunta (es conforme a la Directiva 93/13) fijar el *dies a quo* en la fecha de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula), el TJUE ya no tendrá que responder a las demás, pues el presupuesto de la segunda pregunta es que se responde a la primera de forma negativa. Y lo mismo sucede con la tercera pregunta. Plantear las preguntas de este modo no tiene mucho sentido.

Esta cuestión prejudicial se resuelve en la STJUE 25.4.2024 (asunto C-561/21), que citaré como STJUE(TS) 25.4.2024, para distinguirla de la STJUE de la misma fecha que resuelve la cuestión formulada por el JPI nº 20 de Barcelona (citada como STJUE(JPI) 25.4.2024).

La STJUE(TS) 25.4.2024 reformula las preguntas planteadas. Esto afecta, en primer lugar, a su ordenación jerárquica. El TJUE decide responder a las tres preguntas, a pesar de que, contestando a la primera de forma afirmativa, no estaba obligado a detenerse en las dos siguientes. Entiende el TJUE que es oportuno responder a estas dos preguntas porque “se han de proporcionar al tribunal remitente determinados elementos de interpretación al respecto, que parecen útiles para la resolución del litigio de que conoce” (ap. 44). En cuanto al texto de las preguntas, la primera (ap. 24) no presenta cambios. Pero sí las otras dos preguntas.

La segunda pregunta del TS es si se opone a los arts. 5.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 “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)”. El TJUE cambia la pregunta, que pasa a tener esta redacción: “si 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” (ap. 43).

Los cambios en la formulación son notables. Desaparece la referencia expresa a las SSTS 23.1.2019 y se alude, sin más, a sentencias del tribunal supremo nacional que declaran abusivas esa cláusula. Que no se mencionen ya las SSTS 23.1.2019 evidencia, a mi juicio, que estas sentencias son irrelevantes en el análisis del régimen de la prescripción de la acción restitutoria. Lo que significa que carece de importancia la fecha en la que la jurisprudencia declara qué concretos gastos puede reclamar

(pedir su devolución) el consumidor al prestamista. Además, se incluye en la pregunta una referencia expresa a que esa concreta cláusula ha sido declarada abusiva por sentencia firme en fecha posterior a la STS que declara abusiva esa cláusula. No se entiende bien por qué se incluye esta coletilla. Pues la pregunta decisiva es si la existencia de una sentencia del tribunal supremo nacional provoca que un consumidor medio pueda conocerla (conocimiento potencial) por el simple hecho de que se haya publicado. A estos efectos parece poco relevante si después un concreto consumidor obtiene sentencia firme que declara abusiva esa misma cláusula. Y es que, en efecto, para valorar si una sentencia del tribunal supremo provoca (o no) que un consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula declarada abusiva por el tribunal supremo, ¿en qué afecta si (meses o años) después un concreto consumidor interpone demanda contra el prestamista? Creo que en nada. Por eso, la verdadera pregunta es la siguiente: si un consumidor celebra un contrato de préstamo, abona los gastos y después se dicta una STS que declara abusiva esa cláusula (en nuestro caso, la STS 23.12.2015), ¿es conforme a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece a correr en la fecha de la STS?

Pero vayamos un paso más allá. Como el TJUE no puede establecer cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución (porque sobre esa materia no tiene competencia el Derecho de la Unión, sino el derecho nacional), lo realmente importante de la pregunta es si una sentencia del tribunal supremo nacional afecta de algún modo a la posibilidad de un consumidor medio de conocer el carácter abusivo de la cláusula declarada abusiva por el tribunal supremo.

Con la tercera pregunta formulada al TJUE sucede algo parecido. El Tribunal Supremo se cuestiona: “¿se opone a los mismos [arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13] 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 o de 16 de julio de 2020?”. El TJUE la reformula así (ap. 55): “si 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”.

También la tercera pregunta redactada por el TJUE añade el elemento (que no estaba en la pregunta del Tribunal Supremo) relativo a que existe una sentencia firme que declara abusiva esa concreta cláusula del contrato celebrado con ese consumidor reclamante. Pero a diferencia de la segunda pregunta, aquí no se indica expresamente que las SSTJUE han de ser anteriores a la sentencia firme que declara

abusiva la cláusula en ese concreto contrato. A pesar de ello, parece claro que así ha de ser. Si, por orden cronológico, primero hay sentencia firme que declara abusiva la cláusula de gastos en un concreto pleito, y después se dictan las SSTJUE 9.7.2020 y 16.7.2020, es evidente que la publicación de estas SSTJUE en nada ha de afectar al plazo de prescripción de la acción de restitución, porque el consumidor ya sabía antes (cuando se dictó la sentencia declarativa en su pleito) que la cláusula era abusiva. Pero en realidad, y como ya he señalado al hilo de la segunda pregunta, la alusión a la sentencia judicial firme es superflua también aquí, pues nada nuevo añade. Que después de publicar el TJUE algunas sentencias el consumidor particular obtenga sentencia que declara abusiva una concreta cláusula de nada sirve para interpretar el valor que la SSTJUE puede tener a los efectos de valorar si en ese momento (el de las SSTJUE) el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula. En consecuencia, también en la tercera pregunta el iter cronológico es el siguiente: se celebra el contrato de préstamo hipotecario, el consumidor abona los gastos y más tarde se dictan las SSTJUE 9.7.2020 y 16.7.2020. Por eso, la tercera pregunta es si, en un supuesto de hecho como el descrito, ¿es conforme a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece a correr en la fecha de esas SSTJUE?

## **2. Primera pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos con la sentencia firme que declara abusiva esa cláusula?**

### **a) Argumentos del TJUE**

La primera pregunta que debe responder el TJUE es si los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y el principio de seguridad jurídica se oponen a que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empieza a correr cuando existe una sentencia judicial firme que declara abusiva esa cláusula. Esa sentencia se dicta, obviamente, porque un consumidor interpone una demanda contra el prestamista en la que solicita que se declare abusiva la cláusula de gastos.

Antes de abordar directamente esta cuestión, el TJUE hace unas consideraciones generales (ap. 18 a 23). Nada nuevo hay en ellas, porque todo lo que indica ya lo había establecido en sentencias anteriores. Señala el TJUE que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, por lo que, como regla, no podrá tener efectos frente al consumidor. Ello debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por eso, si en aplicación de la cláusula se abonaron ciertas cantidades, se genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio. La exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que se atribuye a la declaración del carácter abusivo de una cláusula. En definitiva, la regla es que el consumidor tiene derecho a la restitución

de las ventajas obtenidas indebidamente por el empresario en perjuicio del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

A responder a la primera pregunta dedica los ap. 24 a 42. Los ap. 25 a 33 reproducen, literalmente, algunos apartados de la STJUE 25.1.2024<sup>37</sup>. En ellos se establece que, en virtud del principio de autonomía procesal, corresponde a los Estados miembros la regulación procesal de los recursos judiciales, que en todo caso deberán respetar los principios de equivalencia y efectividad (ap. 25 STJUE(TS) 25.4.2024). Para comprobar si se respeta el principio de efectividad hay que analizar si esa norma nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión, lo que exige tener en cuenta el lugar que ocupa esa norma dentro del conjunto del procedimiento, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, así como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (ap. 26). El cumplimiento del principio de efectividad se vincula a la exigencia de tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (ap. 27).

En relación con el plazo de prescripción, establece el TJUE (como en otras sentencias anteriores), que ha de analizarse la duración del plazo, el motivo determinante del inicio de dicho plazo y los demás elementos que configuran la prescripción en el derecho nacional (ap. 28). Además, la acción destinada a que se declare el carácter abusivo de una cláusula no puede estar sujeta a ningún plazo de prescripción, pero sí puede prescribir (la Directiva 93/13 no lo impide) la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (ap. 29). En consecuencia, la alegación por el prestamista de la prescripción de la acción de restitución ejercitada por el consumidor no es, en sí misma, contraria al principio de efectividad, siempre que su aplicación no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en dicha Directiva (ap. 30).

Por lo que se refiere a la duración del plazo, señala el TJUE que en sentencias anteriores ha considerado compatible con el principio de efectividad plazos de tres, de cinco y de diez años, pues parece tiempo suficiente permitir que el consumidor afectado prepare e interponga un recurso efectivo (ap. 31). En consecuencia, un plazo de prescripción de quince años, como el que es objeto del litigio principal, no parece poder hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13. En efecto, un plazo de tal duración es, en principio, materialmente suficiente para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo con el fin de hacer valer los derechos que le confiere dicha Directiva (ap. 32).

---

<sup>37</sup> Así, el ap. 25 reproduce el 42 de la STJUE 25.1.2024; el ap. 26 el 45; el ap. 28 el 46; el ap. 29 el 43; el ap. 30 el 44; el ap. 31 el 47; el ap. 33 el 47. Por su parte, el ap. 27 es copia del ap. 29 de la STJUE 10.6.2021, y el ap. 32 reproduce con una leve alteración el ap. 93 de la STJUE 8.9.2022.

Los argumentos más interesantes se incluyen en los ap. 34 y siguientes. En relación con el inicio del plazo de prescripción, el ap. 34 reproduce el ap. 91 de la STJUE 16.7.2020: “la aplicación de un plazo de prescripción que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante un plazo determinado tras la firma de ese contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica”. En parecidos términos se expresa el ap. 64 de la STJUE 22.4.2021 (y no el ap. 63, como erróneamente se menciona en el ap. 34 STJUE(TS) 25.4.2024).

Y añade que, en cambio, en unas circunstancias como las del litigio principal, en la fecha en la cual adquiere firmeza la sentencia que declara abusiva y nula una cláusula, “el consumidor tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de esa cláusula. Consiguientemente, en principio, es desde esa fecha cuando está en condiciones de hacer valer eficazmente los derechos que la Directiva 93/13 le confiere y, por lo tanto, cuando puede empezar a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución” (ap. 35). En efecto, “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” (ap. 36).

Tras esto, el TJUE hace una de las afirmaciones más importantes de la sentencia (ap. 37): “un plazo de prescripción cuyo día inicial se corresponde con la fecha en que adquiere firmeza la resolución que declara abusiva una cláusula contractual y la anula por esta causa es compatible con el principio de efectividad, pues el consumidor tiene la posibilidad de conocer sus derechos antes de que dicho plazo empiece a correr o expire (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19 a C-782/19, EU:C:2021:470, apartado 46 y jurisprudencia citada)”. No obstante, hay que puntualizar que “la referida Directiva no se opone a que el profesional tenga la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de tal hecho antes de dictarse una sentencia que declare la nulidad de dicha cláusula” (ap. 38).

Por otra parte, en cuanto a si la fijación como inicio del plazo de prescripción de la fecha de la firmeza de la sentencia declarativa puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, por colocar al profesional en una situación de incertidumbre sobre la fecha en que comienza a correr dicho plazo, entiende el TJUE que “ha de recordarse que los plazos de prescripción tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica” (ap. 39).

Tras esta exposición, la STJUE responde a la primera pregunta del siguiente modo (ap. 42 y respuesta a primera pregunta en el fallo): *"procede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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"*.

**b) Respuesta: no se opone a la Directiva 93/13/CE que el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece a correr con la sentencia firme que declara la abusiva la cláusula**

Sostiene el TJUE que no es contrario al principio de efectividad fijar el comienzo del plazo prescriptivo de la acción de restitución de gastos el día en que deviene firme la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos en ese concreto pleito. Se trata de una solución evidente, y que ya anticipé en un trabajo anterior<sup>38</sup>. En consecuencia, comparto plenamente la respuesta dada por el TJUE.

Los argumentos decisivos se contienen en los ap. 34 y 35, y tienen que ver con si, una vez que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, él dispone todavía de un tiempo razonable para preparar e interponer un recurso efectivo. El ap. 44 establece que es contrario al principio de efectividad que el plazo empiece a correr desde la celebración del contrato "con independencia de si este [el consumidor] tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula". Es decir, que se viola el principio de efectividad porque no se tiene en cuenta si el consumidor conoce o ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula, de modo que el plazo prescriptivo puede transcurrir en su totalidad sin que el consumidor haya podido tener conocimiento de este dato.

Obviamente, la situación es diferente si el plazo de prescripción empieza a correr con la sentencia que declara la cláusula abusiva. En este caso se cumplen los dos requisitos exigidos por el principio de efectividad, y que con gran claridad se exponen en el ap. 50 de la STJUE 25.1.2024): el consumidor conoce o puede conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo empiece a correr o antes de que el plazo expire; y desde ese conocimiento el consumidor dispone de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Una afirmación como esta, que incluya los dos requisitos del principio de efectividad en sede de prescripción, no se contiene completa en la STJUE(TS) 25.4.2024. Pero esta doctrina sigue estando

---

<sup>38</sup> "La doctrina del TJUE...", *cit*, pp. 130.

plenamente vigente en esta STJUE: el primer requisito se menciona en los ap. 34, 35, y aun con más vigor, en el ap. 37; el segundo se recoge en los ap. 31 y 32.

Se respeta plenamente la Directiva 93/13 y el principio de efectividad cuando el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empieza a correr con la sentencia declarativa de nulidad. Es evidente que, si ese conocimiento se hace depender de la existencia de una sentencia declarativa de nulidad, se trata de un conocimiento cierto, inequívoco, y que el consumidor tiene con total seguridad, al ser parte (demandante) en ese proceso judicial. Como señala el ap. 36 de la STJUE(TS) 25.4.2024, al ser una sentencia dictada en un proceso judicial en el que interviene el consumidor, "se pone a este en condiciones de saber que la cláusula en cuestión es abusiva". Además, también se satisface el segundo presupuesto derivado del principio de efectividad: desde que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula dispone de un plazo suficiente para interponer un recurso efectivo; pues ese plazo es el completo plazo de prescripción.

No se opone a la Directiva 93/13 establecer que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula de gastos cuando se dicta sentencia firme que declara su nulidad. Pero ello no impide que el prestamista "tenga la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión antes de dictarse dicha resolución" (ap. 38).

Esta afirmación tiene enorme trascendencia, pues implica admitir que el conocimiento real o potencial del carácter abusivo de la cláusula puede producirse en un momento anterior al de la firmeza de la sentencia declarativa. Y que tomar como referencia esa fecha anterior (como fecha en que existe ese conocimiento) también es conforme a la Directiva 93/13. Que el prestamista "tenga la facultad de probar" ese conocimiento (anterior) del carácter abusivo de la cláusula no constituye una exigencia particular. Pues es evidente que, siendo la prescripción una excepción que debe oponer el prestamista demandando, él tiene la carga de acreditar que concurren los requisitos que justifican la prescripción (entre otros, que el consumidor conocía o podía conocer en una determinada fecha el carácter abusivo de la cláusula).

### **c) Esta STJUE de 25 de abril de 2024 no exige que en el derecho español el plazo de prescripción empiece a correr con la sentencia declarativa de nulidad**

El TJUE acierta cuando señala que no es contrario a la Directiva 93/13 fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción en el momento en que se dicta la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Pero eso no significa que en el derecho español deba fijarse el *dies a quo* en esa fecha.

Este es el error en el que incurren la mayoría de los intérpretes de la STJUE. Una cosa es que una determinada interpretación no vulnera el derecho de la Unión, y otra

muy distinta que por ese simple hecho tenga que ser asumida por los Estados miembros (en este caso, por los tribunales españoles). La función del TJUE no es interpretar el derecho nacional, ni imponer a los Estados miembros qué concreta interpretación (de las muchas admitidas por el propio TJUE) debe acoger ese Estado. Su única finalidad es señalar, a petición del órgano remitente, si una norma o doctrina jurisprudencial es conforme o es contraria al Derecho europeo. Pero entre las que sean admisibles, es el legislador español y la jurisprudencia nacional la que debe elegir la que considere conveniente, teniendo en cuenta las normas y principios que rigen en el derecho interno.

Esta idea debe quedar absolutamente clara: que no sea contrario a la Directiva 93/13 ni al principio de efectividad fijar el *dies a quo* el día de la sentencia que declara nula la cláusula de gastos de ese concreto contrato no significa que en el derecho español haya que fijar el *dies a quo* en ese día. Si se tratara de un campo de fútbol, podría decirse que el TJUE marca las líneas blancas que delimitan el terreno de juego: cualquier norma o jurisprudencia que vaya más allá de esas líneas es contraria al Derecho europeo. Pero dentro de esas líneas (dentro del campo de fútbol) los tribunales españoles pueden “jugar” por donde consideren oportuno, aplicando el derecho español.

En consecuencia, el TJUE no obliga a los tribunales españoles a entender que el plazo prescriptivo de la acción de restitución de gastos empieza a correr cuando se dicta la sentencia que declara abusiva esa cláusula. Los tribunales españoles pueden acoger esta tesis, porque no es contraria a la Directiva 93/13, pero no están obligados a hacerlo. El TJUE no se lo exige, y no puede exigirselo. Y es que, como ya he indicado en otro lugar, el TJUE no tiene competencias para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas (v. epígrafe III). Esta no es una materia armonizada en la Directiva 93/13, ni tiene otro soporte competencial en el derecho europeo.

En definitiva, la STJUE(TS) 25.4.2024 no establece cuando empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos. Ni lo establece, ni puede hacerlo. Y si lo hiciera, el TJUE estaría actuando fuera de sus competencias, al ser esa una materia reservada al derecho nacional.

Los que afirman lo contrario desconocen qué significa el test de efectividad. El TJUE no establece (ni ha establecido nunca) cuándo tiene que empezar a correr el plazo prescriptivo de la acción de restitución. Esta regla viene regulada en el derecho interno. El TJUE no exige que se modifique esa norma. Requiere simplemente que el régimen nacional de prescripción cumpla los dos requisitos derivados del principio de efectividad (que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula antes de que expire el plazo de prescripción, y que desde ese momento disponga de un plazo suficiente para reclamar). Exige, por tanto, que el cómputo del plazo respete esta doble exigencia. Pero es el legislador nacional el único competente para determinar

cómo ha de computarse el plazo prescriptivo, respetando siempre estos dos requisitos.

Por las razones expuestas, no es cierto, aunque muchos lo afirmen, que tras las SSTJUE 25.4.2024 queda claro que en el derecho español el plazo de prescripción se inicia con la sentencia declarativa de nulidad, "porque así lo exige la doctrina del TJUE".

### **3. Segunda pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución cuando el tribunal supremo nacional declara abusiva esa cláusula?**

#### **a) Argumentos del TJUE**

Se pregunta en segundo lugar si es conforme a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empiece a correr en la fecha en que el tribunal supremo nacional dicta sentencia declarando abusiva una cláusula similar, aunque sea en una fecha posterior cuando ese consumidor obtiene una sentencia firme que declara abusiva la cláusula de su concreto contrato.

Son los ap. 43 a 54 los que se ocupan de esta cuestión. Se trata de apartados "nuevos", en el sentido de que no se trata de fragmentos ya empleados por el TJUE en sentencias anteriores y que ahora se limita a reproducir.

Comienza su argumentación el TJUE respondiendo a la pregunta formulada: "no puede, en principio, ser compatible con el principio de efectividad señalar como momento de inicio del plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos pagados sobre la base de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha apreciado judicialmente con posterioridad la fecha en que el tribunal supremo nacional dictó una serie de sentencias en las que declaró abusivas ciertas cláusulas tipo que se corresponden con la referida cláusula contractual" (45). A continuación el TJUE insiste en la idea (ya señalada) de que la Directiva 93/13 pretende que se restablezca la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva (ap. 46)

Después el TJUE explica las razones por las que puede ser contrario al principio de efectividad fijar como *dies a quo* la fecha en la que el tribunal supremo nacional dicta sentencia: esa regla "sería incompatible con la exigencia que dimana de la jurisprudencia recordada en el apartado 34 de la presente sentencia, según la cual tal fecha de inicio del plazo no puede fijarse con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta última cláusula que fundamenta el derecho a la restitución y sin imponer al profesional una obligación de diligencia y de información para con el consumido" (ap. 47).

Señala el TJUE que “a falta de obligación del profesional de informar a este respecto, no cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de una cláusula tipo que el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva” (ap. 48). Y que “aunque la jurisprudencia de un tribunal supremo de un Estado miembro, siempre que goce de publicidad suficiente, puede permitir que un consumidor medio tenga conocimiento de que una cláusula tipo incluida en el contrato que ha celebrado con un profesional es abusiva, no cabe sin embargo esperar de ese consumidor, a quien la Directiva 93/13 pretende proteger..., que lleve a cabo actividades propias de la investigación jurídica [véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2023, C-265/22, ap. 60]” (ap. 49). Añade el TJUE que “tal jurisprudencia nacional no permite necesariamente declarar abusivas *ipso facto* todas las cláusulas de esa clase incluidas en el conjunto de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores en ese Estado miembro. Cuando el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva una cláusula tipo, aún queda, en principio, por determinar, caso por caso, en qué medida una determinada cláusula incorporada a un contrato en particular es equivalente a la referida cláusula tipo y, al igual que esta, debe declararse abusiva” (ap. 50). Y es que “el examen del carácter abusivo de una cláusula de un contrato... debe realizarse considerando, en particular, todas las circunstancias que concurren en su celebración. Tal examen caso por caso es tanto más importante cuanto que el carácter abusivo de una cláusula puede ser resultado de que esta adolezca de falta de transparencia. Así pues, en principio, no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor” (ap. 51).

De las consideraciones anteriores “resulta que a un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz no puede exigírsele no solo que se mantenga regularmente informado, por iniciativa propia, de las resoluciones del tribunal supremo nacional referentes a las cláusulas tipo que contengan los contratos de igual naturaleza a los que él haya podido celebrar con profesionales, sino además que determine, a partir de una sentencia de un tribunal supremo nacional, si unas cláusulas como las incorporadas a un contrato específico son abusivas” (ap. 52).

En su último apartado (ap. 53), establece el TJUE que “contravendría la Directiva 93/13 que se llegara al resultado de que el profesional saque provecho de su pasividad ante esa ilegalidad declarada por el tribunal supremo nacional. En efecto, en unas circunstancias como las del asunto principal, el profesional, en cuanto entidad bancaria, dispone, en principio, de un departamento jurídico, especializado en la materia, que redactó el contrato controvertido en ese asunto y que tiene capacidad para seguir la evolución de la jurisprudencia de dicho tribunal y extraer de ella las conclusiones que se impongan para los contratos que dicha entidad bancaria haya celebrado. También cuenta, en principio, con un servicio de atención al cliente

que posee toda la información necesaria para ponerse fácilmente en contacto con los clientes afectados”.

Por todo lo expuesto, responde el TJUE a la segunda pregunta en el ap. 54 (reproducido en la segunda respuesta del fallo) del siguiente modo: *“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”.*

**b) Respuesta: se opone a la Directiva 93/13 fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el tribunal supremo declara abusiva esa cláusula, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire**

Entiende el TJUE que no puede fijarse como fecha de inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos aquella en la que el tribunal supremo nacional dicta sentencia en la que declara abusiva esa misma cláusula (*“una cláusula tipo que se corresponden con la cláusula en cuestión de ese contrato”*). El TJUE justifica su respuesta en el ap. 47, que se remite al ap. 34 (y a la jurisprudencia allí contenida). No puede fijarse esa fecha, sin más, *“con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula”*. Como la simple publicación de una sentencia del TS no implica que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, no se respeta el principio de efectividad.

Este argumento merece alguna reflexión. Conforme a la doctrina del TJUE (ap. 50 y 52 de la STJUE(TS) 25.1.2024), el principio de efectividad requiere dos elementos: que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo prescriptivo termine, y que desde ese momento (conocimiento) disponga de un plazo suficiente para reclamar. Es evidente que esta doctrina la tiene en cuenta la STJUE(TS) 25.4.2024, aunque no la reproduzca literalmente. Pues bien, si se fija el *dies a quo* en la fecha de la STS se satisface el segundo requisito (pues desde ese momento el consumidor dispone de un plazo suficiente para reclamar: todo el plazo de prescripción), pero no se garantiza el primero. Pues la existencia de una STS no implica automáticamente que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula, y puede suceder que desde la publicación de esa STS transcurra íntegramente el plazo de prescripción sin que el consumidor haya podido conocer ese dato.

Por esta razón, la respuesta del TJUE, tal y como está formulada, no es correcta. O dicho de otro modo, para que el día de la STS pueda configurarse como *dies a quo* hay que atender a otra circunstancia: a si el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire. De lo expuesto resulta que, en realidad, la respuesta que realmente da el TJUE es la siguiente: los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a que el plazo de prescripción de la acción de restitución empiece en la fecha en la que el Tribunal Supremo dicta una sentencia que declara la nulidad de la cláusula, si el plazo prescriptivo puede transcurrir en su totalidad sin que el consumidor conozca o haya podido razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. O expresado a la inversa: respeta la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción de la acción empiece a correr con la STS que declara abusiva la cláusula, siempre que el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire<sup>39</sup>.

Esta solución es congruente con otras sentencias dictadas por el 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; v. epígrafe III). 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.

En verdad, la cuestión que ahora se analiza ya ha sido resuelta por la STJUE 25.1.2024 (v. epígrafe IV.4). Pues preguntar si, a efectos de determinar el inicio del plazo de prescripción, la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada acredita sin más que el consumidor puede conocer el carácter abusivo de una cláusula (STJUE 25.1.2024) es lo mismo que preguntar si basta con que exista una STS para que se inicie el plazo de prescripción (porque se presupone que el consumidor conoce la jurisprudencia por el simple hecho de publicarse). Y en ambos casos la respuesta es negativa. En el primer caso, porque no cabe presumir que el consumidor conoce la jurisprudencia que dicta el tribunal supremo (ap. 59 STJUE 25.1.2024). Y en el segundo, porque no puede exigírsele a un consumidor "que se mantenga regularmente informado de las resoluciones del tribunal supremo nacional" (ap. 52 STJUE(TS) 25.4.2024).

El argumento del TJUE resulta convincente: el mero de que el Tribunal Supremo dicte una sentencia sobre la nulidad de la cláusula de gastos (pe., STS 23.12.2015) no

---

<sup>39</sup> El propio TJUE es consciente de que el dato decisivo es si, tras la STS, el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula. Por eso afirma que "no puede, *en principio*, ser compatible con el principio de efectividad" fijar como inicio del plazo la fecha de la STS (ap. 45). La expresión "en principio" viene a corroborar que la conformidad a la Directiva dependerá de si se tiene en cuenta o no que el consumidor haya conocido el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo expire.

provoca automáticamente que un consumidor medio pueda conocer la existencia de esta sentencia y su contenido. A un consumidor no puede exigírsele que lleve a cabo “actividades propias de la investigación jurídica” (ap. 49 STJUE(TS) 25.4.2024), ni que “por iniciativa propia” se mantenga informado de las sentencias que publica el TS (ap. 52 STJUE(TxS) 25.4.2024). En definitiva, “el pronunciamiento de sentencias de un tribunal supremo nacional que aprecian que ciertas cláusulas tipo son abusivas no puede implicar, por sí solo, que un consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula similar de un contrato que él ha celebrado con un profesional es abusiva” (ap. 57 STJUE(TS) 25.4.2024). La expresión “por sí sola” evidencia algo incuestionable: que el simple hecho de dictarse una STS no provoca automáticamente que un consumidor pueda conocer esa sentencia y su contenido.

En la pregunta el órgano remitente (TS) parte de la premisa de que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula debe ser un requisito para determinar el *dies a quo*. Ese es el presupuesto en que se funda la pregunta. Pero como ya se ha indicado (v. epígrafe IV.3), la STJUE 25.1.2024 no exige que ese conocimiento sea imprescindible para que se inicie el plazo prescriptivo, sino únicamente requiere que el plazo no transcurra por completo (no expire) sin que el consumidor pueda conocer ese dato. La STJUE(TS) 25.4.2024 no se ocupa de esta cuestión (¿conocimiento como requisito del *dies a quo* o como causa de suspensión?), sino que parte de lo que le indica el órgano remitente: que es un requisito del *dies a quo*. Esta forma de preguntar afecta decisivamente a las respuestas, pues en su fallo el TJUE siempre empieza sus respuestas repitiendo las preguntas formuladas.

Los ap. 48 a 53 se ocupan de otras cosas. Contienen una serie de presunciones sobre lo que el consumidor conoce o desconoce. Esta materia se analizará más adelante (v. epígrafe X.4).

En conclusión, no es cierto (como mayoritariamente se afirma), que esta STJUE(TS) impida que el plazo de prescripción de la acción de restitución pueda comenzar a correr en la fecha en que se dicta una STS que declara abusiva esa cláusula. Designar esa fecha no vulnera el principio de efectividad siempre que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de esa cláusula antes de que el plazo prescriptivo expire y el consumidor disponga desde ese momento (conocimiento) de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo contra el prestamista.

#### **4. Tercera pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución cuando el TJUE dicta sentencias que admiten que la acción de restitución puede prescribir?**

##### **a) Argumentos del TJUE**

Se pregunta al TJUE (tercera pregunta) si se opone a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos empiece a correr en la fecha en que el TJUE dicta determinadas sentencias que establecen que ese plazo de prescripción es conforme con el Derecho de la Unión siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad (ap. 55).

El TJUE responde afirmativamente a esta tercera pregunta, "por cuanto el inicio del plazo que en ella se contempla se asemeja al mencionado en la segunda" (ap. 56). Lo justifica del siguiente modo: "los fundamentos expuestos en los ap. 47 y 48 de la presente sentencia, que llevan a considerar que el pronunciamiento de sentencias de un tribunal supremo nacional que aprecian que ciertas cláusulas tipo son abusivas no puede implicar, por sí solo, que un consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula similar de un contrato que él ha celebrado con un profesional es abusiva, resultan válidos, *mutatis mutandis*, respecto de resoluciones del Tribunal de Justicia que se pronuncian con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión" (ap. 57).

Añade que "aunque las resoluciones del Tribunal de Justicia que se pronuncian con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión gozan de una publicidad que facilita el acceso a las mismas, incluso para los consumidores, el Tribunal de Justicia no zanja en ellas si unas cláusulas concretas son abusivas y deja sistemáticamente su examen concreto a la apreciación del juez nacional, pues tal examen no es, en principio, competencia del Tribunal de Justicia" (ap. 58). De ello "resulta que un consumidor, aun en el caso de que el procedimiento principal lo afecte directamente, no puede deducir de tal resolución del Tribunal de Justicia certeza alguna sobre el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato que haya celebrado con un profesional, de suerte que las sentencias del Tribunal de Justicia que cita el tribunal remitente no pueden considerarse fuente de información, para el consumidor medio, sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual específica" (ap. 59).

Como argumento adicional, señala que en las SSTJUE 9.7.2020 y 16.7.2020, citadas por el Tribunal Supremo, el TJUE "se limitó a declarar que la Directiva 93/13 no se oponía, en principio, a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quedase sometido a un plazo de prescripción, siempre que ese plazo no fuese menos favorable que el que se aplica a recursos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hiciese imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular la

Directiva 93/13 (principio de efectividad). Asimismo, en la primera de esas sentencias, el Tribunal de Justicia declaró que dicha Directiva se oponía a un plazo de prescripción de tres años que empezaba a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de un contrato celebrado por un profesional con un consumidor, cuando se presumía, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener 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 empezaba a correr a partir de la declaración judicial de la causa de esas acciones” (ap. 60).

Tras estos argumentos, el TJUE contesta a la pregunta (ap. 61 y respuesta tercera en el fallo) que *“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”*.

**b) Respuesta: se opone a la Directiva 93/13 fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el TJUE dicta sentencias que admiten que la acción de restitución puede prescribir, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire**

Sostiene el TJUE que no puede fijarse como fecha de inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos (porque se opone al principio de efectividad) la existencia de SSTJUE que establecen que ese plazo de prescripción puede prescribir, pero siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

EL TJUE utiliza varios argumentos para llegar a esa conclusión. En primer lugar, si la existencia de una STS que declara abusiva una cláusula no implica, por sí solo, que el consumidor pueda conocer que esa cláusula es abusiva, lo mismo cabe predicar, *mutatis mutandis*, de la existencia de una STJUE (ap. 57). En segundo lugar, porque un consumidor no puede deducir de una STJUE ningún dato sobre el carácter abusivo de la cláusula, puesto que una STJUE no es “fuente de información” sobre el carácter abusivo de una cláusula (ap. 59). En efecto, no es función del TJUE determinar si una cláusula es o no abusiva; eso debe apreciarlo el juez nacional (ap. 58).

Un tercer argumento, decisivo, resulta de la remisión al ap. 47 (en el ap. 57) y de la última frase del ap. 60. Como ya se ha expuesto, del ap. 47 resulta que es incompatible con el principio de efectividad que el plazo de prescripción empiece a correr en la fecha en que se dicta la STS sin tener en cuenta si en algún momento,

durante el transcurso del plazo, el consumidor puede razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, antes de que el plazo expire. Este mismo razonamiento puede hacerse cuando se trata de una STJUE. Además, en el ap. 60 STJUE(TS) 25.4.2024 se cita la STJUE 9.7.2020, que declaró "que dicha Directiva [la 93/13] se oponía a un plazo de prescripción de tres años que empezaba a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de un contrato celebrado por un profesional con un consumidor, cuando se presumía, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión". Aunque la redacción no es muy clara, la STJUE 9.7.2020 considera que no es conforme al derecho de la Unión la norma rumana que computa el plazo de prescripción de tres años desde el cumplimiento del contrato. Pero no porque no puede fijarse el *dies a quo* en esa fecha, sino porque es posible que transcurra íntegramente ese plazo sin que el consumidor haya podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. Eso mismo es lo que puede suceder si se designa como *dies a quo* la fecha en que el TJUE publica una sentencia.

En realidad, la respuesta del TJUE a esta pregunta (ap. 61), igual que sucede con la respuesta a la segunda pregunta (ap. 54), no es correcta, si nos atenemos únicamente a su redacción. No es cierto que se oponga a la Directiva 93/13 fijar como inicio del plazo de prescripción la fecha de una STJUE (o de una STS, o cualquier otra fecha imaginable). Será contrario a la Directiva si, fijado el *dies a quo* en esa fecha, el plazo puede transcurrir íntegramente sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula o si, conociéndolo, no dispone desde ese momento de un plazo suficiente para interponer una reclamación. Por el contrario, si se designa esa fecha como *dies a quo* y se garantizan estos dos requisitos (posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo expire, y atribución desde ese momento de un plazo suficiente para reclamar), la determinación de esa fecha sí será conforme con el principio de efectividad.

Por ello, la verdadera respuesta del TJUE es la siguiente: se opone a la Directiva 93/13 fijar el inicio del plazo prescriptivo en la fecha en que el TJUE dicta sentencias que admiten que la acción de restitución puede prescribir, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire o de si, conocimiento ese dato, dispone todavía de un plazo suficiente para interponer un recurso.

## **VI. LA STJUE DE 25 DE ABRIL DE 2024 (JPI N.º 20 DE BARCELONA)**

El 25 de abril de 2024 se publica una segunda sentencia del TJUE (asunto C-484/21). En esta ocasión se trata de resolver la cuestión prejudicial formulada por el JPI n.º 20 de Barcelona mediante auto de 22 de julio de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:297A). A esta sentencia me referiré como STJUE(JPI) 25.4.2024, para distinguirla de la STJUE(TS) de la misma fecha.

Esta STJUE(JPI) es sustancialmente idéntica a la dictada STJUE(TS) publicada esa misma fecha. La sentencia recoge unas consideraciones generales (ap. 15 a 20) que son copia literal de los ap. 18 a 23 STJUE(TS).

**1. Primera y tercera pregunta: ¿puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución cuando el consumidor abona los gastos o en cualquier otro momento anterior a la fecha en que una sentencia declara abusiva esa cláusula?**

El TJUE resuelve de manera conjunta las preguntas primera y tercera formuladas por el órgano remitente. En la primera se preguntaba *“si es compatible con el artículo 38 CDFUE, con el principio de efectividad del derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 13/93 que la prescripción de la acción para reclamar las consecuencias económicas de una cláusula abusiva, como la de gastos, se inicie con anterioridad al momento en que dicha cláusula ha sido declarada nula por abusiva”*. En la tercera se plantea el siguiente interrogante: *“si es compatible con el artículo 38 CDFUE, con el principio de efectividad del derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 13/93 fijar como inicio del plazo de prescripción de una cláusula abusiva la fecha en que un Tribunal con capacidad de crear jurisprudencia, como es el Tribunal Supremo, indique que una determinada cláusula es abusiva con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia”*.

En definitiva, se pregunta si es compatible con la Directiva 93/13 que el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos se fije en cualquier momento anterior a la fecha en que se dicte una sentencia que declara abusiva esa cláusula, y en particular, en la fecha en que el consumidor abonó esos gastos. En la medida que los gastos se pagan siempre antes de que un juez declare abusiva la cláusula de gastos, el supuesto previsto en la tercera pregunta está siempre incluido en el contemplado en la primera pregunta. Por esa razón es adecuado que el TJUE responda a ambas cuestiones de manera conjunta.

El TJUE reformula estas dos preguntas, que pasan a tener el siguiente texto (ap. 21): si los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, y el art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales, *“se oponen a que el plazo de prescripción de una acción de restitución de gastos que el consumidor ha abonado, en el momento de la celebración de un contrato con un profesional, en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de esos gastos comience a correr en la fecha de ese pago o, en cualquier caso, antes de que por esa resolución se declarara la nulidad de dicha cláusula”*.

Esta pregunta, tal y como ha quedado redactada por el TJUE, tiene la misma redacción que la segunda pregunta reformulada en la STJUE(TS) 25.4.2024. Con la única diferencia de que allí la fecha de referencia para designar un *dies a quo* es

aquella en que el tribunal supremo nacional dicta sentencias que declaren abusiva esa cláusula, mientras que ahora es la fecha en que el consumidor abona los gastos hipotecarios o cualquier otra anterior a la fecha en que un consumidor obtenga una sentencia que declara la nulidad de la concreta cláusula inserta en su contrato.

### **a) Argumentos del TJUE**

Los argumentos empleados son los mismos que los utilizados en la STJUE(TS) 25.4.2024. Ello se debe a que la pregunta es sustancialmente idéntica. Por eso, los ap. 22 a 35 STJUE(JPI) 25.4.2024 son copia literal de los ap. 44 a 53<sup>40</sup>, salvo el ap. 36 STJUE(JPI), que es nuevo (pero que no afecta al tema que nos ocupa), y los ap. 30 y 31, que también son nuevos.

Establece el ap. 30 que, "en el presente asunto, del auto de remisión resulta que, como la cláusula de gastos produjo sus efectos en el momento de la celebración del contrato, que coincide con el del pago de esos gastos, señalar como inicio del plazo de prescripción de una acción de reclamación de dichos gastos el momento de esa celebración y de ese pago tendría como consecuencia que, en la fecha en que los demandantes en el litigio principal ejercieron la acción de restitución, ésta ya estuviera prescrita con independencia de si los consumidores tenían o, cuando menos, podían razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos". Y añade que "a la luz de la jurisprudencia recordada en los ap. 28 y 29 de la presente sentencia, ha de considerarse que la fecha en que se celebró el contrato que contiene la cláusula abusiva y se pagaron los gastos de que se trata no puede, como tal, constituir el inicio del plazo de prescripción" (ap. 31).

La respuesta del TJUE es la siguiente (ap. 37 y primera respuesta del fallo): "*procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad, 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 el momento de la celebración de un contrato con un profesional, en virtud de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo se ha declarado por resolución judicial firme dictada con posterioridad al pago de esos gastos comience a correr en la fecha de ese pago, con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esa cláusula desde el momento de dicho pago, o antes de que por esa resolución se declarara la nulidad de dicha cláusula*".

---

<sup>40</sup> Los ap. 22 a 27 STJUE(JPI) reproducen los ap. 25 a 30 STJUE(TS); los ap. 28 y 29, los ap. 33 y 34; y los ap. 32 a 35, los ap. 35 a 39.

**b) Respuesta: se opone a la Directiva 93/13/CE 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, sin tener en cuenta si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire**

Una simple lectura del ap. 31 podría llevar a entender que es contrario al principio de efectividad fijar el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución la fecha en que el consumidor abonó los gastos de constitución del préstamo. Pero esa interpretación es incorrecta, si se analizan conjuntamente los ap. 30 y 31. Lo que es contrario al principio de efectividad es que el plazo empiece a correr el día en que se abonan los gastos "con independencia de si los consumidores tenían o, cuando menos, podían razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos" (ap. 30); esto es, que el plazo (que se inicia en el momento del abono de los gastos) transcurra en su totalidad incluso aunque el consumidor no haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula. Lo que es intolerable (y contrario a la Directiva 93/13) es que durante todos esos años que dura el plazo de prescripción el consumidor no haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula, y aun así la acción de restitución se considere prescrita. Cuando el ap. 31 establece que la fecha en que se pagaron los gastos "no puede, *como tal*, constituir el inicio del plazo de prescripción" [la cursiva es mía], lo que en verdad quiere decirse es que no hay que considerar únicamente la fecha del abono de los gastos, "como tal", para juzgar si se respeta el principio de efectividad, sino que hay que atender a ese otro elemento: si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire.

Conviene repetir de nuevo (a riesgo de aburrir al lector) que, para que las normas nacionales de prescripción respeten el principio de efectividad, han de concurrir simultáneamente dos requisitos (ap. 50 STJUE 25.1.2024): que el consumidor 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) disponga de un tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo.

Fijar el *dies a quo* en la fecha del pago de los gastos por el consumidor puede ser conforme al principio de efectividad o ser contrario al mismo: dependerá de si concurren los dos requisitos mencionados en el párrafo anterior.

La respuesta del TJUE debe interpretarse en este sentido: se opone a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción empiece a correr "en la fecha de ese pago, con independencia de si ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esa cláusula desde el momento de dicho pago, o antes de que por esa resolución se declarara la nulidad de dicha cláusula". Lo que significa que es contrario a la Directiva 93/13 fijar el *dies a quo* en el momento del

abono de los gastos, 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.

Conviene recordar que la pregunta formulada al TJUE no es nueva. En la STJUE 16.7.2020 se planteaba la conformidad a la Directiva 93/13 de la norma española que vinculada el comienzo del plazo a la celebración del contrato. Y en la STJUE 22.4.2021 era una norma eslovaca la que fijaba el *dies a quo* en el momento en que se produce el enriquecimiento del prestamista (esto es, el abono indebido de cantidades). Como resulta de esas sentencias, no se opone al principio de efectividad la ley nacional que establece el *dies a quo* en el momento de celebración del contrato, de abono de los gastos o en cualquier otra fecha, siempre que, antes de que finalice el plazo de prescripción, el consumidor conozca o haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula y desde ese momento disponga todavía de un plazo materialmente suficiente para preparar e interponer un recurso.

## **2. Segunda pregunta: remisión**

El JPI nº 20 de Barcelona planteaba una segunda pregunta: "si es compatible con el artículo 38 CDFUE, con el principio de efectividad del derecho de la UE y con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 13/93 fijar como inicio del plazo de prescripción de una cláusula abusiva la fecha en que un Tribunal con capacidad de crear jurisprudencia, como es el Tribunal Supremo, indique que una determinada cláusula es abusiva con independencia de que el consumidor concreto conozca o no el contenido de esa sentencia". La STJUE(JPI) 25.4.2024 reformula levemente la pregunta, que queda redactada del siguiente modo (ap. 38): "*si 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 en la que el tribunal supremo nacional dictó una sentencia anterior, en otro asunto, en la que declaró abusiva una cláusula tipo que se corresponde con esa cláusula de ese contrato*".

Esta pregunta es idéntica a la segunda pregunta resuelta en la STJUE(TS) 25.4.2024. Por eso, los ap. 39 a 46 STJUE(JPI) son una reproducción literal de los ap. 46 a 53 STJUE(TS).

El TJUE responde a la pregunta del siguiente modo (ap. 47 y segunda respuesta del fallo): "*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 en la que el tribunal supremo nacional dictó una sentencia anterior, en otro asunto, en la que*

*declaró abusiva una cláusula tipo que se corresponde con esa cláusula de ese contrato". Una respuesta similar se contiene en la STJUE(TS) 25.4.2014 (ap. 54 y segunda respuesta del fallo).*

Para evitar repeticiones, me remito a todo lo que sobre el particular he manifestado al hilo del comentario a la STJUE(TS) (v. epígrafe V.3).

## **VII. LA CONFORMIDAD A LA DIRECTIVA 93/13/CE OBLIGA A VALORAR TODOS LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE LA PRESCRIPCIÓN**

De la doctrina del TJUE resulta con claridad que un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que la Directiva 93/13 le confiere antes de que dicho plazo empiece a correr o de que expire, siempre que desde ese instante el consumidor disponga todavía de tiempo suficiente para preparar e interponer de forma efectiva un recurso. Expresamente se formula esta regla en los ap. 50 y 52 de la STJUE 25.1.2024 (y en otras STJUE anteriores) y es el punto de partida para resolver las cuestiones en las dos STJUE 25.4.2024.

Sin embargo, es curioso que esta regla no se repita literalmente en la respuesta del TJUE (ap. 55 y fallo de la STJUE 25.1.2024). En su lugar, el TJUE se limita a señalar que es contrario a la Directiva 93/13 que el plazo de prescripción transcurra sin que se considere pertinente que el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos. Y añade que *"la compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas"*.

Esta afirmación recoge la idea asumida por la STJUE 25.1.2024, cuando establece que para juzgar la compatibilidad con el principio de efectividad de la norma nacional sobre prescripción hay que hacer un examen "caso por caso" (ap. 52), en el que hay que tomar en consideración la normativa nacional sobre todos los elementos que configuran el régimen de la prescripción (ap. 53, que se remite a los ap. 45 a 47).

Esta idea tampoco es nueva. El propio TJUE ya ha señalado que en otras sentencias previas (SSTJUE 28.3.2019; 9.7.2020, ap. 61; 10.6.2021, ap. 30) que para juzgar si se vulnera el principio de efectividad hay que atender a todos los elementos que conforman la prescripción en el derecho nacional (SSTJUE 28.3.2019; 9.7.2020, ap. 61; 10.6.2021, ap. 30). Por eso hay que examinar no sólo la duración del plazo de prescripción o la forma de determinar el *dies a quo*, sino también el régimen de la interrupción y la suspensión de la prescripción, y si existe un plazo máximo de prescripción.

Una adecuada regulación de la prescripción ha de tomar en consideración los intereses de las dos partes: el interés del acreedor en poder ejercitar en cualquier momento la pretensión de que es titular, y el interés del deudor en que la inactividad del acreedor durante un largo período de tiempo lleve a su liberación. Para conseguir un adecuado equilibrio de los intereses en conflicto es necesario que la regulación sobre la prescripción sea coherente, esto es, que se tengan en cuenta los distintos elementos que conforman su régimen jurídico<sup>41</sup>. Si se examinan las normas sobre prescripción adoptadas por algunos países y los textos internacionales publicados en los últimos treinta años<sup>42</sup> se advierte que todos tienen un “núcleo duro” bastante similar, que constituye un “modelo ideal de regulación”. Siguiendo a ZIMMERMANN<sup>43</sup>, este denominado “marco común” de la prescripción se caracteriza por las siguientes notas: (i) Existe una tendencia a establecer plazos uniformes de prescripción, reduciendo en la medida de la posible la existencia de múltiples plazos. (ii) El plazo general de prescripción no puede ser ni demasiado largo (treinta años) ni muy breve (seis meses). Suele oscilar entre los dos y los cinco años. (iii) La fijación del *dies a quo* para el comienzo de ese plazo de prescripción no debería establecerse a partir de un criterio objetivo (como una fecha cierta o el nacimiento de la pretensión), sino que debería tener en cuenta si el acreedor conocía (o razonablemente podía haber conocido) los hechos que dan lugar a la pretensión y la identidad del deudor (criterio subjetivo del conocimiento). (iv) La prescripción no debe quedar pendiente de forma indefinida. Por eso, debe establecerse un plazo máximo (“long stop”, plazo de preclusión o plazo máximo de prescripción), fijado conforme a un criterio objetivo, tras cuyo transcurso ya no es posible la reclamación de la pretensión, y ello con independencia del conocimiento por el acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión. Este plazo puede concretarse entre los diez y los treinta años; pero cada vez con mayor frecuencia la elección del plazo más largo sólo se considera razonable para las pretensiones de daños personales. (v) El cómputo del plazo debe suspenderse o reiniciarse (interrupción) cuando concurren determinadas causas, pudiendo variar éstas de un ordenamiento a otro. En los últimos años existe una tendencia a disminuir las causas de interrupción y aumentar las de suspensión, porque la suspensión es la que afecta en menor medida al cómputo del plazo.

Existe una intensa interrelación entre estos elementos individuales de la prescripción<sup>44</sup>. El modo en que se discipline cada uno de ellos afecta a los demás elementos y, en consecuencia, al régimen general de la prescripción. Así, por

---

<sup>41</sup> Idea destacada por el Abogado General Szpunar en las Conclusiones del asunto C-447/13, que luego dieron lugar a la STJUE 13.11.2014.

<sup>42</sup> Los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y la Convención de la UNCITRAL sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.

<sup>43</sup> *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 147 y 148.

<sup>44</sup> ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 76.

ejemplo, si el plazo de prescripción es muy largo, la interrupción y la suspensión tienen un papel casi irrelevante. Lo contrario sucede, sin embargo, si los plazos de prescripción son relativamente breves. Además, un plazo de prescripción de un año puede ser muy corto (desde el punto de vista del acreedor) si el inicio de su cómputo se hace depender de hechos objetivos (pe., el nacimiento de la pretensión). Pero ese breve plazo de un año es menos dañino para el acreedor si el *dies a quo* del cómputo se vincula a elementos subjetivos (que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la pretensión). Y es que, con carácter general, un plazo breve de prescripción (que beneficia al deudor) debe ir acompañado de reglas relativas a la fijación del *dies a quo*, la interrupción y la suspensión que sean favorables para el acreedor. En fin, si el inicio del plazo prescriptivo se vincula al criterio subjetivo del conocimiento de los hechos, es oportuno que exista un plazo máximo (plazo de preclusión) más allá del cual el deudor podrá oponer siempre la prescripción. Se trata de una regla de cierre del sistema, que trata de evitar que el plazo de prescripción se prolongue en exceso (incluso indefinidamente), afectando así a la seguridad jurídica. Esta interrelación entre los distintos elementos que configuran la prescripción es lo que, precisamente, destaca la STJUE 25.1.2024.

Un modelo de regulación equilibrada de la prescripción se contiene en el Libro VI de la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores y Profesoras de Derecho Civil (APPDC)<sup>45</sup>. En ella el plazo general de prescripción, que es de tres años (art. 612-1), se inicia cuando la pretensión puede ser jurídicamente ejercida (art. 612-3, ap. 1). Pero el plazo se suspende si el titular de la pretensión no conoce, ni podría conocer de haber actuado con la diligencia exigible, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del deudor (art. 614-1). Obviamente, si esa ignorancia se produce cuando nace la pretensión, el plazo no empieza a correr, funcionando el conocimiento en este caso como un requisito del *dies a quo*<sup>46</sup>. Por otra parte, la reclamación extrajudicial de pago no es causa de interrupción de la prescripción (la única causa de interrupción es el reconocimiento de la deuda realizado por el deudor ante el acreedor), ni tampoco de suspensión. Además, se fija un plazo de preclusión de quince años: el plazo de prescripción no puede prolongarse por más de quince años, contados desde que la pretensión puede ser jurídicamente ejercida o, para la pretensión de indemnización de daños, desde que se produce la conducta dañosa (art. 615-1).

La regulación española de la prescripción en general, y de la prescripción de la acción de restitución de gastos en particular, se aleja mucho del modelo ideal de regulación,

---

<sup>45</sup> La última versión, de febrero de 2020, está disponible en [https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/trabajos%20posteriores/Libro\\_Sexto\\_PCC-Febrero\\_2020\\_con\\_control\\_cambios-II.pdf](https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/trabajos%20posteriores/Libro_Sexto_PCC-Febrero_2020_con_control_cambios-II.pdf) [fecha de consulta: 15.4.2024].

<sup>46</sup> El *dies a quo* se configura formalmente conforme a un modelo objetivo. Pero en realidad la fijación del *dies a quo* sigue el modelo subjetivo del conocimiento, pues si el titular de la pretensión no conoce los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar, el plazo de prescripción no comienza a correr.

y es muy beneficiosa para el acreedor (consumidor). Y ello por las siguientes razones. En primer lugar, por la extensa duración del plazo de prescripción (quince años hasta la Ley 42/2015, que modifica el art. 1964.2 CC para fijarlo en cinco años). En segundo lugar, porque el inicio del plazo de prescripción se hace depender del criterio subjetivo del conocimiento, conforme a la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del art. 1969 CC (el plazo empieza a correr cuando el acreedor conoce o puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión y de la identidad de la persona contra la que reclamar). De manera que mientras el acreedor no pueda conocer esos hechos (y para ello pueden pasar muchos años), el plazo no empieza a correr. En tercer lugar, por la inexistencia en nuestro Código Civil de un plazo máximo de prescripción<sup>47</sup>, lo que puede provocar que la posibilidad de alegar la prescripción esté abierta al acreedor durante décadas. Y en cuarto lugar, por la gran facilidad para interrumpir la prescripción que tiene el acreedor, a quien le basta con una simple reclamación extrajudicial (art. 1973 CC) para que se reinicie el cómputo del plazo<sup>48</sup>. Este último argumento es decisivo. En el derecho español la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción, reiniciándose así el cómputo del plazo. Esta reclamación no requiere forma alguna, pero sí un determinado contenido: que el acreedor reclame (exija) a su deudor el cumplimiento de la obligación, no siendo suficiente con que le comunique la existencia de un derecho (SSTS 162/2011, de 23.3.2011; y 529/2024, de 22.4.2024). Interponer una reclamación extrajudicial es fácil y muy barato (un simple burofax). De este modo se coloca al acreedor en una posición superprivilegiada: puede mantener indefinidamente la posibilidad de ejercitar judicialmente su acción, con el simple hecho de enviar un burofax al deudor cada vez que el plazo prescriptivo esté a punto de expirar.

A la ya privilegiada posición del acreedor, se añade ahora la doctrina del TJUE, que también favorece la posición del acreedor, en la medida que impide que el plazo de prescripción finalice sin que el consumidor haya podido conocer el carácter abusivo de la cláusula. La posición de privilegio del acreedor frente al deudor se acentúa todavía más. La doctrina del TJUE podría tener sentido en una regulación nacional sobre la prescripción equilibrada, basada en el modelo ideal de regulación que es el "marco común" expuesto. Pero en el derecho español la aplicación de esa doctrina puede resultar excesiva. La STJUE 28.3.2019 considera que se vulnera el principio de efectividad, entre otras razones, porque no puede suspenderse o interrumpirse la prescripción en caso de reclamación ante la autoridad nacional de la competencia, lo que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento (ap. 53). Como en España la interrupción del plazo por el deudor

---

<sup>47</sup> Que sí se contempla en determinados sectores, como daños causados por productos defectuosos (art. 144 TRLGDCU) o por accidentes nucleares (15.2 de la Ley 12/2011). Como dice el Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad por productos defectuosos, se trata de un "límite máximo a la exigibilidad de responsabilidad" (STS 161/2024, de 7.2.2024).

<sup>48</sup> Entre los derechos de nuestro entorno, únicamente el derecho español y el catalán admiten la reclamación extrajudicial de pago como causa de interrupción de la prescripción.

es facilísima (mediante reclamación extrajudicial), podría concluirse que la normativa española es respetuosa con el principio de efectividad.

A pesar de lo expuesto, la doctrina de las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 tiene que ser asumida y aplicada por los tribunales españoles. Ahora bien, esa doctrina debe ser interpretada en el derecho español de forma restrictiva. Con ello quiere decirse que en aquellos aspectos en los que la doctrina del TJUE dé cierto margen de maniobra al juez nacional, este deberá acoger aquella interpretación que, siendo respetuosa con el principio de efectividad, no agrave todavía más la posición del deudor frente al acreedor.

Esta interpretación restrictiva no puede afectar a la exigencia de que el consumidor pueda conocer, antes de finalizar el plazo de prescripción, el carácter abusivo de la cláusula, y a que desde ese instante el consumidor disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Pero si al modo en que cada una de estas dos exigencias debe ser acogida en el derecho interno español.

## **VIII. EL CONOCIMIENTO DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA, ¿CÓMO AFECTA AL CÁMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL?**

### **1. En el derecho español el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no es un requisito del *dies a quo* sino un caso de suspensión de la prescripción**

Tal y como se ha indicado en otro lugar [epígrafe IV.3.b)], es conforme a la Directiva 93/13 y a la doctrina del TJUE la norma o jurisprudencia nacional que configura el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula como un requisito del *dies a quo*, o que establece que la ignorancia sobre ese dato jurídico es un supuesto de interrupción de la prescripción, de suspensión de la prescripción o de posposición de la terminación del plazo de prescripción. Cualquiera de ellos respeta el principio de efectividad siempre que, desde que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos, disponga de un plazo suficiente para preparar y presentar un recurso efectivo.

En el derecho español lo más adecuado es configurar la ignorancia del consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula como un caso de suspensión de la prescripción. Antes de explicar las razones que fundan esta interpretación, conviene hacer algunas reflexiones sobre la figura de la suspensión de la prescripción y su admisibilidad en el derecho español.

La suspensión de la prescripción supone una paralización temporal del plazo de prescripción. El plazo de prescripción deja de correr cuando concurre un supuesto de suspensión. Y una vez terminada la suspensión, la prescripción recupera su curso, y

sigue corriendo desde el momento en el que se paró, teniendo en cuenta, por tanto, el período de tiempo ya transcurrido antes de la suspensión. La diferencia con la interrupción de la prescripción es clara. En casos de interrupción el cómputo del plazo se reinicia de nuevo, sin tomar en consideración el tiempo transcurrido. El contador se pone de nuevo a cero. En cambio, en la suspensión se produce una paralización temporal del cómputo, por lo que desaparecida la causa de suspensión, el plazo se reanuda, esto es, continúa por donde iba (no se reinicia)<sup>49</sup>.

A diferencia de la interrupción de la prescripción, contemplada en el art. 1973 CC, la suspensión de la prescripción no se regula expresamente en el Código Civil. Sin embargo, no es una institución desconocida en nuestro derecho. Según el art. 955 CCom, el Gobierno podrá suspender el cómputo de los plazos en los casos de guerra, epidemia o revolución. La norma parece razonable, ante la dificultad o imposibilidad del acreedor para poder ejercitar su derecho en esas situaciones. Igualmente se prevé cuando las partes acuden a la mediación para solventar sus discrepancias. La suspensión opera desde la presentación de la solicitud de inicio de la mediación hasta que termina el procedimiento de mediación (art. 4.I de la Ley 5/2012). Con la suspensión se evita que alguna de las partes utilice la mediación para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones. Además, es sensato que, mientras las partes intenten llegar a un acuerdo, el plazo de prescripción no corra (se suspenda), pues de lo contrario se perjudicaría gravemente al acreedor. Por último, los RD 463/2020 y 537/2020 suspenden el cómputo del plazo de prescripción desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 3 de junio de 2020, ambos incluidos (82 días). También aquí hay razones para decretar la suspensión<sup>50</sup>.

La suspensión de la prescripción es una figura consagrada en los textos internacionales. Los Principios de Derecho Contractual Europeo establecen tres casos de suspensión de la prescripción: a) cuando el acreedor ignore o no pueda conocer de manera razonable la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito, incluyendo, en caso de una indemnización por daños, el tipo de daño causado; b) cuando el acreedor inicie un procedimiento judicial, arbitral o de cualquier otro tipo con el fin de obtener un título ejecutivo; y c) cuando el acreedor no pueda ejercitar su pretensión por un impedimento que quede fuera de su control, siempre que se produzca dentro de los últimos seis meses del plazo de prescripción (arts. 14:301 a 14:303). El DCFR recoge estas mismas causas, con algun pequeño

---

<sup>49</sup> El término "interrupción" para referirse a la prescripción es equívoco. Por eso en Alemania, en la reforma del Código Civil de 2001, se sustituye el término "interrupción" (*Unterbrechung*) por el de "nuevo comienzo de la prescripción" (*Neubeginn der Verjährung*), mucho más descriptivo.

<sup>50</sup> Otro caso de suspensión contempla el nuevo art. 832 LEC, propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica en materia de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (Proyecto de Ley A-16-1, de 22 de marzo de 2024). Según este precepto, el ejercicio de una acción colectiva suspenderá los plazos de prescripción de las acciones individuales que competan a los consumidores afectados para obtener el resarcimiento de los daños padecidos.

cambio (arts. III-7:301 a III-7:303)<sup>51</sup>. También se contemplan varios casos de suspensión en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (arts. 10.5 a 10.8) y en la Convención de la UNCITRAL sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (arts. 13 a 15, y 17.2).

En los países de nuestro entorno existe una creciente tendencia a utilizar la suspensión de la prescripción. Eso se advierte, especialmente en los países que han modificado la regulación de la prescripción en los últimos años. Es lo que sucede, por ejemplo, en Alemania o Francia, donde se admite generosamente (§§ 203 a 209 BGB alemán; arts. 2234 a 2239 CC francés). Reflejo de esta tendencia es el derecho catalán, que prevé nueve casos de suspensión de la prescripción (arts. 121-15 y 121-19 CCCat), y el derecho navarro, que regula ocho (art. 36 del Fuero Nuevo). Esta es la línea que también sigue la Propuesta de Código Civil de la APPDC, que se refiere a la suspensión en los arts. 614-1 a 614-9. Además de la suspensión por ignorancia de los hechos que fundamentan la pretensión (como en los PECL y DCFR) y por fuerza mayor, es habitual contemplar como casos de suspensión las pretensiones de menores de edad y personas incapacitadas judicialmente contra sus representantes legales; las de los menores de edad o incapacitados judicialmente que no tengan representante legal; el ejercicio judicial o arbitral de un derecho; casos de herencia sin administrador, y pretensiones entre cónyuges. En todo caso, existen diferencias entre los distintos modelos regulatorios. Así, sucede, por ejemplo, con la suspensión por fuerza mayor<sup>52</sup>, o por ejercicio judicial de la pretensión<sup>53</sup>.

Volviendo al derecho común español, la doctrina clásica es que no cabe la suspensión de la prescripción en nuestro derecho civil, salvo en los casos legalmente previstos. Así resulta de su falta de reconocimiento expreso en el Código Civil; de la interpretación objetiva del art. 1969 CC, que vincula el *dies a quo* al nacimiento jurídico de la pretensión (doctrina de la *actio nata*); y de la literalidad del art. 1932 CC, según el cual la prescripción opera frente a todo tipo de personas, al margen de su capacidad o de cualquier otro tipo de impedimento que afecte al ejercicio de su derecho.

---

<sup>51</sup> Presentan dos modificaciones respecto a los PECL: (i) se amplía la suspensión a los casos de mediación y a cualquier otro procedimiento en el que un tercero adopte una decisión sobre el derecho en cuestión; y (ii) se contemplan también los impedimentos morales (*psychological impediment*).

<sup>52</sup> En Francia la imposibilidad real es siempre un caso de suspensión (art. 2234 CC), sea cual sea el momento en el que se manifieste, por lo que si hay imposibilidad inicial se retrasa el inicio del plazo de prescripción hasta que la misma desaparezca. Sin embargo, en los PECL (art. 14:303), Cataluña (art. 121-15 CCCat) o Propuesta CC de la APPDC (art. 614-2) la imposibilidad inicial no afecta al *dies a quo*; sólo afecta al cómputo del plazo cuando se produce en su tramo final –en el período de seguridad– (pe., en los últimos seis meses o en el último año), de modo que el plazo se suspende en tanto subsista la imposibilidad.

<sup>53</sup> En algunos modelos es una hipótesis de interrupción de la prescripción (pe., art. 121-11.a CCCat, art. 2241 CC francés; art. 2943 CC italiano, art. 323 CC portugués), mientras que en otros es causa de suspensión (art. 14:302 PECL, art. III-7:302 DCFR, § 204 BGB, art. 614-5 Propuesta CC de la APPDC).

Sin embargo, existen buenas razones para defender que *de lege data* la suspensión de la prescripción existe en el derecho español. Por un parte, el Tribunal Supremo ha abandonado hace años la interpretación objetiva del *dies a quo*, admitiendo sin fisuras una interpretación subjetiva. Por otra parte, es evidente que el régimen del inicio del plazo de prescripción y de su suspensión está estrechamente vinculado con el alcance y la vigencia de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio* [la prescripción no corre contra aquel que no puede hacerla valer]. Según la doctrina clásica, esta regla, que estaba vigente en nuestro derecho histórico, ha sido derogada por el art. 1932 CC. Dispone este precepto que “los derechos se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley”, El precepto es copia de su equivalente francés, que se incorporó al CC francés como reacción ante los excesos y abusos que la aplicación excesiva de la regla había provocado en la etapa previa a la codificación (pues se aplicaba no sólo a menores o incapaces, sino a ciertos sujetos que gozaban de privilegios políticos o sociales, como los nobles, los clérigos y los militares).

A mi juicio, el art. 1932 CC no prejuzga el *dies a quo* del plazo de prescripción, cuestión que ha de solventarse conforme a otros preceptos (básicamente, el art. 1969 CC)<sup>54</sup>. La norma se refiere a quiénes pueden ser sujetos pasivos de la prescripción (pueden serlo todos, sin que exista ningún tipo de distinción o privilegio), en sintonía con lo dispuesto en el artículo anterior (art. 1931 CC), que sanciona que la prescripción puede favorecer a cualquier persona (sujetos activos de la prescripción). Que la prescripción opera “en perjuicio de toda clase de personas”, como afirma el art. 1932 CC, significa que la prescripción corre frente a todas las personas que “puedan ejercitar su derecho”, en los términos del art. 1969 CC. Es decir, frente a quien siendo titular de una pretensión, que ha nacido y es jurídicamente ejercitable, conoce los hechos que fundamentan la pretensión y tiene la posibilidad real y efectiva de ejercitarla.

En conclusión, no es cierto que el art. 1932 CC suponga la derogación de la regla *contra non valentem*. De hecho, algunas sentencias citan esta máxima como vigente y la aplican a la solución del caso concreto (STS 695/2014, de 10.12.2014). Así lo entiende además el Tribunal Supremo, que en sus sentencias hace depender el inicio del cómputo del conocimiento por el acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión, sin referirse siquiera al art. 1932 CC. En fin, esta regla desempeña un papel importante en un modelo equilibrado de la prescripción<sup>55</sup>.

Una razón decisiva para admitir *de lege data* la suspensión tiene que ver con la interpretación del art. 1969 CC en clave subjetiva admitida por el Tribunal Supremo.

---

<sup>54</sup> PARRA LUCÁN, “Tutela de hecho...”, *cit.*, pp. 948; UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión...*, *cit.*, pp. 49 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión...*, *cit.*, pp. 125 y ss., y 133 y ss.; GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, *cit.*, pp. 217 y ss.

<sup>55</sup> ZIMMERMANN, *Comparative Foundations...*, *cit.*, pp. 133.

Según este precepto, el plazo no empieza correr si el acreedor no puede ejercitar la pretensión. Y no puede ejercitarla cuando hay una imposibilidad jurídica (pe., art. 111 y 114 LECrim), cuando el acreedor no conoce los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar, y cuando hay un impedimento fáctico (fuerza mayor) que impide al acreedor ejercitar su derecho. Se ha defendido que el art. 1969 CC disciplina tanto el inicio como el transcurso del plazo<sup>56</sup>. Por lo tanto, la posibilidad de ejercicio de la acción debe existir no sólo al inicio del plazo, sino también durante todo el plazo de prescripción. Por eso, si iniciado el plazo la posibilidad de ejercicio desaparece porque se manifieste una causa obstativa, no existirá posibilidad alguna de ejercicio ex art. 1969 y no se extinguirá el derecho por prescripción, al faltar uno de los presupuestos básicos de toda prescripción extintiva: la inactividad voluntaria del titular del derecho a lo largo de todo el espacio prescriptivo<sup>57</sup>. Mi opinión, sin embargo, es que el art. 1969 CC sólo se ocupa del *dies a quo* del plazo de prescripción, y no de otras circunstancias que pueden producirse después y que puedan afectar al plazo<sup>58</sup>. Por lo tanto, la imposibilidad de ejercicio de la pretensión que acontece cuando el plazo ya ha comenzado a correr no está regulada en el art. 1969 CC. Ahora bien, 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. Así resulta de una adecuada interpretación de la situación, conforme a los criterios hermenéuticos habituales (sistemático, finalístico, etc.), y sobre todo, de la idea de la prescripción como inactividad voluntaria del titular del derecho<sup>59</sup>.

La tesis expuesta ha sido defendida por RIVERO HERNÁNDEZ. Entiende que, ante la ausencia en el Código de una regla sobre los efectos de la imposibilidad en el plazo de prescripción ya iniciado, es lógico sostener que la posibilidad (real y efectivo) de ejercicio de la pretensión ha de predicarse durante todo el transcurso del plazo prescriptivo, pudiendo suspenderse el plazo en caso de imposibilidad<sup>60</sup>. En parecidos términos se expresa GÓMEZ CORRALIZA<sup>61</sup> y OROZCO PARDO, para quien, en aquellos supuestos de imposibilidad de ejercitar el derecho no imputable al titular, el plazo ha de quedar en suspenso, no por aplicación directa del art. 1969 CC, pero sí

---

<sup>56</sup> UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión...*, cit., pp. 130 y ss.

<sup>57</sup> UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión...*, cit., pp. 132.

<sup>58</sup> También, RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión...*, cit., pp. 124; GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, cit., pp. 233 y 234.

<sup>59</sup> La acción prescribe por el transcurso del plazo establecido porque el acreedor, pudiendo ejercitarla, no lo hace y permanece inactivo. Pero la prescripción no puede prosperar si la falta de ejercicio de la acción se debe a causas (involuntarias) no imputables al acreedor. Si no puede ejercitar la pretensión no es justo que haya prescripción. Así resulta de un adecuado análisis de los intereses de las dos partes en conflicto.

<sup>60</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión...*, cit., pp. 124.

<sup>61</sup> "Si la «imposibilidad» de ejercitar la acción (art. 1969 C.C.) impide iniciar el cómputo del plazo, es lógico sostener que produzca el mismo efecto en caso de que dicha imposibilidad sobrevenga posteriormente. En tal caso, parece que también debe impedir el transcurso del plazo, lo que dicho con otras palabras, significa que debe producir la suspensión del mismo" (*La caducidad*, cit., pp. 233 y 234).

por una aplicación extensiva de los fundamentos en que se sustenta ese precepto<sup>62</sup>. También UREÑA MARTÍNEZ admite que la imposibilidad sobrevenida suspende la prescripción: “si se acepta... que determinada imposibilidad inicial de ejercicio sea impositiva del cómputo, no debe plantearse problema alguno para estimar que esa misma imposibilidad sobrevenida produzca la suspensión del transcurso del plazo prescriptivo”<sup>63</sup>.

En definitiva, cuando de manera sobrevenida se produce una imposibilidad jurídica, una imposibilidad fáctica (fuerza mayor) o una ignorancia por el acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión (pe., porque el acreedor fallece y su sucesor en la titularidad de esa acción ignora esos hechos), el cómputo del plazo se suspende mientras subsista esa imposibilidad de ejercicio; y cuando ésta desaparezca se reanuda el cómputo por la parte del plazo que reste. Estas causas de suspensión son al mismo tiempo circunstancias que impiden el inicio del cómputo del plazo<sup>64</sup>. Esto es lo que explica que, en algunos modelos regulatorios, la ignorancia sobre los hechos que fundamentan la pretensión se regula únicamente como un caso de suspensión de la prescripción<sup>65</sup>. Aunque esté legalmente así configurada, si el acreedor desconoce desde el principio los hechos que fundamentan la pretensión, el plazo no empezará a correr.

Admitido que la suspensión de la prescripción es una figura reconocida en nuestro derecho, hay que defender que la mejor forma de aplicar la doctrina del TJUE establecida en las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 es configurar la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula como un caso de suspensión de la prescripción.

Eso significa que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos se inicia cuando el consumidor recibe de la gestoría las facturas con los gastos abonados, pues en ese momento conoce los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar (v. epígrafe II). Como el plazo no puede transcurrir íntegramente sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, cuando quedan dos años para que ese plazo termine (siempre que admitamos que el “período de seguridad” es de dos años), el plazo se paraliza, esto es, deja de correr. Y así seguirá (sin correr) mientras el consumidor siga ignorando que la cláusula es potencialmente abusiva. Ahora bien, el plazo volverá a correr cuando el consumidor pueda conocer ese dato (jurídico). Y desde ese instante quedarán todavía dos años para que se produzca la prescripción.

---

<sup>62</sup> *De la prescripción...*, cit., pp. 128.

<sup>63</sup> *La suspensión...*, cit., pp. 314.

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, si la imposibilidad fáctica (fuerza mayor) existe desde el principio, el plazo no podrá empezar a correr. Y si ya se inició el cómputo del plazo, se suspende si el acreedor se ve afectado por una fuerza mayor que le impide ejercitar su derecho.

<sup>65</sup> Art. 14:301 PECL; art. III-7:301; art. 614-1 Propuesta CC de la APPDC.

En el derecho español no es adecuado configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un requisito del *dies a quo*. Varias son las razones. La primera guarda relación con el hecho de que se debe intervenir en el transcurso del plazo prescriptivo lo menos posible<sup>66</sup>. En efecto, la regla es que el plazo prescriptivo debe correr con normalidad, y que sólo debe intervenir en aquellos casos que resulten imprescindible, y además afectándole de la menor forma posible. Por esa razón en la nueva regulación de la prescripción realizada en los textos internacionales y en los países de nuestro entorno se observa una clarísima tendencia a reducir las causas de interrupción de la prescripción y a aumentar las causas de la suspensión, pues esta afecta menos al cómputo del plazo. En este escenario, la configuración del conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un requisito para que se inicie el plazo prescriptivo es, de las cuatro opciones posibles que tiene la jurisprudencia española para respetar la doctrina del TJUE, la que más gravemente afecta al cómputo del plazo. Por eso debe ser desechada.

Un segundo motivo tiene que ver con el deseado equilibrio de los intereses de acreedor y deudor que ha de guiar la regulación de la prescripción. Como se ha expuesto, en nuestro derecho la regulación de la prescripción ya es muy beneficiosa para el acreedor y muy perjudicial para el deudor (v. epígrafe VII). Por esa razón, al acoger la doctrina del TJUE ha de asumirse la interpretación que menos perjudique al deudor. Considerar el conocimiento jurídico como requisito del *dies a quo* es, de las cuatro opciones posibles, la más gravosa para el deudor y la más beneficiosa para el acreedor. Por eso debe ser descartada.

Por otra parte, tampoco es conveniente que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula se trate como un caso de interrupción de la prescripción [segunda tesis propuesta en el epígrafe IV.3.b)]. En la práctica esta tesis lleva a consecuencias similares a diseñar el conocimiento jurídico como un requisito del *dies a quo*. Pues el plazo empieza a correr, y se paraliza cuando, llegando al periodo de seguridad, el consumidor sigue ignorando el carácter abusivo de la cláusula. Pero al tratarse de un supuesto de interrupción, cuando conoce ese dato jurídico empieza de nuevo el plazo de prescripción (se reinicia el cómputo). Lo que conduce a los mismos resultados que considerar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula como un requisito para que empiece a correr el plazo prescriptivo.

Tratar la ignorancia acerca del carácter abusivo de la cláusula como una hipótesis de suspensión de la prescripción es la que, frente a las dos interpretaciones anteriores, menos afecta al cómputo del plazo. Y ello porque no altera la regla del inicio del plazo de prescripción que existe en nuestro derecho (desde que el consumidor conoce o puede conocer los hechos que fundamentan la pretensión). Como se ha indicado, esta interpretación respeta las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024, y supone utilizar una figura (suspensión de la prescripción) ya conocida en nuestro derecho interno. Esta

---

<sup>66</sup> ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, "Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims", *Yearbook on European Tort Law 2007*, Springer, 2008, pp. 32 y 33.

última es la razón por la que es preferible esta interpretación a la cuarta posible: la posposición de la terminación del plazo prescriptivo. En la práctica ambas figuras conducen al mismo resultado práctico. Pero como esta última figura es desconocida en el derecho español, resulta más adecuado entender que la ignorancia sobre esos datos jurídicos es un supuesto de suspensión de la prescripción.

Una idea debe quedar clara: configurar la falta de conocimiento (ignorancia) como un caso de suspensión de la prescripción no es una extravagancia. La suspensión de la prescripción ya está admitida en nuestro derecho, por lo que nada de extraño hay en utilizar esta figura. Además, hay razones evidentes (e incuestionables) para preferir esta solución a configurarlo como un requisito del *dies a quo*. El tribunal español que tenga que ocuparse de ello debería evitar la solución "fácil", que es vincular el conocimiento al inicio del plazo prescriptivo. Solución "fácil" porque se enmarca en un paisaje muy conocido por los tribunales, como es el relativo al *dies a quo*, y más exactamente, a los requisitos que han de concurrir para que se inicie el plazo prescriptivo. Debe huir de esta comodidad y meditar si la suspensión no sería, en verdad, la figura más adecuada, no sólo porque es igualmente respetuosa con el principio de efectividad, sino también porque es la que menos afecta al cómputo del plazo y la más justa, teniendo en cuenta los intereses de las partes en conflicto y la situación superprivilegiada con la que ya cuenta un acreedor español.

## **2. En el derecho español el período de seguridad puede ser de dos años o incluso de un año**

En el derecho español el plazo de prescripción empieza a correr cuando el consumidor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, pero se suspende en un determinado momento si el consumidor sigue ignorando el carácter abusivo de la cláusula de gastos. ¿Cuál es ese momento exacto en el que ha de suspenderse la prescripción? La respuesta dependerá de la duración que haya de darse al denominado "plazo de seguridad". Como tal puede calificarse el plazo de que todavía dispone el consumidor cuando, desaparecida la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula (porque el consumidor pueda ya conocer ese carácter abusivo), se reanuda el cómputo del plazo. El período de seguridad es, por tanto, la parte final del plazo de prescripción. Y es un período de tiempo en el que el consumidor ya conoce (puede conocer) el carácter abusivo de la cláusula.

El TJUE no establece qué duración ha de tener este periodo de seguridad. Sobre esta materia el TJUE únicamente impone un requisito: que desde que el consumidor pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula ha de disponer de un "tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo" con el fin de proteger sus derechos (ap. 47 y 50 STJUE 25.1.2024; ap. 32 STJUE(TS) 25.4.2024). Corresponde a cada Estado miembro establecer la duración concreta de este periodo. Y para ello hay que tener en cuenta los demás elementos que conforman el régimen de la prescripción. En el derecho español las normas sobre prescripción son ya muy beneficiosas para el

acreedor, y este dato debe ser tomado en consideración a la hora de determinar cuál ha de ser la duración del periodo de seguridad.

Hay que partir del hecho de que un periodo de seguridad de dos años respeta el principio de efectividad. Así lo ha declarado el TJUE en la STJUE 15.12.2011 (ap. 25). Si este plazo permite al sujeto "normalmente diligente hacer valer útilmente los derechos que le corresponden según el ordenamiento jurídico de la Unión" (como afirma esta STJUE), es evidente que un periodo de seguridad de dos años también respeta el principio de efectividad; pues por definición el periodo de seguridad siempre es más corto que el plazo de prescripción (de hecho, es la parte final del plazo de prescripción).

A mi juicio, cabe defender que en España el plazo de seguridad puede fijarse en un año. Un plazo de seguridad de un año es un plazo adecuado porque en el derecho español se puede "preparar e interponer un recurso efectivo" de manera rápida y ágil, mediante una simple reclamación extrajudicial. Con la reclamación extrajudicial se interrumpe la prescripción y el contador del plazo prescriptivo se pone de nuevo a cero. Y para hacer una reclamación extrajudicial no hacen falta grandes esfuerzos ni un tiempo excesivo. La situación es distinta en otros países (como Alemania o Francia), en los que la reclamación extrajudicial ni interrumpe ni suspende el plazo de prescripción<sup>67</sup>; por lo que el consumidor tiene directamente que interponer una demanda judicial si quiere evitar que el plazo expire. Para "preparar e interponer" ese recurso sí se precisa más tiempo. En el derecho español, en cambio, el plazo de un año es suficiente para reflexionar sobre la oportunidad de reclamar y formular la reclamación de forma extrajudicial. Ese mismo argumento vale para el derecho catalán, en el que la reclamación extrajudicial de pago también interrumpe la prescripción (art. 121-11 CCCat).

Por lo tanto, en el derecho español el plazo de prescripción empieza a correr cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, pero se suspende cuando queda un año para que finalice, si en ese momento el consumidor no podía conocer el carácter abusivo de la cláusula. Y cuando meses o años más tarde pueda conocer ese dato jurídico, el cómputo del plazo se reanuda, quedando todavía un año de plazo de prescripción.

Existen otros argumentos adicionales que justifican que el plazo de seguridad sea de un año. En nuestro derecho una acción tan importante como la indemnización de daños extracontractuales prescribe al año (art. 1968.2º CC); por lo que no puede resultar extraño que esa misma duración tenga el período de seguridad en la hipótesis que se analiza. Por otra parte, en algunos modelos regulatorios internacionales se admite un periodo de seguridad de un año para otros casos de suspensión de la prescripción. Así, por ejemplo, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, se prevé para el caso de suspensión de la

---

<sup>67</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., "El *dies a quo*...", *cit.*, pp. 36 y ss.

prescripción por fuerza mayor, muerte o incapacidad del acreedor o del deudor<sup>68</sup>. Y la Convención UNCITRAL sobre prescripción lo contempla también en varios supuestos de suspensión<sup>69</sup>.

Otros textos internacionales contemplan un período de seguridad más breve, de solo seis meses. Así, por ejemplo, los Principios de Derecho Contractual Europeo establecen que se suspende la prescripción cuando el acreedor no pueda ejercitar su pretensión por causa de fuerza mayor, siempre que se produzca dentro de los últimos seis meses del plazo de prescripción (art. 14:303). Esta misma regla se contiene en el Marco Común de Referencia (art. III-7:303) y en el derecho catalán (art. 121-15 del CCCat). Eso significa que el plazo prescriptivo empieza a correr cuando el acreedor conoce los hechos que fundamentan la pretensión, pero se suspende cuando, quedando únicamente seis meses para que expire el plazo, el acreedor está en una situación de fuerza mayor. En tal caso el plazo permanece suspendido mientras persista esa fuerza mayor. Y cuando esta desaparezca, el plazo reanuda su cómputo por esos seis meses. Si en estos modelos se admite que un plazo de seis meses es suficiente para que el acreedor pueda ejercitar la pretensión, con más razón lo será el plazo de un año.

Sin embargo, existe una razón que quizás aconseje fijar una duración de dos años: la dificultad de designar el momento en el que el consumidor pudo conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula. Resulta muy complicado determinar en qué fecha exacta un consumidor medio puede conocer que existe un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula (eso significa que la cláusula es potencialmente abusiva). Por eso, y para garantizar que se cumple sin ningún género de dudas el principio de efectividad, puede ser razonable establecer un plazo de seguridad de dos años.

En cualquier caso, que el plazo de seguridad sea de un año o de dos apenas tiene consecuencias prácticas en el caso de la cláusula de gastos, como se explica a continuación.

---

<sup>68</sup> El plazo de prescripción se suspende en caso de fuerza mayor (un impedimento fuera de control del acreedor que éste no podía ni evitar ni superar), o de muerte o incapacidad del acreedor o del deudor (art. 10.8), hasta que la fuerza mayor desaparezca o se haya nombrado un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En ese instante se reanuda el plazo de prescripción, que en ningún caso podrá ser inferior a un año (si quedaba menos, se amplía hasta ese año).

<sup>69</sup> Consideran causas de suspensión la iniciación de un procedimiento judicial o arbitral contra el deudor, o el ejercicio de su derecho contra el deudor instado en un procedimiento iniciado con motivo de la muerte o incapacidad del deudor, de su quiebra, o de la disolución o liquidación de una sociedad, entidad, asociación, cuando ésta sea la deudora (arts. 13 a 15). Cuando al término de alguno de estos procedimientos el plazo de prescripción ya hubiera expirado o falte menos de un año para que expire, el acreedor tendrá derecho a un plazo de un año contado a partir de la conclusión del procedimiento (art. 17.2).

### **3. Formulación de la regla (“suspensión por ignorancia del carácter abusivo de la cláusula”) y ejemplos de aplicación**

Tras lo expuesto en los dos subepígrafes anteriores, 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”*.

La explicación de esta regla es ya conocida. El plazo de prescripción empieza a correr cuando el titular de la acción (consumidor) conoce los hechos que fundamenta la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. El plazo corre con normalidad, pero el plazo se suspende si cuando quedan dos años para que finalice el plazo, el consumidor no conoce, ni puede conocer actuando con diligencia, el carácter potencialmente abusivo de la cláusula. La suspensión se levantará cuando se produzca ese conocimiento (real o potencial), y entonces se reanuda el plazo prescriptivo, quedando únicamente dos años.

En la formulación de la norma se ha fijado el plazo de seguridad en dos años, aunque quizás bastaría con que fuera de un año, como ya se ha explicado. Además, en la formulación no se incluye una regla sobre cuándo puede el consumidor conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula. Esa es una cuestión que, dependiendo de las circunstancias concurrentes, podrá designarse en uno u otro momento (v. epígrafe X.3).

Admitamos como hipótesis que un consumidor medio podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos en abril de 2016. Veamos ahora algunos ejemplos de aplicación práctica de esta norma.

1. Préstamo celebrado el 19 de enero de 1999, y el consumidor conoce que ha abonado los gastos el 15 de febrero de 1999. El plazo de prescripción empieza a correr ese día, pero se suspende a los trece años (el 15 de febrero de 2012). La suspensión se levanta en abril de 2016, y ahí se reanuda el cómputo del año de prescripción que queda pendiente. Por lo tanto, la acción prescribe en abril de 2018.

2. Préstamo celebrado en abril de 2003, y en ese mes el consumidor conoce los gastos que ha pagado. El plazo de prescripción empieza a correr y debería suspenderse a los trece años (en abril de 2016). Pero justo en ese momento el consumidor puede conocer el carácter abusivo de la cláusula, por lo que el plazo no se suspende y continúa corriendo hasta abril de 2018, que es cuando prescribe.

3. Préstamo celebrado en marzo de 2010, y en ese mes el consumidor conoce los gastos que ha pagado. El plazo de prescripción empieza a correr en marzo de 2010 y prescribe el 28 de diciembre de 2020<sup>70</sup>. Se respeta el principio de efectividad sin necesidad de suspender la prescripción, porque cuando llega abril de 2016 queda todavía más de dos años para que el plazo prescriptivo finalice (en concreto, quedan más de cuatro años y medio).

4. Préstamo celebrado en abril de 2016, y en ese mes el consumidor conoce los gastos que ha pagado. El plazo de prescripción empieza a correr en esa fecha, y prescribe a los cinco años más los 82 días que el cómputo se suspendió por el estado de alarma (esto es, en julio de 2021). Se respeta el principio de efectividad sin necesidad de suspender la prescripción, porque desde que empieza a correr el plazo de prescripción el consumidor ya podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos y tenía más de cinco años para poder ejercitar la pretensión.

La conclusión es la siguiente: (i) si el plazo de prescripción empieza a correr antes de abril de 2003, la acción de restitución de gastos prescribe en abril de 2018; (ii) si el plazo prescriptivo empieza a correr entre abril de 2003 y el 7 de octubre de 2015, la acción prescribe a los quince años, o como muy tarde el 28 de diciembre de 2020; y (iii) si el plazo se inicia después del 7 de octubre de 2015, se aplica un plazo de prescripción de cinco años, 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, solo en los supuestos contemplados en (i) se produce la suspensión de la prescripción por aplicación de la doctrina del TJUE.

Los resultados serían parcialmente distintos si el plazo de seguridad se fija en un año. En esa hipótesis, en los préstamos celebrados antes de abril de 2002, el plazo de prescripción corre con normalidad, y se suspende cuando han transcurrido catorce años; la suspensión se levanta en abril de 2016, y el plazo prescriptivo finaliza en abril de 2017. En cambio, si el plazo de prescripción se inicia después de abril de 2002, rigen de igual manera las reglas expuestas en (ii) y (iii), lo que significa que no se produce en ningún caso la suspensión de la prescripción.

En consecuencia, el aumento del plazo de seguridad de uno a dos años beneficia exclusivamente a los préstamos "antiguos", en concreto a los celebrados entre abril de 2002 y abril de 2003, pues el plazo de prescripción finalizará en abril de 2018, y no en abril de 2017.

---

<sup>70</sup> Sobre por qué prescribe ese concreto día, v. epígrafe II.

#### **4. En el derecho español es inadecuado que el plazo de prescripción empiece a correr cuando se dicta sentencia que declara abusiva esa concreta cláusula**

No se opone a la Directiva 93/13 la normativa o jurisprudencia española que sanciona que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos se inicia con la sentencia declarativa de nulidad de la cláusula dictada en un proceso judicial que enfrenta a un concreto consumidor con su prestamista. Así resulta con claridad de la STJUE(TS) 25.4.2024 [v. epígrafe V.2.b)]. Que no sea contrario a esa Directiva no significa que el derecho español necesariamente deba acoger esa regla sobre *dies a quo*. La STJUE(TS) 25.4.2024 no impone esa solución para el derecho nacional, sino que simplemente informa de que esa opción, si es asumida por un Estado miembro, es una solución respetuosa con el principio de efectividad [v. epígrafe V.2.c)].

La inmensa mayoría (casi unanimidad) de los comentaristas de las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 defienden que en el derecho español el plazo de prescripción debe empezar a correr con la sentencia declarativa de nulidad<sup>71</sup>. Según algunos, la cuestión ha quedado definitivamente zanjada después de estas SSTJUE. Es evidente que no comparto esa tesis. Defiendo, no solo que estas tres SSTJUE no exigen a los Estados miembros fijar el *dies a quo* en esa fecha, sino que en el derecho español es totalmente inadecuado entender que el plazo de prescripción de la acción de restitución únicamente empieza a correr cuando se dicta esa sentencia declarativa de nulidad de la cláusula. Hay varios motivos para ello.

Hay una razón poderosa para desechar esta interpretación: entre todas las posibles formas de incorporar al derecho patrio la doctrina del TJUE, fijar el *dies a quo* en la fecha de la sentencia declarativa de nulidad es la más insatisfactoria. Como ya se ha explicado, el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, desde un punto de vista estrictamente teórico, puede configurarse en el derecho nacional como un requisito del *dies a quo*, un caso de interrupción de la prescripción, de suspensión de la prescripción o de posposición de la prescripción [v. epígrafe IV.3.b)]. Pues bien, fijar el conocimiento como un presupuesto para que empiece a correr el plazo prescriptivo es la peor de las soluciones (v. epígrafe VIII.1). Por una parte, porque es la que incide de forma más intensa en el cómputo del plazo de prescripción, y está generalmente admitido que se debería intervenir en el transcurso del plazo prescriptivo lo menos posible. Por otra, es la que más perjudica al deudor (en este caso, el prestamista), siendo así que la regulación española de la prescripción ya es muy beneficiosa para el acreedor. Por todo ello, es más adecuado que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula no afecte en modo alguno al régimen del *dies a*

---

<sup>71</sup> JIMÉNEZ MORIANO, "El cómputo del plazo...", *cit.*, pp. 8; LÓPEZ-DÁVIDA AGÜEROS, "El TJUE se pronuncia...", *cit.*, pp. 2; GARCÍA GUTIÉRREZ, "Dies a quo en la acción reparatoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21)", *Diario La Ley*, nº 10443, 2 febrero 2024, pp. 3; CADENAS OSUNA, "Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, nº 798, pp. 2416.

*quo* establecido en el derecho nacional. Lo que se consigue si la ignorancia sobre el carácter abusivo de la cláusula es tratada como un caso de suspensión de la prescripción.

Considerarlo como un requisito del *dies a quo*, vinculado además a la existencia de una sentencia declarativa de nulidad de la cláusula, choca frontalmente con el derecho español, cuya regla general es que todas las acciones y pretensiones están sujetas a prescripción (arts. 1932 y 1961 CC). 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. En efecto, si el préstamo hipotecario se ha celebrado en 1999, y el consumidor interpone la demanda judicial contra su prestamista en abril de 2024, solicitando que se declare abusiva la cláusula y se devuelvan los gastos indebidamente abonados, estará ejercitando su derecho dentro de plazo, porque la prescripción de la acción restitutoria solo se inicia cuando hay sentencia declarando la nulidad de la cláusula, cosa que todavía no ha sucedido. Aunque desde el punto de vista teórico la acción de restitución sí está sujeta a prescripción, en la práctica sería imprescriptible; pues el consumidor podrá interponer esa demanda en el año 2032 o en el 2048 y tampoco en ese caso podría reputarse prescrita. La imprescriptibilidad se produce, además, porque en el derecho español no existe un plazo máximo de prescripción. Como señala PANTALEÓN PRIETO, vincular el *dies a quo* a la sentencia declarativa de nulidad “es un absoluto disparate”, pues supone tratar a los prestamistas peor que a los delincuentes de los más graves delitos, cuya responsabilidad penal y civil se extingue transcurrido un determinado periodo de tiempo<sup>72</sup>.

Asumir esta interpretación choca frontalmente con la naturaleza de la prescripción, y con la idea (esencial) de que todas las acciones son susceptibles de prescripción, salvo contadísimas excepciones, en las que existen poderosas razones que justifican la imprescriptibilidad. No concurren esas razones en el caso que nos ocupa. Y no puede argumentarse que esa razón está en la doctrina del TJUE y en el principio de efectividad que consagra para proteger al consumidor. Pues ese principio de efectividad queda garantizado en el derecho español si el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula se configura como una hipótesis de suspensión de la prescripción, y no como un requisito para que se inicie el cómputo del plazo prescriptivo.

La prescriptivo es una institución necesaria, en aras de la seguridad jurídica, y que funciona eficazmente cuando toma en consideración los intereses de las dos partes en conflicto: el interés del acreedor en poder ejercitar en cualquier momento la pretensión de que es titular; y el interés del deudor en que la inactividad del acreedor durante un largo período de tiempo lleve a su liberación. Una adecuada ponderación

---

<sup>72</sup> En “My Last Bow”, Almacén de Derecho, 26 de abril de 2024; disponible en <https://almacenederecho.org/el-telefono-escacharrado-interferencias-en-la-comunicacion-entre-el-tjue-y-los-tribunales-nacionales> [fecha de consulta: 27.4.2024], pp. 1.

de los intereses en conflicto lleva a entender que al deudor solamente hay que protegerlo cuando el acreedor, pudiendo ejercitar su pretensión, no lo hace y permanece inactivo. Por eso, no puede correr la prescripción frente al acreedor que realmente no puede ejercitar su derecho; por ejemplo, desconoce los hechos que conforman la pretensión o la identidad del sujeto ante el que poder ejercitarla (art. 1969 CC, en la interpretación subjetiva admitida por el Tribunal Supremo). Sin embargo, en el caso que nos ocupa se sobreprotege al acreedor (consumidor), convirtiendo a la acción en imprescriptible. Esta sobreprotección no está justificada. El consumidor tiene una tutela efectiva si, una vez que conoce el carácter abusivo de la cláusula, dispone de un plazo suficiente para interponer una reclamación. Desde el instante en que conoce ese dato jurídico (que la cláusula es abusiva) puede ejercitar su derecho, por lo que esa acción debe estar sujeta a prescripción, como cualquier otra pretensión.

Podría defenderse que la STJUE(TS) 25.4.2024 exige que el consumidor tenga "certeza" de que la cláusula de su contrato es abusiva, y esa "certeza" únicamente se consigue cuando un juez declara en sentencia que esa concreta cláusula es abusiva y nula. Este argumento es inconsistente, porque en verdad la STJUE(TS) no requiere que exista esa "certeza" (v. epígrafe IX.1).

A la vista de lo expuesto, ¿por qué nuestros tribunales van a fijar el *dies a quo* en la fecha de la sentencia declarativa de nulidad, cuando 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?

## **IX. ¿QUÉ INFORMACIÓN JURÍDICA DEBE CONOCER EL CONSUMIDOR?**

Una de las cuestiones más peliagudas es la relativa a qué concreta información ha de conocer el consumidor. El auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona afirma que el principio de efectividad exige que el consumidor esté en condiciones de valorar jurídicamente los hechos que fundamentan la pretensión, pero que "habría que concretar qué información debe estar a disposición del consumidor medio" (FJ 5º, ap. 11). Sin embargo, después no formula una pregunta concreta sobre esta materia. Y parece que no lo hace porque da por supuesto que el consumidor debe conocer "el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva", pues esta es la expresión que se contiene en el supuesto de hecho de la segunda pregunta formulada. Es notorio que la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona está al tanto de la doctrina del TJUE sobre la materia. Las SSTJUE 9.7.2020 y 16.7.2020 aluden al conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula. Después, la STJUE 10.6.2021 se refiere, además, al conocimiento de "todos los derechos que le reconoce" la Directiva 93/13 (ap. 46 y 48).

Como no hay pregunta concreta sobre esta materia, la STJUE 25.1.2024 no contiene una respuesta expresa. Pero, como era previsible, el TJUE sigue la senda de sentencias anteriores, y se refiere al conocimiento por el consumidor de “sus derechos” (ap. 48); de “los derechos que le confiere la Directiva 93/13” (ap. 50), o “del carácter abusivo de una cláusula contractual y de los derechos que le confiere la Directiva 93/13” (ap. 52). Y en el ap. 55 exige que el consumidor conozca “la valoración jurídica de esos hechos”. La STJUE(TS) 25.4.2024 sigue esa misma línea. El consumidor debe tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula (ap. 34, 35, 36, 38, 47, 57), y de la “posibilidad de conocer sus derechos” (ap. 37).

En consecuencia, el consumidor debe conocer dos datos; el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que la Directiva 93/13 le confiere al consumidor.

### **1. El TJUE no exige que la cláusula sea con “certeza” abusiva**

Según el TJUE, el plazo de prescripción no puede empezar a correr, o si empezó a correr antes, no puede transcurrir íntegramente, sin que el consumidor haya podido conocer “el carácter abusivo de la cláusula”.

Hay una pregunta clave que debe resolverse: ¿el consumidor debe tener “certeza” de que esa cláusula es abusiva, o basta con que sepa que es potencialmente abusiva, es decir, que conozca que hay un escenario de litigación sobre el posible carácter abusivo de la cláusula?

Las primeras sentencias del TJUE que analizan esta materia son las dos STJUE 25.4.2024. En una primera aproximación parece que el TJUE asume que debe existir “certeza” sobre el carácter abusivo de la cláusula. El ap. 35 STJUE(TS) 25.4.2024<sup>73</sup> señala que, con la firmeza de la sentencia declarativa de nulidad, el consumidor tiene un “conocimiento cierto” de la irregularidad de la cláusula y que, en principio, es desde esa fecha cuando está en condiciones de hacer valer sus derechos; por lo que es en ese momento “cuando puede empezar a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución”. Y es que -continúa el TJUE-, aunque el tribunal supremo nacional haya dictado una sentencia que declara abusiva una cláusula tipo que se corresponde con la cláusula incluida en el contrato del consumidor, eso no significa que la cláusula de ese concreto contrato sea también abusiva (ap. 50), porque el examen del carácter abusivo de una cláusula debe hacerse caso a caso, teniendo en caso las circunstancias concurrentes en cada supuesto, en particular cuando se trata de juzgar la falta de transparencia de una cláusula, donde es imprescindible el análisis del caso concreto (ap. 51). Además, un consumidor no conoce la jurisprudencia del tribunal supremo (ap. 52 y 57), y no tiene que llevar a cabo “actividades propias de

---

<sup>73</sup> También en la STJUE(JPI) 25.4.2024. Pero no citaré las referencias a esta STJUE(JPI), porque su redacción es idéntica a la STJUE(TS).

la investigación jurídica" para su averiguación (ap. 49). Si esto es así, resulta que el consumidor únicamente sabe que la cláusula es abusiva cuando promueve un proceso judicial contra el prestamista en que se declara, en sentencia judicial, que esa concreta cláusula es abusiva. La "certeza" se infiere también del ap. 59: de las SSTJUE un consumidor "no puede deducir certeza alguna sobre el carácter abusivo de una cláusula"; de donde se deduce que esa certeza es necesaria. En conclusión, el conocimiento del carácter abusivo sólo existe cuando hay sentencia judicial que declara abusiva la cláusula.

Esta interpretación, sin embargo, es inadecuada, por los argumentos que a continuación se exponen:

En primer lugar, esta tesis es incongruente con la afirmación de que, aunque el *dies a quo* se fije con la sentencia declarativa de nulidad de la cláusula, la Directiva 93/13 "no se opone a que el profesional tenga la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de tal hecho [del carácter abusivo de la cláusula] antes de dictarse una sentencia que declare la nulidad de dicha cláusula" (ap. 38 y, en parecidos términos, ap. 41). El TJUE reconoce expresamente que el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula puede tenerlo el consumidor antes de que se dicte una sentencia judicial. Si ello es así, el TJUE está admitiendo que puede existir ese conocimiento, aunque no haya "certeza" sobre la abusividad de la cláusula; certeza que únicamente se consigue con la sentencia judicial. La conclusión es evidente: no es imprescindible que haya sentencia judicial, no es indispensable que haya "certeza" sobre la abusividad de la cláusula, para que puedan considerarse cumplido el requisito del conocimiento sobre el carácter abusivo de la cláusula. Ese conocimiento puede adquirirlo el consumidor por otras vías antes de que, en su caso, haya sentencia judicial.

En segundo lugar, si se requiere "certeza" de la abusividad de la cláusula (y eso sólo se produce con una sentencia declarativa de nulidad), ¿para qué sirve decir que el principio de efectividad exige que el consumidor conozca o "pueda conocer" el carácter abusivo de la cláusula? Ese "pueda conocer" nunca entrará en juego. Pues es imprescindible que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula de su contrato, lo que sólo sucederá con sentencia declarativa.

En tercer lugar, la exigencia de "certeza" sobre la abusividad de la cláusula (que sólo se produce con una sentencia declarativa de nulidad) implica una reformulación restrictiva del principio de efectividad. Como es sabido, este principio se garantiza cuando la regulación de la prescripción en el derecho nacional "no hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio [por el consumidor] de los derechos conferidos en la Directiva". Si se requiere en todo caso esta "certeza" es porque únicamente de ese modo se respeta el principio de efectividad. Y se estarían dejando fuera otros casos que tampoco hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil para el consumidor el ejercicio de los derechos, como son aquellos en los que un

consumidor medio pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula por otras vías, aunque no se haya dictado una sentencia declarativa de nulidad.

En cuarto lugar, vincular el *dies a quo* a la “certeza” de la abusividad (que sólo se produce con una sentencia declarativa de nulidad) hace imposible que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo prescriptivo expire. La regla general, consagrada con rotundidad en los ap. 48 y 42 STJUE 25.1.2024, es que el principio de efectividad se cumple cuando el consumidor pueda conocer sus derechos “antes de que dicho plazo empiece a correr o antes de que expire”. Con la interpretación propuesta sobre la “certeza”, un derecho nacional nunca podría acogerse a esta segunda posibilidad (“antes de que expire”), y sólo sería posible la otra opción: que el plazo empiece a correr con la “certeza” (con la sentencia declarativa de nulidad).

De todas las razones expuestas, la más importantes es la primera. Una interpretación sistemática de la STJUE(TS) lleva a concluir que el carácter abusivo de la cláusula puede conocerlo el consumidor medio antes de exista una sentencia declarativa de nulidad de esa concreta cláusula. Por tanto, es imposible defender que el TJUE exige que exista una sentencia declarativa de nulidad de la cláusula para que el consumido conozca su carácter abusivo.

Además, de admitirse esa tesis habría que considerar contraria a la Directiva 93/13 la jurisprudencia alemana sobre la materia. En este país son dos sentencias del BGH (tribunal supremo) 13.5.2014 las que por primera vez declaran abusiva la cláusula de gastos. Y la SBGH 28.10.2014, que se ocupa por primera del plazo de prescripción de la acción restitutoria, fija en el inicio del plazo de prescripción en el año 2011, porque es en ese momento cuando razonablemente se puede esperar que los prestatarios interpongan una acción judicial para obtener la devolución de los gastos, al existir ya un escenario de litigación favorable<sup>74</sup>. Según el Tribunal Supremo alemán, el inicio del plazo de prescripción no se hace depender en modo alguno de que el concreto consumidor haya obtenido una sentencia judicial que declara abusiva la cláusula de su contrato. Si se entiende que la STJUE(TS) 25.4.2024 asume esta última tesis, la jurisprudencia alemana es contraria a la Directiva 93/13 y, en consecuencia, tendrá que ser modificada.

## **2. Cláusula potencialmente abusiva: existe un escenario de litigación sobre la abusividad de una cláusula. Su aplicación a la cláusula de gastos**

En realidad, lo relevante no es que el consumidor conozca que esa cláusula “es” con “certeza” abusiva, sino que “puede” ser declarada abusiva. Basta con que la cláusula sea “potencialmente” abusiva.

---

<sup>74</sup> Sobre esta jurisprudencia alemana, v. epígrafe IX.2.

En principio, cualquier cláusula predispuesta en un contrato puede ser abusiva, porque puede provocar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe. Para que sea potencialmente abusiva, a los efectos que nos ocupan, se requiere algo más: que exista un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula.

La jurisprudencia alemana nos pone en pista de cómo analizar esta materia. En el derecho alemán, el plazo general de prescripción (tres años) se inicia el primer día del año siguiente a aquél en el que la pretensión ha nacido y el acreedor ha tenido conocimiento (o debía haberlo tenido de no haber actuado con negligencia grave) de las circunstancias que fundamentan la pretensión y de la persona del deudor (§ 199.1 BGB). Pero la jurisprudencia alemana ha establecido que, a veces, hay que retrasar el *dies a quo*. Así sucederá cuando existe una situación jurídica opaca y confusa ("*eine unsichere un zweifelhafte Rechtslage*") tal que ningún abogado habría considerado razonable ejercitar una pretensión por vía judicial; o cuando existe una jurisprudencia claramente contraria al ejercicio del derecho ("*eine anspruchsfreundlicher Rechtsprechung*") que permite calificar como temerario al abogado que interponga una demanda<sup>75</sup>. En ambos casos puede estar justificado retrasar el *dies a quo*<sup>76</sup>.

El *dies a quo* se retrasa hasta que la situación jurídica deje de ser opaca o no exista ya una jurisprudencia claramente hostil. Esta doctrina, que tiene carácter excepcional, se explica porque en el derecho alemán la única posibilidad que tiene el acreedor de evitar el transcurso íntegro del plazo prescriptivo es la reclamación judicial (la reclamación extrajudicial ni interrumpe ni suspende la prescripción). Como la presentación de una demanda está totalmente contraindicada, por las razones expuestas, si se quiere proteger adecuadamente al acreedor no queda otra opción que retrasar el *dies a quo* hasta que la situación jurídica deje de ser opaca y confusa.

Esta doctrina que permite retrasar el *dies a quo* ha sido aplicada por el BGH alemán a la acción de restitución de gastos<sup>77</sup>. Por eso, aunque el plazo debería empezar a correr cuando se abonan los gastos (§ 199.1 BGB), la sentencia del BGH (Tribunal

---

<sup>75</sup> Una completa exposición de la situación, en HERRESTHAL, "Die Verschiebung des Verjährungsbeginns bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage – Contra legale Rechtsgewinnung im Verjährungsrecht", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2018, nº 9, pp. 401 y ss. También, M. J. MARÍN LÓPEZ, "La doctrina del TJUE...", *cit.*, pp. 88 y ss.; RUIZ ARRANZ, "The Commencement of Prescription...", *cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>76</sup> PIEKENBROCK, en § 199 BGB, en GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN, *Beck-Online Grosskommentar zum BGB*, 2022, Rn. 137.

<sup>77</sup> MÜLLER-CHRISTMANN, "Zumutbarkeit der Klageerhebung als ungeschriebene Voraussetzung des Verjährungsbeginns", en *Festschrift Bamberger zum. 70 Geburtstag*, Beck, 2017, pp. 235 y ss.

Supremo alemán) 28.10.2014 (XI ZR 348/13)<sup>78</sup> lo fija en el año 2011<sup>79</sup>. Sostiene que hasta 2004 existía una jurisprudencia consolidada que negaba al consumidor el derecho a reclamar la devolución de esos gastos. Por esa razón no era exigible que un consumidor interpusiera una acción. Pero a partir de 2010, y sobre todo en 2011, muchos tribunales regionales entienden ya que la cláusula de gastos es abusiva. Ha cambiado el escenario jurídico y no existe ya una jurisprudencia hostil que haga irrazonable interponer una demanda. Mas tarde dos sentencias del BGH de 13.5.2014 declaran por primera vez abusiva la cláusula de gastos. Pero el *dies a quo* no es el de estas sentencias, sino 2011. Hasta 2010 la jurisprudencia era abiertamente hostil a la pretendida reclamación de los gastos. Pero en ese año se dictan las primeras sentencias de los tribunales regionales que admiten la abusividad, por lo que desaparece esa hostilidad. Por eso, desde 2011 no es irrazonable que el acreedor (consumidor) litigue<sup>80</sup>. Por eso se fija el *dies a quo* en ese año.

Para la jurisprudencia alemana, lo relevante es que exista un contexto de litigación sobre la abusividad de la cláusula. Y eso puede suceder incluso aunque el Tribunal Supremo no haya dictado todavía una sentencia que declara abusiva esa cláusula, como expresamente lo indica la SBGH 28.10.2014.

A una conclusión similar ha llegado el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia de 20 de noviembre de 2020, en el caso *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v HMRC*<sup>81</sup>. El demandante solicitaba la devolución de un impuesto pagado, alegando error de derecho, al haber aplicado una normativa fiscal que discriminaba (vulnerando el Derecho de la Unión) entre empresas con sede en un Estado miembro y empresas con sede en otro. Según la ley inglesa sobre prescripción [sección 32(1)(c) de la Limitation Act 1980], en el supuesto de error el plazo prescriptivo se inicia cuando el acreedor descubre el error, o podía haberlo descubierto de haber actuado con diligencia razonable. En el caso de autos, la cuestión litigiosa es cuándo el actor pudo darse cuenta de que habían

---

<sup>78</sup> Un resumen de la sentencia en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Seite=1&nr=69202&pos=43&anz=196> [fecha de consulta: 23.4.2024]. Puede consultarse a texto completo en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Seite=1&anz=196&pos=43&nr=69425&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf> [fecha de consulta: 23.4.2024].

<sup>79</sup> En el mismo sentido, dos SSBGH 4.7.2017, disponibles en <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2017-7&nr=78794&pos=21&anz=22> [fecha de consulta: 23.4.2024].

<sup>80</sup> En palabras de la propia sentencia, “antes de 2011 no se podía esperar razonablemente que los prestatarios interpusieran una acción para obtener los gastos de tramitación injustamente cobrados” (SBGH 28.10.2014, ap. 55).

<sup>81</sup> Disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0228.html> [fecha de consulta: 23.4.2024]. Un breve comentario de la sentencia en RUIZ ARRANZ, “The Commencement of Prescription...”, *cit.*, pp. 23 y 24; SHEEHAN, “Mistake of law and limitation periods”, *Cambridge Law Journal*, 2021, nº 3, pp. 446 y ss.

pagado por error de derecho. En el caso *Deutsche Morgan Grenffell* (sentencia de 25 de octubre de 2006), el Tribunal Supremo había entendido que ese conocimiento no lo podía tener el acreedor (ni siquiera actuando con la diligencia debida) antes de que se dictara la STJUE 8.3.2001 (asunto C-398/98 y C-410/98), que declaró que la normativa fiscal británica era contraria al derecho europeo).

La sentencia *Test Claimants* cambia este criterio. Establece que la fecha relevante es "*when the test claimants could with reasonable diligence have discovered, to the standard of knowing that they had a worthwhile claim, that they had paid tax under a mistaken understanding that they were liable to do so*" (ap. 255). Lo decisivo, por tanto, es cuándo un actor pudo, conforme a una diligencia razonable, haber conocido, a la vista del estándar de conocimiento existente, que tenía una reclamación que valía la pena ejercitar, esto es, que había pagado el impuesto entendiendo erróneamente que estaba obligado a hacerlo. Como la propia sentencia aclara, esa cognoscibilidad (*discoverability*) puede existir antes de que el tribunal competente del máximo nivel ponga de manifiesto el error de derecho, declarando que la normativa británica es contraria al derecho europeo. Además, vincular la posibilidad de conocer el error de derecho a la fecha de esa sentencia definitiva conduciría a la paradoja de que el error de derecho nunca será conocido por el acreedor hasta que sabe que su reclamación prosperará<sup>82</sup>. Esa posibilidad de descubrir (cognoscibilidad) nace, por definición, antes de esa sentencia judicial<sup>83</sup>. Hay que destacar también que el test de cognoscibilidad se basa en parámetros objetivos, y no en los subjetivos de un concreto ciudadano<sup>84</sup>. Y que a estos efectos tiene enorme importancia la diligencia con la que actúa el acreedor (*reasonable diligence*)<sup>85</sup>.

La jurisprudencia inglesa, y en particular la alemana, puede ser útil para interpretar las acciones contempladas en la Directiva 93/13. Una cláusula predispuesta es potencialmente abusiva cuando existe un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula. La existencia de un escenario de ese tipo debe apreciarse conforme a parámetros objetivos. Existe un escenario de litigación en dos situaciones. En primer lugar, cuando los tribunales de instancia han dictado varias sentencias en las que se discute si la cláusula es o no abusiva. La presentación de numerosas demandas (que acaban en sentencias) evidencia que la discusión sobre el carácter abusivo de la cláusula está sobre la mesa. Lo relevante no es que esas sentencias sean favorables al consumidor, o que haya altas probabilidades de que el juez reputé abusiva la cláusula. También es indiferente si el Tribunal Supremo ya ha dictado una sentencia estimatoria. Lo decisivo es que exista un contexto de litigación bastante generalizado, que además sea cognoscible para un consumidor medio. En segundo lugar, también hay un escenario de litigación cuando, aun no existiendo muchas sentencias de

---

<sup>82</sup> Ap. 173 y ss. de la sentencia.

<sup>83</sup> SHEEHAN, "Mistake of law...", *cit.*, pp. 448.

<sup>84</sup> The discoverability "does not depend upon the characteristics of the particular claimant... And the test is objective" (ap. 255).

<sup>85</sup> La *reasonable diligence* es analizada en detalle en los ap. 203 y ss.

tribunales de instancia, el Tribunal Supremo dicta sentencia en la que analiza el carácter abusivo de esa concreta cláusula, aunque la sentencia la considera válida y no abusiva. En ese momento se plantea judicialmente, aunque no lo hayan hecho antes los tribunales de instancia, la cuestión de la abusividad de la cláusula, creando así un contexto que faculta a cualquier consumidor medio, informado de la promulgación de esa sentencia, a reclamar sus derechos por vía judicial.

Esta idea encaja perfectamente con el fundamento del principio de efectividad. Lo que el TJUE quiere evitar es que se considere prescrita una acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas cuando durante el plazo de prescripción el consumido jamás ha tenido la más mínima información sobre la posible abusividad de la cláusula. Pero si en algún momento el consumidor tiene noticia, por la vía que fuere, de que esa cláusula "puede" ser abusiva, una conducta diligente le obliga a actuar, a no permanecer impasible. Para ello no es preciso que exista una sentencia del Tribunal Supremo que declare la cláusula abusiva. Basta con que sepa que existe litigiosidad sobre la cláusula; que hay reclamaciones sobre ella. En ese momento una persona diligente puede fácilmente "proteger" su derecho de crédito: con una simple reclamación extrajudicial consigue interrumpir la prescripción y poner el contador del cómputo a cero.

Veamos algunos ejemplos. La nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario depende de si el consumidor antes de contratar pudo conocer los efectos económicos y jurídicos de la cláusula, esto es, cómo la cláusula iba a funcionar durante toda la vida del contrato. La STS 9.5.2013 declaró abusiva por falta de transparencia la cláusula suelo. A partir de ese momento surge un contexto de litigación sobre la abusividad de la cláusula suelo, que un consumidor puede conocer por la enorme difusión que tuvo esta sentencia. En el año 2018 o 2020 un consumidor medio, que concertó su préstamo en 2002, conoce que la cláusula suelo incluida en su préstamo hipotecario "puede" ser abusiva; pero no hay certeza de que lo "sea" hasta que en un concreto proceso judicial así se declare<sup>86</sup>. No obstante, la suerte de ese proceso judicial no afecta al plazo de prescripción, si se admite que desde hace años cualquier consumidor medio sabe que esa cláusula suelo es potencialmente abusiva ("puede" reputarse abusiva).

En relación con la comisión de apertura, la STS 44/2019, de 23.1.2019, entiende que supera el control de transparencia material y es válida. Más tarde, la STS 816/2023, de 29.5.2023, tras afirmar que ha de analizarse caso a caso, concluye que en el supuesto litigioso la comisión de apertura es válida. Lo relevante a efectos de prescripción no es que el consumidor sepa que la cláusula es abusiva porque así lo ha declarado el Tribunal Supremo (lo que, además, en este caso no ha sucedido), sino que "podría" ser declarada abusiva; esto es, que hay un debate jurídico, que ya ha llegado a oídos del consumidor medio, acerca de la posible abusividad de la

---

<sup>86</sup> Aunque si se declara nula en sentencia la cláusula se reputa nula desde que el principio (desde que se incluyó en el contrato), pues es una nulidad de pleno derecho.

cláusula. Que no exista una sentencia del Tribunal Supremo que la declare abusiva no impide que un consumidor medio pueda conocer hoy (año 2024) que la cláusula es potencialmente abusiva. De hecho, el escenario de litigación sobre la abusividad de esta cláusula existe, con seguridad, desde la STS 44/2019, o incluso antes, si se acredita que antes de enero de 2019 existía numerosas sentencias de instancia que versaban sobre esta materia. Reflexiones similares pueden hacerse en relación con la cláusula IRPH.

Un último ejemplo se refiere a la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving por no superar el control de transparencia material. Aunque todavía no existe una STS sobre la materia, se han dictado cientos de resoluciones de las Audiencias Provinciales analizando esta cuestión, unas a favor de la validez de la cláusula, otras en contra. Muchas de estas sentencias son del año 2021<sup>87</sup>. Es evidente que en el año 2021 ya existía un escenario de litigación sobre la abusividad de esta cláusula<sup>88</sup>.

Evidentemente, no basta con que exista un escenario de litigación sobre la abusividad de una concreta cláusula. Es necesario, además, que un consumidor medio pueda conocer, actuando con la diligencia exigible, que existe ese escenario (v. epígrafe X.3).

Si estas SSTJUE 25.4.2024 no exigen que exista "certeza" sobre la abusividad de la cláusula, ¿por qué se utiliza esta expresión en los ap. 35 y 59 STJUE(TS)? El ap. 35 establece que, si se fija el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades en la fecha en que deviene firme la sentencia judicial que aprecia que la cláusula es abusiva, "el consumidor tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de esa cláusula", y que, en tal caso, desde esa fecha "puede empezar a correr el plazo de prescripción". Esta afirmación es rigurosamente cierta. Pero afirmar que, si se designa la fecha de la sentencia declarativa como *dies a quo*, el consumidor sabe con certeza que la cláusula es abusiva, no significa, ni que en el derecho español deba designarse esa fecha como *dies a quo*, ni que la "certeza" sea imprescindible para que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. En cuanto al ap. 59, contiene una frase obvia, que también comparto: que un consumidor no puede deducir de una STJUE "certeza alguna sobre el carácter abusivo de una cláusula". Expresa una idea irrefutable. Pero de esta frase no cabe deducir que se exige "certeza" sobre la abusividad de la cláusula.

---

<sup>87</sup> Un análisis de la jurisprudencia más reciente, en MARÍN LÓPEZ, M. J., "El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, nº 45, pp. 68 y ss.; y "La información contractual (y no la precontractual) como elemento decisivo para la transparencia material del crédito revolving: jurisprudencia de las Audiencias Provinciales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2024, nº 49, pp. 48 y ss.

<sup>88</sup> O incluso antes, si se acredita que hay un número considerable de sentencias dictadas en 2019 o 2020.

Conviene destacar que el conocimiento sobre la posible abusividad ha de predicarse de una concreta cláusula, al margen de las demás cláusulas del contrato. Como los ejemplos expuestos ponen de manifiesto, para la cláusula suelo existe un escenario de litigación sobre su abusividad desde la STS 9.5.2013, y sin embargo en esa fecha no existe ese escenario en relación con la comisión de apertura. Cada cláusula lleva su propio desarrollo “judicial”, incluso aunque esas cláusulas estén incluidas en el mismo contrato de préstamo hipotecario. Por esa razón no puede compartirse el voto particular de la SAP Barcelona 62/2024, de 15.3.2014, cuando afirma que en el caso enjuiciado el consumidor ya había formulado una reclamación extrajudicial contra el mismo banco por la cláusula suelo, y que por eso desde ese instante el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos (ap. 29 del voto particular). A mi juicio, que un consumidor conozca el carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo (porque existe ya un escenario de litigación sobre su abusividad) en una fecha no significa que pueda conocer el carácter potencialmente abusivo de las demás cláusulas de ese contrato. El conocimiento potencial de la abusividad puede ser distinto (y de hecho lo es) de unas cláusulas a otras.

¿Cuándo existe un escenario de litigación sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos? Como es sabido, es la STS 705/2015, de Pleno, de 23.12.2015, la primera que declara su nulidad y ordena la cesación de su emplea. Las siguientes resoluciones sobre la materia son las SSTS 147/2018 y 148/2018, de Pleno, de 15.3.2018. Se ocupan de los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos sobre los impuestos. Más tarde, la STS 725/2018, de Pleno, de 19.12.2018, establece que cuando haya de restituirse al prestatario una cantidad de dinero tras la nulidad de la cláusula de gastos, deberá abonarsele el interés legal del dinero desde el momento en que el prestatario realizó el pago. Con fecha de 23 de enero de 2019 se dictan cinco sentencias (con número 44, 46, 47, 48 y 49) del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la cláusula de gastos. Estas sentencias son importantes porque se pronuncian por primera vez sobre los efectos concretos que la nulidad de la cláusula va a tener en relación con los gastos notariales, registrales y de gestoría: el prestatario tiene derecho a obtener la devolución de la totalidad de los gastos registrales, y de la mitad de los gastos de gestoría y de los gastos notariales, salvo las copias notariales, que las debe abonar quien las solicite. Después de dictarse la STJUE 16.7.2020 (que resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por juzgados de Palma de Mallorca y Ceuta), se publica la STS 457/2020, de 24.7.2020, en la que el alto tribunal confirma su doctrina sobre la distribución de los gastos entre prestamista y prestatario. Las STS 465/2020, de 14.9.2020 y 535/2020, de 15.10.2020, reiteran la doctrina establecida. Poco después, la STS 555/2020, de 26.10.2020, constituye la primera ocasión en la que el alto tribunal se pronuncia sobre los gastos de gestoría tras la STJUE 16.7.2020. El TS cambia su criterio y señala que estos gastos debe soportarlos exclusivamente el prestamista, por lo que el consumidor puede reclamar su íntegra devolución. Esta tesis se reitera en la STS 619/2020, de 17.11.2020. Ya en el año 2021, la STS 35/2021, de 27.1.2021, es la primera que versa sobre los gastos de tasación. Como estos gastos incumben al

prestamista, puede el consumidor solicitar que se le devuelvan, tras la nulidad de la cláusula de gastos<sup>89</sup>.

Antes de diciembre de 2015 no existía un escenario de litigación sobre la cláusula de gastos. Es verdad que antes de esa fecha se había dictado la SJM nº 9 de Madrid 8.9.2011 y la posterior SAP Madrid 242/2013, de 26.7.2013 (recurrida después en casación, dando lugar a la STS 23.12.2015). Pero no consta que se hubieran publicado un número suficiente de sentencias sobre la materia en los tribunales de instancia. No existía, pues, un contexto de litigación sobre esa cláusula.

La situación cambia radicalmente con la STS 705/2015, de 23.12.2015. Se trata de una sentencia de enorme relevancia, debido a que se trata de una sentencia de Pleno, a que la demanda fue interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), a que los demandados son dos importantes entidades de crédito (BBVA y Banco Popular), y a que en la demanda se solicita (y obtiene) la nulidad de muchas cláusulas predisuestas en contratos de préstamo.

Como se ha expuesto, un contexto de litigación sobre la abusividad de una cláusula puede surgir de dos maneras: porque los tribunales de instancia han dictado varias sentencias que analizan el carácter abusivo de esa cláusula, o porque, aun no existiendo muchas sentencias de tribunales de instancia, el Tribunal Supremo dicta sentencia sobre esa cuestión. En el caso de la cláusula de gastos estamos en esa segunda situación.

### **3. Conocer los derechos que la Directiva 93/13 le confiere al consumidor**

El consumidor debe conocer los derechos que le concede la Directiva 93/13. Aunque el TJUE no lo aclara, parece referirse al derecho a solicitar la declaración de nulidad de la cláusula y a reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas. A mi juicio, el consumidor puede conocer estos datos desde el mismo instante en que puede conocer que esa concreta cláusula es abusiva. Pues es el efecto típico de la consideración de una cláusula como abusiva, y cualquier consumidor medio tendría razonablemente que conocer esos datos.

Esta conclusión puede inferirse de las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024. La STJUE(TS) 25.4.2024 se refiere en numerosas ocasiones a que el consumidor conozca o pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula (ap. 34, 35, 36, 38, 47, 57). Pero en una única ocasión alude a que debe conocer "sus derechos" (ap. 37), es decir, los derechos que la Directiva le atribuye. Además, no hay en esta STJUE(TS) ninguna

---

<sup>89</sup> Un análisis detenido de esta jurisprudencia, en MARÍN LÓPEZ, M. J., "Cuestiones pendientes sobre la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios", en ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 143 y ss.

disquisición adicional al modo y manera en que puede conocer esos derechos. Por lo que cabe deducir que, conocido el carácter abusivo de la cláusula, el consumidor conoce también los derechos que la Directiva 93/13 le concede.

#### **4. ¿Debe el consumidor conocer los concretos gastos cuya restitución puede reclamar?**

No es necesario que el consumidor conozca la cuantía exacta de las cantidades que puede reclamar, o, en el caso de la cláusula de gastos, qué tipo de gastos (qué partidas) deben serle restituidos<sup>90</sup>. El TJUE no requiere que el conocimiento llegue hasta ese punto. Y si el TJUE no lo exige, tampoco debe exigirlo un tribunal español que aplique la doctrina del TJUE. Por esta razón, a efectos de prescripción carece de relevancia cuándo un consumidor medio conoce que el consumidor podía reclamar todos los aranceles registrales y la mitad de los notariales (lo que el Tribunal Supremo establece por primera vez en las cinco SSTS 23.1.2019); que puede reclamar todos los gastos de gestoría (como reconoce la STS 555/2020, de 26.10.2020, separándose de la doctrina sentada en la STS 44/2019, de 23.1.2019, que le permitía reclamar únicamente la mitad de estos gastos); o que puede pedir la devolución de todos los gastos de tasación (la primera sentencia que lo admite es la STS 35/2021, de 27.1.2021). También es intrascendente, a los efectos que nos ocupa, que haya habido un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre qué concretas cuantías son recuperables por el consumidor (como sucede con los gastos de gestión). Lo relevante es que un consumidor medio pueda conocer que la cláusula es potencialmente abusiva (esto es, que existe un contexto de litigiosidad sobre su abusividad) y que por ello puede pedir la devolución de cantidades. Y en relación con la cláusula de gastos, ese dato es cognoscible para un consumidor medio bastante antes de que se dictaran las SSTS 23.1.2019.

Que las SSTS 23.1.2019 son intrascendentes se infiere también de que, aunque en su cuestión prejudicial el Tribunal Supremo expresamente pregunta (en su segunda pregunta) sobre la relevancia que estas sentencias tienen para fijar el *dies a quo*, el TJUE reformula la pregunta, eliminando la referencia concreta a esas SSTS. Esta forma de proceder evidencia que para el TJUE carece de relevancia la fecha en la que el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre qué gastos debe soportar el prestamista y cuáles el consumidor.

En definitiva, debe rechazarse la tesis según la cual el plazo de prescripción empieza a correr con las SSTS 23.1.2019<sup>91</sup>, porque es en ese momento cuando el consumidor conoce qué concretas cantidades puede reclamar. Ni puede fijarse en esa fecha el

---

<sup>90</sup> RUIZ ARRANZ, "The Commencement of Prescription...", *cit.*, pp. 33; PÉREZ MORENO., "El Tribunal Supremo pregunta...", *cit.*, pp. 6.

<sup>91</sup> Defendida, por ejemplo, por BENDITO CAÑIZARES, "Las claves olvidadas... (Segunda Parte)", *cit.*, pp. 1316.

inicio del plazo de prescripción, ni es en ese momento cuando un consumidor medio puede conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos.

## **X. LA COGNOSCIBILIDAD POR EL CONSUMIDOR DEL CARÁCTER POTENCIALMENTE ABUSIVO DE LA CLÁUSULA**

### **1. Conocimiento real y conocimiento potencial (cognoscibilidad)**

La normativa o jurisprudencia nacional únicamente es compatible con el principio de efectividad si el consumidor "pudo conocer" el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva 93/13 antes de que expire el plazo de prescripción. Lo decisivo, por tanto, no es si efectivamente el consumidor conoció esos datos (conocimiento real), sino si podía haberlos conocido (conocimiento potencial). El criterio del conocimiento potencial ya había sido consagrado en anteriores pronunciamientos del TJUE<sup>92</sup>.

La regla del conocimiento potencial (o cognoscibilidad) ha sido tradicionalmente asumida para fijar el *dies a quo* del plazo prescriptivo en relación con los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Es el criterio establecido en modelos normativos internacionales (así, en los Principios de Derecho Contractual Europeo, Marco Común de Referencia, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales), en otros países europeos (como Francia, Reino Unido y Alemania) y también en el derecho catalán (art. 121-23.1 CC catalán) y navarro (Ley 23 del Fuero Nuevo). En el derecho común español ha sido expresamente admitida para los daños nucleares (art. 15.2 Ley 12/2011) y para los daños por prácticas restrictivas de la competencia (art. 74.2 Ley 15/2007); ambos se refieren al momento en que el acreedor conoció o haya podido "razonablemente tener conocimiento" de ello. Pero en esos términos ha sido interpretado el art. 1968.2º CC para todos los daños extracontractuales y el art. 143.1 TRLGDCU para los daños causados por productos defectuosos<sup>93</sup>. Desde hace años el Tribunal Supremo ha acogido el criterio del conocimiento potencial en la interpretación del art. 1969 CC. La formulación más acabada de esta regla está en la STS 1200/2023, de 21.7.2023: en nuestro derecho "*rige, pues, un criterio de conocimiento potencial (cognoscibilidad), según el cual el cómputo de la prescripción comienza cuando el demandante debió adquirir el conocimiento de la identidad de la persona causante del daño, deudora de su reparación o resarcimiento. Ello implica actuar con la diligencia exigible*".

Parece oportuno interpretar el conocimiento potencial del carácter abusivo de la cláusula de manera similar al conocimiento potencial de los hechos que fundamentan

<sup>92</sup> La expresión "pudo conocer" se utiliza ya en las SSTJUE 9.7.2020 (ap. 67), 16.7.2020 (ap. 91), 10.6.2021 (ap. 46) y 8.9.2022 (ap. 98).

<sup>93</sup> En detalle, MARÍN LÓPEZ, M. J., "El *dies a quo*...", *cit.*, pp. 162 y ss.

la pretensión. Por esa razón, el conocimiento potencial de la situación jurídica remite a la posibilidad “razonable” de conocerlos, o lo que es lo mismo, a una actuación diligente del acreedor (consumidor) encaminada a conocer el carácter abusivo de la cláusula. La diligencia exigible al acreedor, derivada de una actuación conforme a la buena fe, es el parámetro para valorar si el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula. Esta interpretación la asume la STJUE 16.7.2020, que se refiere a si el consumidor “podría *razonablemente* tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula” (ap. 91). Y es completamente asumida en las SSTJUE 26.5.2024, que en muchísimas ocasiones alude a si el consumidor conocía o “podía *razonablemente* tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula” (ap. 34, 38, 41, 42, 44, 47, 48 y 57 STJUE(TS) 25.4.2024). La “razonabilidad” remite a la diligencia exigible y a la buena fe en la averiguación de ese escenario de litigación sobre el carácter abusivo de la cláusula.

Esta idea ha sido recogida por el TJUE en las Conclusiones del asunto C-698/18 y C-699/18<sup>94</sup>. En ellas se indica que “puede exigirse al consumidor una determinada vigilancia respecto a la salvaguardia de sus intereses sin que se infrinjan el principio de efectividad o el derecho a la tutela judicial” (ap. 67). En relación con el plazo de prescripción de tres años del derecho rumano, que empieza a correr desde la fecha del cumplimiento íntegro del contrato, dispone que parece, en principio, dejar al consumidor, que desconoce sus derechos y/o el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tiempo suficiente para informarse sobre la legalidad de dichas cláusulas y evaluar si resulta oportuno ejercitar una acción judicial” (ap. 73). Pareciera, pues, que el consumidor tiene la carga de informarse sobre el alcance jurídico de las cláusulas contractuales que integran el contrato.

La STJUE 25.1.2024 no llega tan lejos, pues se limita a señalar que un consumidor no tiene por qué conocer la jurisprudencia nacional sobre cláusulas abusivas y que, de hecho, no cabe presumir que la conozca. En parecidos términos se expresa la STJUE(TS) 25.4.2024: no puede exigírsele a un consumidor que se mantenga informado, por iniciativa propia, de las sentencias del tribunal supremo nacional. Pero ello no impide sostener que, según la doctrina del TJUE, hay que tomar en consideración si el consumidor pudo razonablemente conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula, y que ello remite a su actuación diligente.

## 2. El parámetro del consumidor medio

El consumidor tiene que poder conocer el carácter abusivo de la cláusula. ¿Pero a qué consumidor nos referimos? ¿A ese concreto consumidor que celebra el contrato o al consumidor medio? La STJUE 25.1.2024 no se ocupa de esta materia, porque la

---

<sup>94</sup> Que luego dan lugar a la STJUE 9.7.2020.

AP Barcelona no le pregunta<sup>95</sup>. Tampoco otras sentencias anteriores del TJUE analizan esta cuestión. Pero sí lo hacen las dos SSTJUE 25.4.2024, que aluden en varias ocasiones al “consumidor medio” (ap. 49, 52 y 59 STJUE(TS) 25.4.2024). También el Tribunal Supremo parece admitir que el indicador relevante es el del consumidor medio (FJ 5, ap. 3 de la cuestión prejudicial planteada al TJUE).

Hoy ya no hay dudas de que lo relevante es que el consumidor medio pueda conocer el carácter abusivo de la cláusula. La referencia, por tanto, es la del consumidor medio, en la configuración que del mismo ha hecho el TJUE: un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Esta definición ha sido tradicionalmente utilizada por el TJUE en dos ámbitos: para averiguar si las menciones publicitarias pueden inducir a error al consumidor y son, por ello, prácticas comerciales desleales; y para decidir si una cláusula predispuesta que se refiere al objeto principal del contrato supera el control de transparencia material, lo que sucede cuando el consumidor (medio) conoce, en el momento de celebrar el contrato, los efectos económicos que produce durante toda la vida del contrato. Ahora se emplea también para valorar el respeto al principio de efectividad de una norma o jurisprudencia nacional sobre prescripción.

Que la referencia sea la del consumidor medio no significa que sea irrelevante si ese concreto consumidor conocía o podía conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula. Pues si queda acreditado por cualquier medio que ese específico consumidor pudo conocer ese dato, habrá que tomar en consideración la fecha en que él pudo tener ese conocimiento, con independencia de que un consumidor medio todavía no lo haya podido conocer. Esta regla, que se ha aplicado en sede de transparencia material, es igualmente aplicable en el caso que nos ocupa<sup>96</sup>.

En otro lugar he defendido, con argumentos que ahora no procede reproducir, que, como el consumidor no es un profesional del derecho, el dato decisivo es si un asesor jurídico o profesional del derecho razonablemente informado podía conocer que la cláusula es abusiva o, más exactamente, podía ser declarada abusiva, teniendo en

---

<sup>95</sup> Para la AP Barcelona es claro que ha de tomarse como referencia al consumidor medio (FJ 5º, ap. 7, 10 y 11 de la cuestión prejudicial), como indica el propio TJUE al exponer la argumentación del órgano remitente (ap. 36 de la STJUE: el órgano remitente pregunta “qué información debe estar a disposición de un consumidor medio”).

<sup>96</sup> En relación con la cláusula suelo, es doctrina jurisprudencial que, si el concreto consumidor que celebra el préstamo es un experto o tiene conocimientos específicos sobre esa materia, debía conocer las consecuencias económicas de esa cláusula, y por eso la cláusula ha de reputarse transparente. Por esta razón, se considera transparente esta cláusula cuando el prestatario trabaja como empleado de banca (SSTS 642/2017, de 24.11.2017; 130/2023, de 31.1.2023), ha sido subdirector de esa sucursal bancaria (STS 605/2019, de 12.11.2019), es abogado experto en reclamaciones bancarias (STS 581/2022, de 26.7.2022), es el consejero delegado de la promotora en cuyo préstamo se subroga (STS 856/2022, de 30.11.2022), o cuando el préstamo se celebra con la intermediación de un asesor financiero, que asesora al prestatario (STS 79/2022, de 2.2.2022). De las circunstancias personales que concurren en la celebración se infiere que el prestatario podía conocer los efectos económicos de la cláusula, aunque no haya recibido información del prestamista.

cuenta el escenario jurídico de litigación existente<sup>97</sup>. Esta tesis se sustentaba en la idea de que la posibilidad de conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula debía entenderse de manera similar a como lo hace la jurisprudencia alemana, que para fijar el plazo de prescripción toma en consideración si un consumidor, con la ayuda de un asesor jurídico, podría conocer el carácter abusivo de la cláusula, al existir un contexto de litigación en los tribunales de justicia sobre su abusividad que no podría ser ignorado por un abogado diligente. No era descabellado pensar que, dada la influencia del derecho alemán en el TJUE, la jurisprudencia alemana podía servir para interpretar la doctrina del TJUE.

Hoy, sin embargo, esta tesis debe desecharse, por dos razones<sup>98</sup>. En primer lugar, porque las nuevas SSTJUE se refieren claramente al consumidor. Así, la STJUE 25.1.2024 presume que el consumidor (y no otro sujeto) no conoce la jurisprudencia nacional sobre cláusulas abusivas (ap. 59). Y más clara todavía es la STJUE(TS) 25.4.2024, que contiene una serie de presunciones sobre lo que el consumidor conoce o desconoce (ap. 48, 49, 52, 57). Y en segundo lugar, porque así resulta de la STJUE 8.9.2022. En ella se discute si es contraria a la Directiva 93/13 la norma rumana que establece un plazo de prescripción de diez años que, en el caso de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en virtud de una cláusula abusiva, empieza a correr desde la fecha de abono de cada prestación (cuota mensual). El TJUE repite su doctrina acerca de que “un plazo de prescripción únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o expirase” (ap. 98). Pero aclara que hay que estar a si el consumidor conoce “por sí mismo” el carácter abusivo de la cláusula (ap. 97 y 100). La expresión “por sí mismo” pone de manifiesto que el parámetro de referencia es el propio consumidor medio, y no lo que un tercero (asesor jurídico) pueda conocer.

### **3. Cognoscibilidad sobre la existencia de un escenario de litigación relativo a la abusividad de una cláusula**

Se garantiza el principio de efectividad si el consumidor conoció o pudo conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo prescriptivo expire. Por lo tanto, el consumidor debe poder conocer (cognoscibilidad) el carácter potencialmente abusivo de la cláusula, es decir, que existe un escenario de litigación acerca de si esa concreta cláusula es o no abusiva. Ya se ha examinado cuándo existe ese escenario de litigación (v. epígrafe IX.2). Pero no basta con ese contexto de litigación. Es preciso, además, que pueda ser conocido por el consumidor medio.

---

<sup>97</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “La doctrina del TJUE...”, *cit.*, pp. 111 y 112.

<sup>98</sup> En contra, RUIZ ARRANZ, “The Commencement of Prescription...”, *cit.*, pp. 28, quien considera que la posibilidad de conocer el carácter abusivo de la cláusula predispuesta debe interpretarse de manera similar a la jurisprudencia alemana, tomando como referencia el conocimiento de un asesor jurídico.

¿Cuándo puede un consumidor medio conocer que existe un escenario de litigación sobre la abusividad de una concreta cláusula? Será necesario atender a todas las circunstancias que concurren en esa específica situación, y determinar si un consumidor, actuando con la diligencia exigible, estaría en condiciones de conocer que existía un contexto de litigiosidad sobre esa cláusula. Hay que tener en cuenta que “el principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor interesado” (STJUE 13.7.2023, ap. 28, reproducido después en la STS 565/2024, de 25.4.2024). Eso significa que el consumidor, que debe actuar con una diligencia razonable, no puede simplemente esperar a que le lleguen noticias ciertas sobre la posible abusividad de esa cláusula. Lo que no significa que tenga que llevar a cabo “actividades propias de la investigación jurídica” (STJUE(TS) 25.4.2024, ap. 49). Pero sí se le exige cierto comportamiento proactivo cuando le llega información sobre el posible carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato que él sabe que ha celebrado.

La cognoscibilidad de ese escenario de litigación no se vincula necesariamente al momento en el que la prensa o los medios de comunicación generalistas informan sobre los problemas que presenta una concreta cláusula. Difusión que, además, normalmente se produce cuando el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia sobre ese asunto. Pero es cierto que la publicidad y la difusión de información sobre la posible abusividad de una cláusula puede provocar que un consumidor se pregunte si su contrato contiene una cláusula de ese tipo. Ello sucederá, en particular, con cláusulas que imponen obligaciones al consumidor que este ya ha ejecutado (como sucede con la cláusula de gastos); porque el consumidor es consciente (y recuerda) que hizo esos abonos.

Esa idea encaja perfectamente con lo dispuesto en la STJUE(TS) 25.4.2024 (ap. 49), que establece que la jurisprudencia del TS, “siempre que goce de publicidad suficiente”, puede permitir que un consumidor medio tenga conocimiento de que una cláusula de su contrato es abusiva. Lo mismo sucederá cuando, aunque no se haya dictado una sentencia del TS, existe un escenario de litigación debido a multitud de sentencias de tribunales de instancia sobre la abusividad de una cláusula que también han tenido una “difusión suficiente” (eso ha sucedido, por ejemplo, con la transparencia de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving).

Un consumidor medio español no conoce la jurisprudencia publicada en el CENDOJ. Pero sí tiene la posibilidad de conocer una importante sentencia del alto tribunal por la enorme difusión que ha tenido en círculos que van más allá de los estrictamente jurídicos<sup>99</sup>. Puede conocer por los medios de comunicación generalistas o por otras vías (medios de información digitales, redes sociales) que los tribunales han dictaminado que una concreta cláusula de un contrato es nula y puede reclamarse la

---

<sup>99</sup> PÉREZ MORENO, “El Tribunal Supremo pregunta...”, *cit.*, pp. 11 y ss.; DURÁN RIVACOBÁ, “La viabilidad de la prescripción...”, *cit.*, pp. 7; SÁNCHEZ GARCÍA, “¿Ha zanjado...”, *cit.*, pp. 6; SÁNCHEZ GARCÍA, “Pendientes de que el Supremo...”, *cit.*, pp. 5.

devolución del dinero pagado. Por esa "publicidad suficiente" se origina un escenario de litigación generalizada sobre la validez de esa cláusula, que el consumidor medio conoce.

La SAP Barcelona 62/2024 lo explica de forma espléndida: *"el hecho de que nuestro consumidor medio informado no tenga por qué conocer la jurisprudencia no excluye que pueda estar informado sobre ella cuando concurren circunstancias excepcionales que hayan podido determinar una difusión de la doctrina de los tribunales de carácter extraordinario, esto es, que haya ido mucho más allá de los círculos profesionales, como alega la recurrente que ha ocurrido en nuestro caso. Esa difusión ha debido tener un grado de intensidad suficientemente grande como para que nuestro consumidor medio haya debido o podido tomar conciencia de sus derechos"* (ap. 10). Y añade que, *"al utilizar como parámetro subjetivo de referencia el consumidor medio y no cada uno de los concretos consumidores demandantes, el esfuerzo probatorio que será preciso desarrollar debe estar relacionado con la probabilidad de que el consumidor medio, atendidas todas las circunstancias del caso, hubiera podido conocer razonablemente su derecho. Y, atendido que al consumidor medio no se le pueden exigir los conocimientos de un jurista, debemos entender que bastará que haya podido adquirir conciencia acerca de las altas probabilidades de éxito de su reclamación. Por tanto, bastará que exista un conocimiento potencial (cognoscibilidad), como se expresa por la STS 1200/2023, de 21 de julio"* (ap. 11).

Comparto esta argumentación, con la salvedad de que, a mi juicio, no es necesario que el consumidor sepa que su reclamación tendría "altas probabilidades de éxito". En realidad, basta con que sepa que podría reclamar la abusividad de la cláusula (con mucho o poco éxito). Porque si sabe que la cláusula podría ser abusiva, le bastaba con una simple reclamación extrajudicial para estar adecuadamente protegido, porque con esa reclamación interrumpe la prescripción.

Lo decisivo no es que el Tribunal Supremo haya reconocido que esa cláusula es abusiva, sino que exista un contexto de litigación generalizada sobre la nulidad de la cláusula, de manera que un consumidor medio puede conocer que podría solicitar en los tribunales su nulidad y la consiguiente devolución de cantidades. Y ese conocimiento puede tenerlo un consumidor medio incluso antes de que el Tribunal Supremo haya dictado una sentencia favorable (como puede suceder, por ejemplo, con la comisión de apertura o la cláusula IRPH). Lo decisivo es que, de las circunstancias concurrentes en relación con esa concreta cláusula, un consumidor medio pueda conocer que cabe discutir en los tribunales la abusividad de la cláusula, aunque no haya seguridad de que gane el pleito. Por lo tanto, ni la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo provoca automáticamente el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula, ni la inexistencia de una sentencia del Tribunal Supremo admitiendo el carácter abusivo de la cláusula impide que un consumidor medio pueda conocer que la cláusula es potencialmente abusiva. Habrá que estar a las circunstancias del caso para dilucidar si, con o sin sentencia favorable

del Tribunal Supremo, un consumidor medio podía razonablemente saber que podía discutirse ante los tribunales el carácter abusivo de la cláusula.

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.

Así, en relación con la acción de nulidad por dolo o error, es doctrina consolidada que el plazo de cuatro años de caducidad empieza a correr desde que el contrato se consumó, esto es, desde que el contratante que alegue el dolo o error haya recibido de la otra parte su prestación esencial, siempre que el contratante que sufre el vicio conozca o haya podido tener conocimiento de la existencia del dolo o el error. Aplicando esta regla a las relaciones contractuales complejas, como son las derivadas de contratos bancarios financieros o de inversión, el plazo empieza a correr, no desde que se materializan de forma efectiva los riesgos (pe., suspensión de la liquidación de beneficios o aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB), sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación<sup>100</sup>.

Partiendo de estas premisas, la STS 998/2023, de 20.6.2023, analiza cuál es el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de anulación de la orden de compra de participaciones preferentes objeto de un canje acordado por el FROB. Se discute si el cliente pudo conocer ese dato la fecha de la resolución del FROB sobre híbridos de capital y deuda subordinada de Catalunya Banc (7.6.2013) o la fecha en la que, en ejecución de esa resolución, se procedió al canje de las participaciones preferentes de Catalunya Banc por acciones de dicha entidad (9.7.2013). La pregunta es relevante porque, si se toma en consideración la primera fecha, la acción estaría caducada, al haberse presentado la demanda el 7 de julio de 2017. Entiende el TS que esta resolución del FROB “no puede considerarse sorpresiva, de modo que pudiera pasar inadvertida para los afectados, sino que constituía un hito importante tras un periodo de noticias que permitían que los afectados pudieran estar alerta sobre lo preocupante de la situación de su inversión, que provocó protestas y manifestaciones de los afectados, de modo que la citada resolución del FROB, que no solo fue publicada oficialmente sino que fue ampliamente difundida y comentada en los medios de comunicación, permitió a los afectados ser plenamente conscientes de los riesgos que conllevaba la contratación de las participaciones preferentes de Caixa Catalunya”. No especifica el TS en qué momento exacto el cliente pudo conocer esa información. Pero parece indicar que fue pocos días después de publicarse la resolución del FROB, en concreto cuando se difundió en los medios de comunicación. En consecuencia, una noticia “ampliamente difundida y comentada en los medios de comunicación” es conocida por cualquier cliente (el cliente “medio”), y desde ese momento cabe sostener que hay cognoscibilidad.

---

<sup>100</sup> SSTs 734/2016, de 20.12.2017; 401/2017, de 27.6.2017; 204/2019, de 4.4.2019; 573/2022, de 18.7.2022; y 600/2022, de 14.9.2022.

El conocimiento generalizado de la información publicada en los medios de comunicación también es tenido en cuenta por el Tribunal Supremo en sus sentencias relativas a los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo. Según el Tribunal Supremo, para que el acuerdo novatorio sea válido el consumidor debe prestar un consentimiento libre e informado sobre el carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial y sobre las consecuencias que ello conlleva. El Tribunal Supremo considera que el consumidor (cualquier consumidor), cuando celebró el acuerdo novatorio, sabía que su contrato de préstamo tenía una cláusula suelo (porque *"sabía cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores"*; por todas, STS 442/2022, de 31.5.2022; FJ 3º, ap. 4, párr. 5) y sabía que esa cláusula suelo era potencialmente abusiva y nula por falta de transparencia. La STS 580/2020, de 5.11.2020, lo explica de la siguiente forma, acuñando una regla que ha sido repetidamente utilizada en decenas de sentencias posteriores: *"Lógicamente, hemos de partir de las concretas circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia."* (FJ 3º, ap. 6, párr. 3). Se utiliza el mismo argumento que ya había usado la STS 205/2018, de 11.4.2018: dada la difusión mediática de la STS 9.5.2013, era un hecho notorio que la cláusula suelo del préstamo hipotecario podía ser nula por falta de transparencia. Cualquier consumidor conocía ese dato; y también, por tanto, ese concreto consumidor que firma con su banco el acuerdo novatorio<sup>101</sup>.

El conocimiento potencial del consumidor acerca del escenario de litigación sobre la abusividad de una cláusula puede juzgarse también con la doctrina de la diligencia exigible al acreedor, que en ocasiones requiere que este consulte a un experto. Como es sabido, el conocimiento potencial exige al acreedor actuar con la diligencia necesaria para averiguar los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Pero hay casos en los que, aunque actúe con esa diligencia, no puede por sí mismo conocer esos hechos. Si cualquier otra persona en la situación del acreedor hubiera solicitado un dictamen para averiguar los hechos que fundamentan la pretensión (pe., un dictamen a un arquitecto, para que determine cuál es la causa de las grietas que sufre la vivienda y quién es su

---

<sup>101</sup> En realidad, esta doctrina del TS no es suficiente para considerar válido el acuerdo novatorio, porque ese aludido "conocimiento generalizado" de los consumidores no puede sustituir a la obligación impuesta en el ATJUE 1.6.2021 (ap. 37) al prestamista de informar al consumidor, antes de celebrar el acuerdo novatorio, de que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula. En los casos resueltos por el Tribunal Supremo no está acreditado que el prestamista facilitara esa información. Al contrario, muchos acuerdos novatorios afirman justamente de lo contrario, al establecer que las cláusulas del préstamo inicial son válidas, y que se ratifica su validez mediante la firma del acuerdo novatorio (sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M. J., "La jurisprudencia del tribunal supremo relativa a los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo", *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, nº 3, pp. 107 y ss.).

responsable; STS 602/2021, de 14.9.2021), la exigencia de que el acreedor actúe con la diligencia debida requiere que consulte a un experto<sup>102</sup>. Si no le consulta el plazo prescriptivo corre, porque ha actuado negligentemente. En cambio, si le consulta el plazo no se inicia hasta que el experto elabore el dictamen e informe al acreedor de los hechos que fundamentan la pretensión. Esta doctrina ha sido asumida por el Tribunal Supremo<sup>103</sup>.

Esta doctrina puede aplicarse al conocimiento potencial del escenario de litigación sobre la abusividad de una cláusula. Cuando un consumidor (acreedor) tiene la más mínima noticia de un contexto de litigación sobre la posible validez/nulidad de una cláusula, una conducta diligente le debe llevar a consultar a un experto en la materia (abogado o asesor jurídico). El abogado le informará que, efectivamente, existe ese escenario de litigación, ya sea porque los tribunales de instancia han dictado sentencias sobre esta materia, ya sea porque el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la misma. De este modo el consumidor podrá confirmar esa información jurídica que había llegado a su conocimiento, aunque fuera de manera superficial y poco detallada. Obviamente, es irrelevante si el abogado le aconseja (o no) interponer una demanda judicial. Lo decisivo es que el consumidor sabía, incluso antes de acudir a un asesor jurídica, que había un escenario de litigación sobre esa cláusula. Por lo que desde ese instante el plazo de prescripción (que estaba suspendido) vuelve a correr de nuevo.

#### **4. Cláusula potencialmente abusiva y presunciones de conocimiento/desconocimiento establecidas en las SSTJUE de 25 de abril de 2024**

Admitido que un consumidor medio puede conocer el carácter potencialmente abusivo de una cláusula antes de que el consumidor haya obtenido una sentencia que la repute abusiva (ap. 38 y 41 STJUE(TS) 25.4.2024), en particular, cuando conoce que existe un contexto de litigación sobre la abusividad de esa concreta cláusula, la cuestión más difícil de resolver es cuándo un consumidor medio podría razonablemente alcanzar ese conocimiento. La AP Barcelona pregunta expresamente al TJUE qué circunstancias pueden ser tomadas en consideración a estos efectos. Pero la STJUE 25.1.2024 no lo aclara. Pues únicamente señala que la simple existencia de una jurisprudencia nacional que declara abusiva esta cláusula no supone automáticamente que el consumidor medio la conozca (ap. 59). El hecho de que el TJUE guarde silencio se debe, a mi juicio, a la idea de que es una cuestión que

---

<sup>102</sup> Como señala la STS 1200/2023 de 21.7.2023, "la diligencia exigible... en determinados casos requiere incluso la consulta a un experto".

<sup>103</sup> SSTs 190/2008, de 11.3.2008; 501/2009, de 29.6.2009; 454/2016, de 4.7.2016; 604/2017, de 10.11.2017; 94/2019, de 14.2.2019; y 602/2021, de 14.9.2021. Sobre el particular, v. MARÍN LÓPEZ, M. J., "El papel de los dictámenes de expertos en la prescripción de la acción de indemnización de daños", *CCJC*, 2022, nº 119, § 3043, pp. 71 y ss.

incumbe al derecho nacional. Por lo tanto, es el tribunal nacional el que debe determinar qué circunstancias han de tenerse en cuenta para valorar si un consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula.

Sin embargo, las SSTJUE 25.4.2024 sí dedican algunos apartados a esta materia. Estas resoluciones contienen varias presunciones de conocimiento, o más exactamente, presunciones de desconocimiento (se presume que el consumidor no conoce ciertos datos). Presunciones a las que a veces se unen determinadas afirmaciones.

El régimen es el siguiente:

(i) Se presume que el consumidor no conoce ni puede razonablemente conocer el carácter abusivo de una cláusula por el hecho de que el TS nacional haya dictado una sentencia que declara abusiva esa cláusula. Y es que a un consumidor “no puede exigírsele... que se mantenga regularmente informado, por iniciativa propia, de las resoluciones del tribunal supremo nacional” que declaren abusivas cláusulas de contratos (ap. 52 STJUE(TS) 25.4.2024). No cabe esperar que un consumidor “lleve a cabo actividades propias de la investigación jurídica” (ap. 49). En definitiva, la simple existencia de esa STS no implica automáticamente que el consumidor pueda conocerla. Esta idea ya estaba recogida en la STJUE 25.1.2024.

(ii) Se presume que un consumidor no conoce ni puede razonablemente que su contrato tiene una cláusula como la que el TS ha declarado abusiva. A un consumidor medio “no puede exigírsele que determine, a partir de una sentencia de un tribunal supremo nacional, si unas cláusulas como las incorporadas a un contrato específico son abusivas” (ap. 52). O lo que es lo mismo, “no cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de una cláusula tipo que el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva” (ap. 48).

(iii) “El pronunciamiento de sentencias de un tribunal supremo nacional que aprecian que ciertas cláusulas tipo son abusivas no puede implicar, por sí solo, que un consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula similar de un contrato que él ha celebrado con un profesional es abusiva” (ap. 57).

(iv) “La jurisprudencia de un tribunal supremo de un Estado miembro, siempre que goce de publicidad suficiente, puede permitir que un consumidor medio tenga conocimiento de que una cláusula tipo incluida en el contrato que ha celebrado con un profesional es abusiva” (ap. 49).

Conviene advertir que estos pronunciamientos del TJUE carecen de justificación. El TJUE elabora unas presunciones sobre si el consumidor conoce o desconoce el carácter abusivo de la cláusula. Se trata de presunciones sobre hechos. Pero el TJUE no tiene competencias para establecer reglas sobre pruebas de hechos, o sobre

presunciones de hechos. Eso es materia de derecho procesal que, según la propia doctrina del TJUE, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado. En consecuencia, el TJUE se extralimita cuando incluye en estas dos SSTJUE 25.4.2024 estas reglas.

Más allá de esto, comparto plenamente la idea recogida en el punto (i). No cabe presumir que un consumidor conoce la jurisprudencia del TS sobre cláusulas abusivas. Por eso un consumidor no conoce el carácter abusivo de la cláusula por el simple hecho de que el TS haya dictado una sentencia que declara esa cláusula abusiva. Pero ello no impide que el consumidor pueda conocer el carácter abusivo de esa cláusula por otros medios. El TJUE establece una presunción, que puede ser destruida mediante prueba en contrario.

Lo mismo cabe predicar de la presunción recogida en el punto (ii). Aunque el consumidor conozca que el TS ha declarado abusiva una cláusula, eso no implica que automáticamente sepa que en su contrato hay una cláusula equivalente a la declarada abusiva por el TS. Por haber conocido que el TS reputa nula una cláusula de un contrato de préstamo, un consumidor no va automáticamente a deducir (conocer) que en su contrato hay una cláusula de este tipo. Pero de nuevo se trata de una presunción, por lo que puede probarse lo contrario. Es decir, pueden concurrir circunstancias de las que razonablemente queda inferir que el consumidor sí podía tener conocimiento de ese hecho.

En cualquier caso, esta última presunción poco tiene que ver con el conocimiento de que la cláusula es potencialmente abusiva. Lo relevante es que el consumidor conozca (pueda conocer) que existe ya un escenario de litigación sobre la abusividad de esa concreta cláusula. El principio de efectividad requiere que no sea imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en la Directiva 93/13, y estos patrones se respetan cuando el consumidor conoce, como cualquier ciudadano medio, que hay un debate en los tribunales sobre si esa cláusula es o no abusiva, sin llegar al extremo de que el consumidor deba saber que en su concreto contrato hay una cláusula semejante.

Por estas mismas razones tienen escasa trascendencia las ideas recogidas en los ap. 50 y 51. Se dice que una sentencia del tribunal supremo nacional no permite declarar abusivas *ipso facto* todas las cláusulas de esa clase incluidas en el conjunto de contratos celebrados por los consumidores, sino que hay que acudir a un proceso judicial propio para que se declare abusiva la cláusula de ese específico contrato (ap. 50). Aunque esta afirmación sea cierta, es irrelevante para el caso que nos ocupa. Pues el conocimiento del carácter potencialmente abusivo de la cláusula no requiere que existe "certeza" sobre la abusividad de la cláusula inserta en ese concreto contrato con ese consumidor. Lo mismo sucede con la idea recogida en el ap. 51: para declarar abusiva una cláusula hay que hacer un examen de todas las circunstancias que concurren en su celebración, en particular cuando se juzga la transparencia de la cláusula. Insisto en que, aunque así fuera, eso no tiene ningún

efecto en relación con el plazo de prescripción. Porque lo decisivo no es si un consumidor tiene la certeza de que la cláusula de su contrato es realmente abusiva (certeza que únicamente existe cuando una sentencia la reputa abusiva), sino si existe un contexto de litigación generalizado sobre la abusividad de ese tipo de cláusula, al margen de que ese consumidor haya interpuesto o no una demanda relativa a su propio contrato.

El punto (iii) no se presenta como una presunción, pero puede configurarse como tal. De hecho, cabe entender que este punto recoge las presunciones (i) y (ii): se presume que el pronunciamiento del tribunal supremo “no implica por sí solo que un consumidor conozca o pueda conocer que una cláusula similar de un contrato que él ha celebrado con un profesional es abusiva” (ap. 57). Una STS no produce “por sí sola” ese conocimiento en un consumidor medio. Pero sí puede provocarlo si concurren otra serie de circunstancias.

Una formulación *a contrario* de esta misma idea se recoge en el punto (iv): “la jurisprudencia de un tribunal supremo de un Estado miembro, siempre que goce de publicidad suficiente, puede permitir que un consumidor medio tenga conocimiento de que una cláusula tipo incluida en el contrato que ha celebrado con un profesional es abusiva” (ap. 49). El razonamiento es lógico. Aunque una STS por sí sola no permite a un consumidor medio adquirir conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, ese conocimiento sí puede tenerlo “siempre que [la STS] goce de publicidad suficiente”. Esa “publicidad suficiente” es una vía para destruir la presunción de desconocimiento. Pueden existir otras, pero esta es sin duda la más importante.

En conclusión, ninguna de las presunciones establecidas en las SSTJUE 25.4.2024 permiten extraer consecuencias diferentes a las recogidas en el epígrafe X.3. Más bien al contrario.

## **5. La fecha en que el consumidor medio pudo conocer que existía un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula de gastos**

La pregunta clave es cuándo un consumidor medio pudo conocer, actuando con la diligencia debida, que existía un escenario de litigación sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos. Ya se ha indicado que ese escenario surgió justo cuando se dictó la STS 705/2015, de 23.12.2015. ¿Pero cuándo pudo un consumidor medio tener conocimiento de esta sentencia?

La fijación de una fecha concreta es una tarea delicada. que sin duda provocará dudas en los tribunales, como la propia SAP Barcelona 62/2024 reconoce (ap. 13). En cualquier caso, como es el prestamista demandado el que alega la excepción de prescripción, a él incumbe la carga de probar que en un determinado momento el consumidor podía conocer ese contexto de litigación.

Se ha cuestionado si esa situación concurría ya en mayo del año 2013, cuando el Tribunal Supremo dicta su famosa sentencia en la que declara no transparente y abusiva la cláusula suelo (STS 241/2013). Esta sentencia tuvo un extraordinario impacto en la opinión pública. Con ella se generó un debate sobre la validez de las cláusulas incluidas en los préstamos hipotecarios; debate que no sólo incumbe a los profesionales jurídicos (abogados), sino que trasciende en cierto modo a los consumidores. Sin embargo, es evidente que la enorme trascendencia mediática de esta sentencia no permitió a un consumidor medio en esa época (año 2013) conocer que la cláusula de gastos era potencialmente abusiva. Ese conocimiento potencial sí podría predicarse, en su caso, respecto a la cláusula suelo, pero no en relación con otra cláusula como la cláusula de gastos. Además, ¿cómo va un consumidor medio a conocer una situación (el contexto de litigación sobre la cláusula de gastos) que en realidad surge tras la STS 23.12.2015?

¿Cuándo pudo un consumidor medio conocer que se había dictado una sentencia importante (del Tribunal Supremo) que había declarado nula la cláusula que imponía al cliente el pago de todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario?

El punto de partida es que, como ha señalado el TJUE, se presume que un consumidor no conoce una sentencia del Tribunal Supremo por el simple hecho de haberse dictado. Pero que sí puede conocerla por otras vías; por ejemplo, porque la sentencia tenga una “publicidad suficiente” (STJUE(TS) 25.4.2024, ap. 49).

La STS 23.12.2015 se hace pública el 21 de enero de 2016, día en el que se publica en la web del Consejo General del Poder Judicial, junto a una nota explicativa del Gabinete Técnico<sup>104</sup>. Estas “notas explicativas” únicamente se elaboran y publican cuando se trata de sentencias relevantes. Esta es, ciertamente, una sentencia de vital importancia, por las partes en conflicto (la OCU contra dos importantes entidades de crédito) y por su trascendente fallo (se declara abusivas muchas cláusulas de préstamos hipotecarios). En cualquier caso, la simple publicación de la sentencia ese día en la web del CGPJ no permite entender que un consumidor medio podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos.

Hay que tener en cuenta, además, que la sentencia es resultado del ejercicio por la OCU de una acción colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y ello puede tener consecuencias en relación con la publicidad de la sentencia. En estos casos, los arts. 21 LCGC y 221.2 LEC facultan al tribunal para acordar la publicación de la sentencia en un periódico, si lo estima procedente. Y esto es precisamente lo que hace el Juzgado de lo Mercantil que dicta sentencia en primera instancia: condena a la “publicación, a costa de las demandadas, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro

---

<sup>104</sup> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Supremo-anula-varias-clausulas-en-contratos-de-consumidores-con-el-BBVA-y-Banco-Popular-por-considerarlas-abusivas>  
[fecha de consulta: 18.4.2024].

Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia, a criterio del juzgador”.

La STS 23.12.2015 tuvo un enorme (e inmediato) impacto en la sociedad española. Nada más hacerse pública, los medios de comunicación generalistas dieron noticia de la nulidad de esta cláusula. En prensa, radio y televisión fueron muchas las ocasiones en las que se informó de ello. Además, la entidad demandante (OCU) comenzó una intensa campaña publicitaria a través de su página web, boletines periódicos y redes sociales, con la finalidad de “captar” consumidores a los que representar en sus correspondientes reclamaciones o procesos judiciales. Otras asociaciones de consumidores y despachos de abogados/empresas dedicadas al negocio de la litigación en masa se subieron al carro, llevando a cabo potentes campañas informativas que publicitaron en medios de comunicación generalistas y redes sociales. Si la STS 9.5.2013 sobre cláusula suelo permitió a los consumidores conocer que en los préstamos hipotecarios había una cláusula (la cláusula suelo) que les permitía reclamar contra los prestamistas, la STS 23.12.2015 puso sobre la mesa que muchas cláusulas de los préstamos bancarios podían ser abusivas, generalizando entre los consumidores la posibilidad de reclamar contra las entidades financieras (en particular, la devolución de los gastos hipotecarios). Puede afirmarse que la STS 23.12.2015 constituye el segundo hito más importante en la jurisprudencia del alto tribunal sobre cláusulas abusivas, después de la STS de 2013 sobre la cláusula suelo.

En las semanas siguientes a la publicación de la sentencia, esto es, durante el primer trimestre de 2016, hubo intensísimas campañas publicitarias de las asociaciones de consumidores. También las hubo por parte de entidades dedicadas al negocio de la litigación en masa, con propuestas económicamente muy interesantes para sus clientes (consumidores). Incluso el Ministerio de Consumo hizo públicas algunas notas informativas, dando cuenta a los consumidores de su derecho a solicitar la devolución de los gastos hipotecarios. Hubo un auténtico “estruendo” informado, si se me permite la expresión. Un consumidor medio (un ciudadano) no vive aislado, sino que lo hace en sociedad. Cada día recibe noticias y accede a las redes sociales, donde la abusividad de la cláusula de gastos y el derecho a reclamarlos estaba ya omnipresente.

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que un consumidor medio podía conocer, pocas semanas después de publicarse la sentencia, que la cláusula de gastos podía ser abusiva. ¿Pero en qué fecha concreta? Porque alguna fecha exacta hay que elegir, habida cuenta de que en nuestro derecho la prescripción opera de fecha a fecha (de día a día). A mi juicio, esa cognoscibilidad sobre el carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos existe ya en marzo o abril de 2016. Un consumidor razonablemente atento y perspicaz no podía desconocer en esa fecha esa “buena” noticia sobre la cláusula de gastos.

Esta conclusión se confirma por el hecho de que a partir del segundo trimestre de 2016, y en particular en la segunda parte del año, aumentan considerablemente las

reclamaciones de los consumidores contra las entidades de crédito. Como señala la Memoria de Reclamaciones del año 2017, elaborada por el Banco de España<sup>105</sup>, estas reclamaciones se intensifican a finales de 2016, produciéndose una auténtica explosión en el año 2017<sup>106</sup>. Si los consumidores reclaman contra las entidades de forma masiva es porque desde algún tiempo antes (semanas o meses) tenían conocimiento de la posibilidad de reclamar. Algo parecido sucede con las reclamaciones judiciales. La litigación se intensifica (y se generaliza) a partir del verano de 2016, produciéndose una avalancha en el año 2017. Lo que viene a evidenciar que varios meses antes ya existía ese conocimiento generalizado sobre la posible abusividad de la cláusula.

La presentación de miles de demandas judiciales supuso un incremento considerable de la carga de trabajo de los tribunales de primera instancia. Para intentar evitar su colapso, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó, mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2017, el plan de especialización en cláusulas abusivas (acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física). El plan consistía en atribuir a determinados órganos jurisdiccionales de primera instancia la competencia exclusiva y excluyente de conocer de estas demandas, con la finalidad de no colapsar los demás juzgados del orden civil. Al margen de que ese objetivo se alcanzara, lo que sí parece claro es que, cuando el CGPJ se decidió a dar este paso, se habían presentado decenas de miles de demandas, lo que evidencia que un consumidor medio, mucho antes de interponer las demandas, ya estaba informado sobre la posibilidad de solicitar la abusividad de estas cláusulas.

La gravedad de la situación llevó al legislador a intervenir. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, instaura un procedimiento extrajudicial para facilitar la recuperación por el consumidor de los intereses indebidamente abonados en aplicación de la cláusula suelo. Se trata de incentivar que las entidades de crédito atiendan las reclamaciones previas plantadas por los consumidores, evitando así el recurso a la vía judicial. Es cierto que esta regulación solo afecta a la cláusula suelo. Pero refleja bien la situación en que ya se encontraban los juzgados y tribunales, no solo por la cláusula suelo, sino también por la litigiosidad de otras cláusulas como la cláusula de gastos.

---

<sup>105</sup> Disponible en

[https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/17/MSR2017\\_Documento\\_completo.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/17/MSR2017_Documento_completo.pdf) [fecha de consulta: 29.4.2024].

<sup>106</sup> Señala el Banco de España que (i) las entidades financieras recibieron en 2017 un total de 1.322.790 reclamaciones y (ii) un 77% de esas 1.322.790 reclamaciones fueron sobre gastos de formalización de préstamos hipotecarios. "El significativo aumento de las reclamaciones recibidas, tanto en las entidades como en el DCMR, en 2017 responde al aumento de las reclamaciones por el cobro de gastos de formalización de hipotecas, que representan el 77% de aquellas en el caso de las entidades" (*Memoria de Reclamaciones del año 2017*, Banco de España, pp. 46).

Que en abril de 2016 un consumidor medio podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos encaja perfectamente con la solución consagrada en la STS 998/2023, de 20.6.2023. El TS establece que una resolución del FROB (de 7.6.2013) sobre híbridos de capital y deuda subordinada de Catalunya Banc, fue noticia "ampliamente difundida y comentada en los medios de comunicación", lo que hizo que fuera conocida por cualquier cliente (cliente medio) de esa entidad antes del 7.7.2013. Por lo tanto, fue conocida antes de que transcurriera un mes. Obvio es decir que la STS 23.12.2015 tuvo una repercusión mediática infinitamente superior a esa resolución del FROB. Por eso es innegable que cualquier consumidor medio podía razonablemente conocer esa sentencia en abril de 2016 (tres meses después de su publicación).

Algo parecido sucede con la doctrina jurisprudencial relativa a los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo. Es doctrina del TS que las novaciones se celebraron "unos meses después de... la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia" (STS 580/2020, de 5.11.2020). El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina a acuerdos novatorios celebrados el 11 de julio de 2013 (STS 460/2022, de 1.6.2022); 31 de julio de 2013 (STS 675/2020, de 15.12.2020); 31 de julio de 2013 (STS 241/2021, de 4.5.2021); 20 de agosto de 2013 (STS 480/2021, de 30.6.2021); 22 de agosto de 2013 (STS 687/2021, de 8.10.2021); 2 de octubre de 2013 (STS 288/2022, de 5.4.2022); 8 de octubre de 2013 (STS 514/2022, de 28.6.2022); 15 de octubre de 2013 (STS 442/2022, de 31.5.2022); 5 de noviembre de 2013 (STS 34/2021, de 26.1.2021); 5 de noviembre de 2013 (STS 309/2021, de 12.5.2021); 7 de noviembre de 2013 (STS 470/2021, de 29.6.2021); 14 de noviembre de 2013 (STS 676/2020, de 15.12.2020); o 18 de noviembre de 2013 (STS 469/2021, de 29.6.2021). Cuando se celebran los acuerdos novatorios en julio o agosto de 2013 apenas han transcurrido 2 o 3 meses desde la publicación de la STS 9.5.2013, y el TS entiende que el consumidor (medio) ya sabía que la cláusula suelo podía ser abusiva. Es razonable pensar que el Tribunal Supremo puede utilizar este mismo argumento en relación con la cláusula de gastos: apenas "unos meses después" de la publicación de la STS 23.12.2015 "se generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad" de la cláusula de gastos, debido a la enorme difusión mediática del contenido de la sentencia. Y esos meses pueden ser también aquí 2 o 3. Por eso en abril de 2016 un consumidor podía saber que la cláusula de gastos es potencialmente abusiva.

En cualquier caso, si un concreto consumidor es un experto o tiene conocimientos específicos sobre esta materia, y por las circunstancias concurrentes puede acreditarse que antes de abril de 2016 podía tener conocimiento del carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos, a esa fecha habrá de estarse. Así sucederá, por ejemplo, cuando el prestatario es socio de la OCU y por ello recibe periódicamente información sobre las novedades jurisprudenciales acaecidas por demandas de la OCU (como la STS 23.12.2015); o cuando trabaja como director de

una sucursal bancaria y puede acreditarse que, en la documentación interna que periódicamente recibe, se informa de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo. En realidad, el conocimiento del consumidor puede acreditarse por otras vías, exista o no una jurisprudencia del alto tribunal. Por ejemplo, si un consumidor reclamó en febrero de 2016 contra su banco, solicitando la devolución de los gastos por ser la cláusula de gastos nula, esa será la fecha relevante en relación con otro préstamo hipotecario que haya celebrado con ese u otro banco en el que existe igualmente una cláusula de gastos.

Por las razones expuestas, cabe defender que un consumidor podía conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos en abril de 2016.

La SAP Barcelona (Secc. 15) 62/2024, en cambio, fija esa fecha en enero de 2017. En esa época hay un auténtico tsunami de reclamaciones judiciales y extrajudiciales contra las entidades prestamistas. Y eso únicamente puede producirse porque antes (mucho antes) un consumidor medio sabía que la cláusula era potencialmente abusiva.

## **6. La STS 565/2024, de 25 de abril, y sus efectos en el cómputo del plazo de prescripción**

Es necesario examinar qué incidencia puede tener en el cómputo del plazo de prescripción la doctrina sentada en la STS 565/2024, de 25.4.2024.

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 en costas, salvo que el tribunal, razonadamente, aprecie mala fe en el demandado. Y que 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, señala 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.

El Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para reformular su doctrina sobre la condena en costas en casos de allanamiento de la entidad financiera. Esa 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. En función de estos datos, unas veces se ha apreciado que había mala fe de la entidad (SSTS 780/2022, de 16.11.2022; 1260/2023, de 19.9.2023), y otras que no (SSTS 131/2021, de 9.3.2021; 394/2021, de 8.6.2021).

Esta jurisprudencia debe ser matizada a la vista de la STJUE 13.7.2023 (asunto C-35/22), que resuelve una cuestión prejudicial precisamente sobre esta materia: 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 solo sobre el consumidor. Pero que 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 de la 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,

o 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).

Teniendo en cuenta la STJUE 13.7.2023, 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 23.1.2019, aunque hubo sentencias posteriores que determinaron exactamente la atribución de los gastos de gestoría (STS 550/2020, de 26.10.2020) y de tasación (STS 35/2021, de 27.1.2021), pero no afectaron a la doctrina ya reiterada sobre abusividad de la cláusula de gastos. Estas SSTS 23.1.2019 “hubieran exigido de la entidad prestamista la devolución de aquellos gastos respecto de los que ya existía una jurisprudencia clara (como mínimo, los denotaría y registro, desde las indicadas sentencias de 23 de enero de 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).

Según el Tribunal Supremo, desde el 23 de enero de 2019 existe jurisprudencia consolidada sobre la nulidad de la cláusula de gastos. Si desde esa fecha el prestamista no toma la iniciativa de dirigirse al consumidor para reparar las consecuencias de la abusividad de esa cláusula, la conducta procesal del prestamista es de “menor relevancia” para eximirle de las costas. Por “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, obsérvese que el TS no afirma en ningún momento 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? Adelanto ya que, a mi juicio, la respuesta ha de ser negativa.

Son dos las cuestiones que deben resolverse: si la entidad de crédito está obligada a informar al consumidor que en el contrato hay una cláusula abusiva, y los efectos que el eventual incumplimiento de esta cláusula tiene en la prescripción de la acción de restitución de gastos.

En relación con la primera cuestión, la STS 25.4.2024 no impone expresamente al prestamista la obligación de informar al consumidor de que su contrato contiene una cláusula abusiva. Señala que el prestamista "no tomó la iniciativa de dirigirse al consumidor para reparar las consecuencias" de su conducta abusiva; y que tras las SSTS 23.1.2019 "hubieran exigido de la entidad prestamista la devolución de aquellos gastos" respecto a los que existía una jurisprudencia consolidada. Cabe suponer que el TJUE y el TS configuran esta actividad como informativa para intentar reparar proactivamente el daño, dado que, para poder devolver al consumidor los gastos, es necesario que antes este informe y documente qué concretos gastos ha abonado, pues esa es una información que la entidad desconoce al haber sido los gastos facturada directamente al consumidor.

Tampoco la STJUE 13.7.2023 impone al banco la obligación de informar. El ap. 32 señala que, cuando se ha dictado una abundante jurisprudencia nacional sobre la abusividad de una cláusula, "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. Y el ap. 35 incide en que esa jurisprudencia nacional reiterada "habría debido incitarlo [al prestamista] a ponerse en contacto, por iniciativa propia, con el consumidor". Por lo demás, no cabe entender que el ap. 36 establece esta obligación, pues simplemente afirma que "según el órgano remitente" [la AP Málaga], las entidades bancarias, "en vez de informar a los consumidores" de la existencia de esa jurisprudencia nacional, esperan a que los consumidores les dirijan un requerimiento extrajudicial. Este ap. 36, por tanto, reproduce sin más la opinión del órgano judicial remitente.

Las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 se expresan en términos parecidos. Así, la 25.1.2024 señala que cuando existe una jurisprudencia nacional consolidada en la que se ha reconocido el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, "cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia", remitiéndose al ap. 32 de la STJUE 13.7.2023. Y la STJUE(TS) 25.4.2024 afirma que

“contravendría la Directiva 93/13 que se llegara al resultado de que el profesional saque provecho de su pasividad ante esa ilegalidad declarada por el tribunal supremo nacional” (ap. 53), habida cuenta de que la entidad financiera dispone de un departamento jurídico que conoce esa jurisprudencia (STJUE(TS) 25.4.2024, ap. 53). “También cuenta, en principio, con un servicio de atención al cliente que posee toda la información necesaria para ponerse fácilmente en contacto con los clientes afectados” (ap. 53). Tampoco este precepto impone al prestamista la obligación de informar al consumidor. Únicamente afirma que la entidad puede ponerse en contacto con los clientes con facilidad.

En conclusión, el TJUE no impone al prestamista la obligación de informar al consumidor, ni en la STJUE 13.7.2023, ni en las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 relativas a la prescripción. El uso de la expresión “cabe esperar” es elocuente. Si el TJUE hubiera querido establecer esa obligación, lo hubiera expresado con claridad. Tampoco la impone la STS 25.4.2024. 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.

La STS 25.4.2024 tampoco impone al prestamista la obligación de devolver los gastos; obligación que sería exigible a partir del 23 de enero de 2019 (en realidad, como pronto debería ser el 24 de enero, fecha de publicación de estas sentencias en CENDOJ). En realidad, esta no es una obligación “nueva” que surge en ese momento. Si así fuera, desde ese instante se iniciaría un plazo de prescripción de cinco años. Se trata de la misma obligación de devolver los gastos que nació en el momento en que los gastos se abonaron en aplicación de la cláusula predispuesta en el contrato.

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 tiene ninguna consecuencia en el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria. Así resulta de una adecuada interpretación de la regulación española sobre prescripción.

En el derecho español, la acción de restitución de gastos cuyo plazo de prescripción se inicia antes del 24 de enero de 2004 prescribe a los quince años, esto es, antes del 24 de enero de 2019. En estos contratos la acción de restitución ha prescrito antes de que el prestamista esté (supuestamente) obligado a informar al consumidor y a devolverle los gastos (sólo lo estaría a partir del 24 de enero de 2019). En consecuencia, esta “nueva” obligación de informar no afecta a estos contratos antiguos, donde la prescripción ya se había producido (no puede “renacer” una acción que ya está prescrita).

El problema se plantea en los préstamos en los que la acción de restitución nace después del 24 de enero de 2004. Si la acción nace, por ejemplo, el 7 de julio de 2006 o de 2010, la acción prescribirá el 28 de diciembre de 2020. ¿De qué modo afecta al cómputo del plazo el hecho de que, a partir del 24 de enero de 2019, el

prestamista no contacte con el consumidor para devolverle los gastos? ¿Se suspende el plazo prescriptivo ese día (24.1.2019) hasta que el prestamista contacte con él, de manera que si el prestamista no toma esa iniciativa el plazo permanece abierto? ¿Podría fijarse el *dies a quo* de la acción de restitución la fecha en que el prestamista contacta con el consumidor?

A mi juicio, es indiscutible que el plazo de prescripción no puede fijarse el 24 de enero de 2019, ni la fecha (posterior) en la que, en su caso, el prestamista se dirija al consumidor. Repárese que la obligación de devolver los gastos, que la STS 25.4.2024 parece exigir al prestamista, no es una obligación “nueva”, con su propio plazo de prescripción, sino la primitiva (y única) obligación de devolver que ya incumbía al prestamista. Por tanto esa interpretación debe ser absolutamente descartada.

Una aproximación correcta al debate exige analizar qué papel juega la conducta del deudor (en este caso, el prestamista) en la averiguación del carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos. A estos efectos resulta de interés analizar cómo influiría una conducta omisiva de reparación del daño por parte del deudor en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción, para valorar si esa solución puede aplicarse al caso que se analiza.

En nuestro derecho el plazo de prescripción se inicia cuando el acreedor conoce o puede conocer (si actúa con diligencia) los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. El conocimiento potencial del acreedor requiere que actúe con la diligencia debida en la averiguar de esos hechos. Por lo tanto, el plazo se inicia (y corre) frente al acreedor que negligentemente ignora los hechos que fundamentan su pretensión. ¿Se altera esta regla cuando el deudor no informa o repara por iniciativa propia la lesión causada al acreedor? No me refiero al caso en el que el incumplimiento, la conducta ilícita o la conducta dañosa se han producido dolosamente (esto es, deliberadamente, de mala fe, con voluntad consciente de incumplir o de realizar la conducta ilícita), porque aquí no hay ninguna especialidad en relación con la prescripción; sino a aquel en el que la reparación o información sobre el daño causado (imputable o no por dolo o culpa al causante) no se realiza por iniciativa propia. Veamos un ejemplo: vecino de la plaza de al lado que causa daños en mi vehículo al aparcar en el garaje y no me deja un papel en el parabrisas indicándome que me ponga en contacto con él para repararme el coche. En este caso, el plazo de la acción de indemnización de daños, ¿cuándo empieza a correr? ¿Cuándo yo podría haber advertido (actuando con la diligencia exigible) la identidad del dañante o cuando realmente la conozco?

El Tribunal Supremo ha admitido que, en sede de prescripción, junto a la conducta del acreedor hay también que “ponderar... la conducta del deudor encaminada a la ocultación de su identidad, en tanto en cuanto conforma un obstáculo que condiciona negativamente el ejercicio de la acción por parte del acreedor” (STS 1200/2023, de 21.7.2023). Pero el TS no se pronuncia sobre el modo en que esta ocultación ha de afectar al cómputo del plazo. Hay dos soluciones posibles. La primera consiste en

sostener que la conducta omisiva del deudor, que no se ofrece a reparar por iniciativa propia los daños, hace que la prescripción no empiece a correr, aunque el acreedor no haya sido diligente en la averiguación de la lesión de su derecho o de la identidad del dañante. Y ello porque no habría, en su caso, que proteger al deudor que no se autorresponsabiliza de sus actos y ofrece reparar proactivamente los daños causados, pues entendemos en esa conducta omisiva un reproche con consecuencias jurídicas en el plazo para reclamar. En este caso el plazo no se inicia hasta que el acreedor tenga un conocimiento real (y no potencial) de los hechos que fundamentan la pretensión y de la identidad del dañante. La segunda solución parte de que, aunque el deudor no ofrezca proactivamente reparar el daño, debe seguir aplicándose la regla de que el cómputo del plazo no se inicia si el acreedor no conoce, ni puede diligentemente conocer, los hechos que fundamentan la pretensión. Ahora bien, ¿no ofrecer la reparación de manera proactiva es una circunstancia relevante para valorar el conocimiento potencial, esto es, para juzgar si el acreedor debía haber conocido o no esos hechos y la identidad del dañante de haber actuado con diligencia? Conforme a esta tesis, la falta de reparación proactiva del daño por el deudor no retrasa siempre el *dies a quo* al momento del conocimiento real de esos hechos, sino que podría constituir, en su caso, un elemento más para valorar la cognoscibilidad.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, se trataría de saber si afecta (y en su caso, cómo) la conducta omisiva de reparación proactiva de los daños por la entidad financiera al conocimiento del carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos (esto es, al conocimiento del escenario de litigación sobre la abusividad de esta cláusula). A mi juicio, esta conducta omisiva (inactividad) nunca podrá afectar al cómputo del plazo prescriptivo. Ya se asuma que ese comportamiento omisivo de reparar por iniciativa propia del deudor (prestamista) es jurídicamente relevante, aunque el acreedor no haya sido diligente; ya se admita que ese comportamiento omisivo de reparar proactivamente es un elemento más a tomar en consideración para juzgar si el acreedor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula, lo cierto es que desde abril de 2016 el consumidor (acreedor) conocía que había un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula de gastos. Y si ya conocía ese dato, es irrelevante que el prestamista deliberadamente haya incumplido su (supuesta) obligación de informar o reparar proactivamente. Constatado que el acreedor (consumidor) ya conoce esa información jurídica, no tiene sentido acudir a esta doctrina. Además, ese conocimiento por el consumidor es todavía mayor tras las SSTS 23.1.2019, por la enorme difusión generalizada que tuvieron en medios de comunicación generalistas y redes sociales, que hicieron que un consumidor medio recordara algo que ya sabía desde abril de 2016: que la cláusula es potencialmente abusiva y puede discutirse en los tribunales su nulidad.

En conclusión, las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024 no anudan ninguna consecuencia práctica (tampoco en sede de prescripción) al hecho de que el prestamista permanezca inactivo a partir de enero de 2019. Por su parte, la STS 565/2024 no afecta de ningún modo al régimen de la prescripción de la acción de restitución de gastos. Esta sentencia no impone al prestamista la obligación de informar al

consumidor sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos; pero, aunque esa obligación existiera, su incumplimiento no tendría consecuencias en el cómputo del plazo prescriptivo. Y es que la inactividad del prestamista a partir del 24 de enero de 2019 no influye de ningún modo en la averiguación del carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos, porque en esa fecha un consumidor medio ya sabía que esta cláusula era potencialmente abusiva.

## 7. El régimen de la prueba sobre la cognoscibilidad

En el proceso judicial que enfrente al consumidor y al prestamista debe quedar acreditado que, en un determinado momento, el consumidor pudo conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos.

El régimen de la prueba sobre la cognoscibilidad queda sometido a la normativa de los Estados miembros. Ya se ha indicado que el TJUE no tiene competencias para regular esta materia, y que las presunciones incluidas en las SSTJUE 25.4.2024 son, por esa razón, prescindibles (v. epígrafe X.4). Es lo que, además, expresamente se afirma en el ap. 41 de la STJUE(TS) 25.4.2024: que habrá que estar al “régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación”.

En consecuencia, la prueba de la cognoscibilidad del consumidor acerca de la existencia de un escenario de litigación sobre la abusividad de la cláusula de gastos se rige por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ley prevé un abanico de pruebas no tasadas a las que puede acudir, siempre que resulten útiles y pertinentes para acreditar hechos controvertidos; en este caso, el conocimiento o la cognoscibilidad del consumidor sobre la abusividad de la cláusula.

En este punto conviene señalar que los Tribunales Supremos inglés y alemán ya se han enfrentado a supuestos en los que se examinaba la cognoscibilidad (v. epígrafe IX.2). Esta jurisprudencia es muy útil para obtener un aprendizaje práctico que puede servir para los operadores españoles.

En el caso *Test Claimants*, el Tribunal Supremo inglés ha destacado que el test de cognoscibilidad se basa en parámetros objetivos<sup>107</sup>. Y que a estos efectos tiene enorme importancia la diligencia con la que actúa el acreedor (*reasonable diligence*)<sup>108</sup>. Por lo tanto, desempeña un papel importante la conducta del acreedor (demandante) en la averiguación de los datos que conforman esa cognoscibilidad. Por su parte, el Tribunal Supremo alemán, en su SBGH 17.12.2020, sobre el *Dieselgate*, entiende que en el año 2015 la propia Volkswagen había emitido un comunicado en el que informaba sobre la manipulación de los motores. La “amplia

---

<sup>107</sup> The discoverability “does not depend upon the characteristics of the particular claimant... And the test is objective” (ap. 255).

<sup>108</sup> La *reasonable diligence* es analizada en detalle en los ap. 203 y ss.

cobertura mediática" (*breiten medialen berichterstattung*) del caso, y de ese comunicado, le llevan a fijar el inicio del plazo de prescripción en el año 2015.

En el derecho español el test de cognoscibilidad también es un test objetivo. Se trata de acreditar lo que un consumidor medio podía conocer, actuando con una diligencia razonable. Para ello podrán utilizarse los medios probatorios que a las partes interesen (prueba documental, prueba pericial, etc.). También podrá probarse a través de hechos notorios.

Lo expuesto no impide que, a veces, pueda tomarse en consideración el conocimiento concreto que tiene un determinado consumidor. Y es que, efectivamente, si queda acreditado por cualquier medio que ese específico consumidor conoció o pudo conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos, a la fecha de ese conocimiento ha de estarse. Conforme a las normas de reparto de la prueba, incumbe al prestamista la carga de acreditar que ese concreto consumidor conocía en una determinada fecha el carácter abusivo de la cláusula. Recuérdese que esta posibilidad está prevista en la STJUE(TS) 25.4.2024, cuando señala que el profesional "tiene la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula" (ap. 41).

En este contexto, adquieren enorme relevancia las reclamaciones que muchos consumidores formularon directamente a los Servicios de Atención al Cliente de los bancos, y que según el Banco de España ascienden a más de un millón durante los años 2016 y 2017.

## **XI. EJEMPLOS PRÁCTICOS**

### Modelo 1

Hechos. La ignorancia sobre carácter abusivo de la cláusula de gastos es un caso de suspensión de la prescripción. Conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos: 30 de abril de 2016. Período de seguridad: dos años.

- Préstamo celebrado el 19.1.1999. El consumidor conoce el abono de los gastos: 15.2.1999. El plazo de prescripción se inicia el 15.2.1999. El plazo se suspende el 15.2.2012. La suspensión se levanta el 30.4.2016. La acción prescribe el 30.4.2018.
- Préstamo celebrado el 4.4.2003. El consumidor conoce que abona los gastos el 30.4.2003. El plazo de prescripción se inicia el 30.4.2003. La acción prescribe el 30.4.2018. El plazo no se ha suspendido. Debería haberse suspendido a los trece años de empezar a correr (el 30.4.2016), pero justo en ese momento el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula y quedan dos años para que la acción prescriba, por lo que se respeta el principio de efectividad.

- Préstamo celebrado el 6.3.2010. El consumidor conoce que abona los gastos el 20.3.2010. El plazo de prescripción se inicia el 20.3.2010, y prescribe el 28.12.2020. No opera la suspensión de la prescripción.
- Préstamo celebrado el 2.4.2016. El consumidor conoce que abona los gastos el 20.4.2016. El plazo de prescripción se inicia el 20.4.2016, y prescribe a los cinco años y 82 días (el 11.7.2021). No opera la suspensión de la prescripción.

### Modelo 2

Hechos. La ignorancia sobre carácter abusivo de la cláusula de gastos es un caso de suspensión de la prescripción. Conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos: 30 de enero de 2017. Período de seguridad: dos años.

- Préstamo celebrado el 19.1.1999. El consumidor conoce el abono de los gastos: 15.2.1999. El plazo de prescripción se inicia el 15.2.1999. El plazo se suspende el 15.2.2012. La suspensión se levanta el 30.1.2017. La acción prescribe el 30.1.2019.
- Préstamo celebrado el 4.1.2004. El consumidor conoce que abona los gastos el 30.1.2004. El plazo de prescripción se inicia el 30.1.2004. La acción prescribe el 30.1.2019. El plazo no se ha suspendido. Debería haberse suspendido a los trece años de empezar a correr (el 30.1.2017), pero justo en ese momento el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula y quedan dos años para que la acción prescriba, por lo que se respeta el principio de efectividad.
- Préstamo celebrado el 6.3.2010. El consumidor conoce que abona los gastos el 20.3.2010. El plazo de prescripción se inicia el 20.3.2010, y prescribe el 28.12.2020. No opera la suspensión de la prescripción.
- Préstamo celebrado el 2.4.2016. El consumidor conoce que abona los gastos el 20.4.2016. El plazo de prescripción se inicia el 20.4.2016, y prescribe a los cinco años y 82 días (el 11.7.2021). No opera la suspensión de la prescripción.

### Modelo 3

Hechos. El conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos es un requisito para que empiece a correr el plazo de prescripción. Conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos: 30 de abril de 2016.

- Préstamo celebrado el 19.1.1999. El plazo de prescripción se inicia el 30.4.2016. La acción prescribe a los cinco años y 82 días (el 21.7.2021).
- Préstamo celebrado el 4.4.2003, el 4.1.2004, el 6.3.2010, el 2.4.2016, o cualquier otra fecha anterior al 30.4.2016. El plazo de prescripción se inicia el 30.4.2016. La acción prescribe a los cinco años y 82 días (el 21.7.2021).

- Préstamo celebrado el 1.5.2016. El consumidor conoce que abona los gastos el 12.5.2016. El plazo de prescripción se inicia el 12.5.2016. La acción prescribe a los cinco años y 82 días (2.8.2021).

#### Modelo 4

Hechos. El conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos es un requisito para que empiece a correr el plazo de prescripción. Conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos: 30 de enero de 2017.

- Préstamo celebrado el 19.1.1999. El plazo de prescripción se inicia el 30.1.2017. La acción prescribe a los cinco años y 82 días (el 22.4.2022).
- Préstamo celebrado el 4.4.2003, el 4.1.2004, el 6.3.2010, el 2.4.2016, o cualquier otra fecha anterior al 30.1.2017. El plazo de prescripción se inicia el 30.1.2017. La acción prescribe a los cinco años y 82 días (el 22.4.2022).

#### Comentario

El Modelo 1 es el que he acogido en este trabajo. La consecuencia es que, en todos los contratos de préstamo celebrados antes del 30 de abril de 2003 (y en los que el consumidor ya conozca en esa fecha que ha abonado los gastos), la acción prescribe el 30 de abril de 2018. En cambio, si el contrato se ha celebrado después del 30 de abril de 2003, el plazo corre con normalidad, y no se producirá nunca la suspensión de la prescripción por aplicación de la doctrina del TJUE. Una explicación más detallada de estos ejemplos se hace en el epígrafe VIII.3.

El Modelo 4 es el asumido por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

## **XII. CONCLUSIONES**

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, ni la fecha en que el Tribunal Supremo dicta sentencia que admite la abusividad de la cláusula (STS 23.12.2015) o las establece las concretas cantidades que puede recuperar el consumidor (SSTS 23.1.2019).
8. El TJUE resuelve las tres cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles (Tribunal Supremo, Audiencia Provincial de Barcelona y Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona) 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 mantiene 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, porque no hace imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión Europea, 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. Esta doctrina, establecida ya en la STJUE 9.7.2020 y en otras posteriores, se confirma en las SSTJUE 25.1.2024 y 25.4.2024.

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. 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.
14. Se pregunta al TJUE si el conocimiento sobre el carácter abusivo de la cláusula debe tenerlo el consumidor antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o basta con que lo tenga antes de que dicho plazo expire. La STJUE 25.1.2024 responde 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. Esta respuesta es acertada, pues de este modo se garantiza que concurren los dos requisitos necesarios para que se respete el principio de efectividad. 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.

15. 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.
16. La STJUE(TS) 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. Comparto plenamente esta afirmación. Fijando el *dies a quo* en esa fecha se cumplen los dos requisitos exigidos por el principio de efectividad: el consumidor conoce o puede conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo empiece a correr o antes de que expire (en este caso, lo conoce con seguridad, porque se ha dictado sentencia en un proceso en el que el consumidor es parte); y desde ese momento (conocimiento) el consumidor dispone de un plazo suficiente para reclamar (en este caso, dispone del plazo completo de prescripción).
17. 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. Los tribunales españoles pueden acoger esta tesis, porque no es contraria a la Directiva 93/13, pero no están obligados a hacerlo. El TJUE no se lo exige, y no puede exigírselo, porque no es función del TJUE fijar un *dies a quo*. Y si lo fijara, el TJUE estaría actuando fuera de sus competencias, al ser esa una materia reservada al derecho nacional. 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.
18. 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.

19. Por las mismas razones, la STJUE(TS) 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. En realidad, únicamente es contrario al principio de efectividad cuando el plazo de prescripción puede transcurrir en su totalidad sin tener en cuenta si el consumidor ha podido conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el plazo de prescripción expire.
20. La STJUE(JPI) 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.
21. 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.
22. 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. Es evidente que los tribunales españoles deben respetar la doctrina del TJUE. Pero deben interpretarla de la forma más restrictiva posible. Esta interpretación restrictiva no puede afectar a la exigencia de que el consumidor pueda conocer, antes de finalizar el plazo de prescripción, el carácter abusivo de la cláusula, y a que desde ese instante el consumidor disponga de un plazo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Pero si al modo en que cada una de estas dos exigencias debe ser acogida en el derecho interno español.

23. 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.
24. Son varias las razones que aconsejan configurar el conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, no como un requisito del *dies a quo*, sino como una causa de suspensión de la prescripción. Configurándola de ese modo se interfiere lo menos posible en el régimen de la prescripción, respetando igualmente el principio de efectividad. Además, es la solución más coherente con el derecho español. Como el acreedor español ya tiene una posición muy privilegiada, hay que asumir la doctrina del TJUE de la forma menos perjudicial para el deudor. Y es menos gravoso para él diseñar el conocimiento como un caso de suspensión que como un requisito del *dies a quo*.
25. El TJUE no establece qué duración ha de tener este periodo de seguridad. Únicamente impone una exigencia: que desde que el consumidor pudo conocer

el carácter abusivo de la cláusula ha de disponer de un “tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo”. El TJUE ha señalado que un período de seguridad de dos años respeta el principio de efectividad. Pero en el derecho español cabe sostener que también lo respeta un período de seguridad de un año, porque, una vez que el consumidor conoce el carácter abusivo de la cláusula, con una simple reclamación extrajudicial puede interrumpir la prescripción. Sin embargo, como resulta muy difícil determinar con precisión el momento en el que el consumidor pudo conocer (cognoscibilidad) el carácter potencialmente abusivo de la cláusula, para garantizar el respeto al principio de efectividad puede ser razonable establecer un período de seguridad de dos años. Eso significa que el plazo de prescripción empieza a correr con normalidad, y que cuando faltan dos años para concluir, se suspende (porque llega el período de seguridad) si el consumidor ignora el carácter abusivo de la cláusula.

26. 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”.
27. 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. Fijar el *dies a quo* en la fecha de la sentencia declarativa de nulidad convierte a la acción de restitución en imprescriptible en la práctica, lo que, en palabras de PANTALEÓN PRIETO, “es un absoluto disparate”, pues supone tratar a los prestamistas peor que a los delincuentes de los más graves delitos, cuya responsabilidad penal y civil se extingue transcurrido un determinado periodo de tiempo. 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?
28. 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(TS) 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.

29. 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.
30. 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.
31. 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.

32. 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”).
33. Las SSTJUE 25.4.2024 contienen varias presunciones de desconocimiento por el consumidor de determinados datos: se presume que no conoce la jurisprudencia del TS, y que no conoce que su contrato tiene una cláusula como la declarada nula por el TS. Más allá de que el TJUE no tiene competencias para establecer reglas sobre pruebas de hechos, o sobre presunciones de hechos (es materia de derecho procesal, reservada a los Estados miembros), se trata de presunciones que pueden compartirse, pero que en modo alguna afectan al conocimiento potencial por el consumidor del carácter potencialmente abusivo de la cláusula de gastos, y a las posibilidades de acreditarlo.
34. 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).

35. La doctrina sentada en la STS 565/2024, de 25.4.2024, no afecta al cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos.
36. 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.
37. El TJUE (STJUE(TS) 25.4.2024, ap. 41) remite al régimen de prueba de los Estados miembros la prueba relativa al conocimiento o la cognoscibilidad del consumidor sobre la abusividad de la cláusula. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil prevé un abanico de pruebas no tasadas a las que puede acudir, siempre que resulten útiles y pertinentes para acreditar hechos controvertidos.
38. 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(TS) 25.4.2024, ap. 41). En este contexto, adquieren enorme 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.

### **XIII. BIBLIOGRAFÍA**

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., "Problemática acerca del cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor por gastos hipotecarios", *Diario La Ley*, 2019, nº 9445, 27 de junio de 2019, pp. 1 y ss.

ALARCÓN DÁVALOS, A./MORENO MADINA, A., "A vueltas con la prescripción en la reclamación por gastos hipotecarios", *Diario La Ley*, 15 de abril de 2024, pp. 1 y ss.

BENDITO CAÑIZARES, M. T., "Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el abuso de la prescripción, la inexistencia de causa retinendi y el realismo jurídico (Primera parte)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, nº 796, pp. 853 y ss.

- "Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el abuso de la prescripción, la inexistencia de causa retinendi y el realismo jurídico (Segunda parte)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, nº 797, pp. 1291 y ss.

CADENAS OSUNA, D., "Análisis jurisprudencial de la prescripción extintiva de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas en aplicación de cláusulas abusivas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2023, nº 798, pp. 2401 y ss.

CARRASCO PERERA, A., "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", Centro de Estudios de Consumo, 1 de septiembre de 2017, [https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion\\_clausula\\_gastos\\_hipotecarios.pdf](https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf) [fecha de consulta: 17.3.2024], pp. 1 y ss.

- *Tratado de Contratos*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

CORDERO LOBATO, E./ MARÍN LÓPEZ, M. J., *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2023.

DEL OLMO GARCÍA, P., "La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas", en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 319 y ss.

DELGADO EQUEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2005.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A./TORIBIOS FUENTES, F., *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones*, Madrid, La Ley, 2024.

DURÁN RIVACOBRA, R., "La viabilidad de la prescripción (Acerca del dies a quo en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula pro abusiva)", *Diario La Ley*, nº 10448, 9 de febrero de 2024, pp. 1 y ss.

- "La prescripción efectiva", *Diario La Ley*, nº 10493, 25 de abril de 2024, pp. 1 y ss.

GARCÍA GUTIÉRREZ, F. J., "Dies a quo en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21)", *Diario La Ley*, nº 10443, 2 de febrero de 2024, pp. 1 y ss.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., "El *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente abonados por el prestatario-consumidor", *Práctica de Tribunales*, 2020, nº 146, pp. 1 y ss.

GÓMEZ CORRALIZA, B., *La caducidad*, Madrid, Montecorvo, 1990.

GUTOWSKI, M., "Statute of Limitations for Restitution Claims after a Term is Declared Unfair. Some Remarks on the CJEU Judgment of 8th of September 2022 (Joined Cases C-80/21 to C-82/21)", *European Review of Contract Law*, 2023, nº 3, pp. 239 y ss.

HERNÁNDEZ MANZANARES, A., "El derecho de la Unión Europea y la reciente STJUE de 25 de enero de 2024 en materia de gastos hipotecarios", *Diario La Ley*, nº 10470, 20 de marzo de 2024, pp. 1 y ss.

HERRESTHAL, "Die Verschiebung des Verjährungsbeginns bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage – Contra legale Rechtsgewinnung im Verjährungsrecht", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2018, nº 9, pp. 401 y ss.

JIMÉNEZ MORIANO, O., "El cómputo del plazo de prescripción de la cláusula de gastos hipotecarios. Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024", *Sepin*, SP/DOCT/124454, pp. 1 y ss.

LÓPEZ-DÁVIDA AGÜEROS, F., "El TJUE se pronuncia sobre el día en que debe empezar el cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de los gastos hipotecarios", *Sepin*, SP/DOCT/123338, pp. 1 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil", en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 15 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

- "¿Cómo se computa los plazos de prescripción y caducidad tras la suspensión de los plazos decretada durante el estado de alarma?". Fecha: 20 junio 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Como\\_se\\_computan\\_los\\_plazos\\_de\\_prescripcion\\_y\\_caducidad\\_tras\\_la\\_suspension\\_de\\_los\\_plazos\\_decretada\\_durante\\_el\\_estado\\_de\\_alarma.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Como_se_computan_los_plazos_de_prescripcion_y_caducidad_tras_la_suspension_de_los_plazos_decretada_durante_el_estado_de_alarma.pdf) [fecha de consulta: 22.2.2024].

- "Cuestiones pendientes sobre la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios", en ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2021, pp. 141 y ss.

- "El papel de los dictámenes de expertos en la prescripción de la acción de indemnización de daños", *CCJC*, 2022, nº 119, § 3043, pp. 71 y ss.

- "La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del derecho alemán y efectos en el derecho español", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, nº 42, pp. 70 y ss.

- "La jurisprudencia del tribunal supremo relativa a los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo", *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, nº 3, pp. 85 y ss.

- "Conocimiento potencial del acreedor, diligencia de las partes y publicidad de los Registros públicos en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción: STS 1200/2023, de 21 de julio (caso Talidomida II)", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2023, nº 47, pp. 44 y ss.

MÜLLER-CHRISTMANN, "Zumutbarkeit der Klageerhebung als ungeschriebene Voraussetzung des Verjährungsbeginns", en *Festschrift Bamberger zum. 70 Geburtstag*, Beck, 2017, pp. 235 y ss.

OROZCO PARDO, G., *De la prescripción extintiva y su interrupción en el derecho civil*, Granada, Comares, 1995.

PAGLIANTINI, S., "Exordium praescriptionis e rapporti di consumo: variazioni sulla prescrizione", *Le nuove leggi civili commentate*, 2021, nº 4, pp. 762 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, F., "My Last Bow", *Almacén de Derecho*, 26 de abril de 2024; disponible en <https://almacenederecho.org/el-telefono-escacharrado-interferencias-en-la-comunicacion-entre-el-tjue-y-los-tribunales-nacionales> [fecha de consulta: 27.4.2024].

PARRA LUCÁN, M. A., "Tutela de hecho. Derogación de la Regla "contra non valentem agere non currit praescriptio, dies a quo". Prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual. Accidente de circulación (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992), *ADC*, 1993, II, pp. 937 y ss.

PÉREZ MORENO, J. C., "El Tribunal Supremo pregunta al TJUE sobre el inicio de la prescripción de las acciones de restitución de lo pagado en aplicación de una cláusula abusiva", *Diario La Ley*, 2021, nº 9941, pp. 1 y ss.

PIEKENBROCK, en § 199 BGB, en GSELL/KRÜGER/LORENZ/REYMANN, *Beck-Online Grosskommentar zum BGB*, 2022.

REGLERO CAMPOS, F., "Comentario al art. 19", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 555 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Madrid, Dykinson, 2002.

RIZZI, P. F., "L'eccezione tardiva di vessatorietà: certezza del diritto e tutela restitutoria del consumatore", *GistiziaCivile.com*, 20 abril 2021, pp. 1 y ss.

RODRÍGUEZ VEGA, L., "El Teléfono escacharrado: interferencias en la comunicación entre el TJUE y los tribunales nacionales", *Almacén de Derecho*,

15 de abril de 2024; disponible en <https://almacenederecho.org/el-telefono-escacharrado-interferencias-en-la-comunicacion-entre-el-tjue-y-los-tribunales-nacionales> [fecha de consulta: 26.4.2024].

RUIZ ARRANZ, A., "El dies a quo para calcular el plazo de prescripción: ¿se puede mover la portería", blog Almacén de Derecho, 22 de noviembre de 2021, disponible en <https://almacenederecho.org/se-puede-mover-la-porteria> [fecha de consulta: 27.3.2024].

- "The Commencement of Prescription (and what the Consumer's Awareness of the Unfairness is) within the Unfair contract Terms Directive", *European Review of Contract Law*, 2023, nº 3, pp. 181 y ss.

SÁNCHEZ GARCÍA, J., "¿Ha zanjado definitivamente el THJUE el dies a quo de la prescripción en la acción de restitución de los gastos hipotecarios", *Economist & Jurist*, pp. 1 y ss.

- "Pendientes de que el Supremo fije doctrina sobre el "dies a quo" del plazo de prescripción", *Economist & Jurist*, 8 de mayo de 2024, pp. 1 y ss.

SHEEHAN, D., "Mistake of law and limitation periods", *Cambridge Law Journal*, 2021, nº 3, pp. 446 y ss.

UREÑA MARTÍNEZ, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil*, Granada, Comares, 1997.

VILLARRUBIA GONZÁLEZ, J., "Golpe del TJUE con la sentencia de 25 de enero de 2024 a la Banca española", *Diario La Ley*, 2024, febrero, nº 10442, pp. 1 y ss.

ZIMMERMANN, R., *Comparative Foundations of European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

- *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo Amayuelas, Barcelona, Bosch, 2008.

ZIMMERMANN, R./KLEINSCHMIDT, J., "Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims", *Yearbook on European Tort Law 2007*, Springer, 2008, pp. 26 y ss.