



**SÍ PRESCRIBE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES TRAS LA  
NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS (NOTA A SAP BARCELONA 92/2019,  
DE 23 DE ENERO)\***

*Manuel Jesús Marín López*  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 1 de febrero de 2019*

**1. El caso resuelto por la SAP Barcelona 92/2019, de 23 de enero**

Tras las cinco SSTs de 23 de enero de 2019 dictadas por el Pleno de la Sala Primera<sup>1</sup>, son ya pocas las cuestiones sobre las que el Alto Tribunal no se ha pronunciado en relación con la cláusula de gastos impuesta por el prestamista en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores. Una de ellas es la que tiene que ver con la prescripción.

La SAP Barcelona (Secc. 15<sup>a</sup>) 92/2019, de 23 de enero (de la que es ponente la magistrada Marta Pesqueira Caro) se ocupa expresamente de esta cuestión, resolviéndola de manera correcta, en mi opinión.

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, “Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo”, dirigido por el prof. Ángel Carrasco Perera (ref. DER2014-56016-P).

<sup>1</sup> Un breve comentario a las mismas, en MARÍN LÓPEZ, “Las cinco sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios”, Diario La Ley, nº 9348, 30 de enero de 2019, disponible en [http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFWMsQrDMAwF\\_8az4ykZPMWf4M5FiZ5B1FhFjgv5-6YdCr3xOE6YY8r-IsxLCN69YF20xeCnxU9hdk0ZOa1xNEaRBv4kUs6kez6fIVqh8Om-vg73X-HvYIs0YGVKhqTxWwDjraudRy4mXzFG2zQnTGLAAAWKE](http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFWMsQrDMAwF_8az4ykZPMWf4M5FiZ5B1FhFjgv5-6YdCr3xOE6YY8r-IsxLCN69YF20xeCnxU9hdk0ZOa1xNEaRBv4kUs6kez6fIVqh8Om-vg73X-HvYIs0YGVKhqTxWwDjraudRy4mXzFG2zQnTGLAAAWKE)



Los hechos son los siguientes. La parte actora (prestatario) celebró un préstamo hipotecario en escritura pública de 20 de diciembre de 2004. El 24 de mayo de 2017 interpuso demanda, en la que solicite que se declare nula la cláusula de gastos y que se le restituya todas las cantidades abonadas en aplicación de la citada cláusula (3.226,28 €).

La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. La entidad bancaria interpone recurso de apelación, en el que alega, entre otras cosas, la prescripción de la acción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, y considera que la acción de restitución de cantidades está prescrita; pero confirma la sentencia apelada en lo que a la declaración de nulidad se refiere).

La sentencia dedica unas diez páginas a analizar las distintas cuestiones que plantea la prescripción.

## **2. Sobre si prescribe o no la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de la cláusula suelo**

La SAP hace un razonamiento extenso sobre esta materia. Comienza señalando cuál es el fundamento de la prescripción (apartado 6 de la sentencia), y cómo la regla general es que todas las acciones prescriben, salvo que la ley las declare expresamente imprescriptibles (ap. 7). Es pacífico que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva no prescribe (ap. 9). Pero es una cuestión discutida si prescribe o no la acción de remoción de los efectos de la cláusula nula cuando los efectos ya se han producido. Hay argumentos para sostener ambas tesis. Los argumentos a favor de su imprescriptibilidad se enumeran en el apartado 10, mientras que el apartado 11, después de señalar que es la opinión sostenida por la doctrina científica, expone las razones a favor de la prescriptibilidad. La doctrina del Tribunal Supremo no es unívoca, pues mientras la STS de 27 de febrero de 1964 sostiene que la acción de restitución sí prescribe, la STS de 25 de marzo de 2013 defiende lo contrario (ambas se reproducen en los apartados 12 y 13). En cuanto a la jurisprudencia menor dictada específicamente sobre la restitución de los gastos abonados en restitución de la cláusula nula, el apartado 14 cita algunas sentencias de Audiencias Provinciales favorables a la prescripción de la acción (SSAP Valencia, Secc. 9ª, de 1 de febrero de 2018; La Coruña, Secc. 4ª, de 29 de noviembre de 2017), y otras que defienden lo contrario (SAP Alicante, Secc. 4ª, de 26 de marzo de 2018).



La AP Barcelona acoge la tesis de la prescriptibilidad de la acción. Lo hace en su apartado 15, que tiene el siguiente texto:

*“Pues bien, aun cuando, como hemos dicho, la cuestión suscita serias dudas de derecho, estimados que, efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula que desplaza al consumidor todos los gastos de la escritura puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo. No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos de gestoría, notaría o registro no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido”.*

A continuación, la AP señala que es la primera ocasión en la que ha tenido que pronunciarse sobre la acción restitutoria de cantidades (ap. 16). Y que la prescripción de esta acción no es contraria ni a la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva, ni a la posibilidad de que los efectos de la nulidad sean apreciados de oficio por el juez (ap. 17), ni al art. 6.1 de la Directiva de cláusulas abusivas (ap. 18). Además, la jurisprudencia del TJUE ya ha declarado que el establecimiento de plazos razonables de prescripción es compatible con el Derecho de la Unión (ap. 17).

A mi juicio, la doctrina sentada por la AP Barcelona es correcta. La acción declarativa de nulidad es imprescriptible, pero sí prescribe la acción de restitución de cantidades. Esta es la tesis que he defendido en otros lugares<sup>2</sup>, y que ha sido admitida por la doctrina más autorizada<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> MARÍN LÓPEZ, *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2018, pp. 259 y ss.; CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Derecho de obligaciones y contratos en general*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 169.

<sup>3</sup> DELGADO EQUEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 65, 66 y 95; CARRASCO PERERA, *Tratado de Contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 671, 674 y 675; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 448; REGLERO CAMPOS, “Comentario al art. 19”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 566 y 567.



### 3. Sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades

La AP Barcelona sostiene que el plazo de restitución de cantidades indebidamente abonadas está sujeto al plazo de prescripción de diez años (art. 121-20 del Código Civil catalán), que es el plazo general de prescripción. Los apartados 20 a 23 de la sentencia explican por qué rige este plazo de prescripción y no el plazo general del art. 1964 CC español.

No es este el lugar para analizar si deben aplicarse los plazos de prescripción del Código Civil español o del catalán. Aunque sí debe mencionarse que, según la SAP Barcelona, de aplicarse el CC español habría que acudir al art. 1964.2 CC.

A mi juicio, en el marco del derecho común el plazo de prescripción de la pretensión de restitución es, efectivamente, el plazo general del art. 1964.2 CC<sup>4</sup>. Ello se debe a que los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho no tienen cabida en el art. 1303 CC, que únicamente entra en juego en la hipótesis de anulabilidad. Existe un plazo general de prescripción para las acciones personales que no tienen un plazo específico: plazo de cinco años (art. 1964.2 CC). Ni en la Directiva 93/13/CEE ni en las normas de transposición al derecho español (TRLGDCU y LCGC) hay una norma específica que contemple un plazo de prescripción propio para la restitución de lo ejecutado en aplicación de la cláusula nula. Por esta razón debe aplicarse el plazo general de prescripción de cinco años, tal y como impone el art. 1964.2 CC.

Pero hay que tener en cuenta que hasta el año 2015 el plazo general de prescripción del art. 1964 CC era de quince años. La Ley 42/2015 modifica este precepto, reduciendo el plazo a cinco años. Es necesario examinar el juego temporal de estos plazos de prescripción. De una correcta interpretación de los arts 1939, 1964.2, 1969 CC y la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 42/2015 (que establece una eficacia retroactiva parcial) resulta lo siguiente. 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), la regla es que se aplica el plazo de prescripción de quince años, conforme a la vieja redacción del artículo 1964 CC. Pero si la acción debía de durar más allá del 7 de octubre de 2015, pues la prescripción de quince años debía operar después de esa fecha, la acción

---

<sup>4</sup> De esta misma opinión, PASQUAU LIAÑO, “Comentario a los arts. 9 y 10”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, Aranzadi, 2000, pp. 289; GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Comentario al art. 83” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 1158; PERTÍNEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pp. 233; REGLERO CAMPOS, “Comentario al art. 19”, *cit.*, pp. 567.



prescribe el 20 de octubre de 2020. En cambio, si la acción de restitución ha nacido después del 7 de octubre de 2015, prescribe a los cinco años, conforme a la nueva redacción del art. 1964.2 CC.

#### **4. Sobre el inicio del plazo de prescripción (*dies a quo*)**

La SAP sostiene que el plazo de prescripción empieza a correr desde que el demandante (consumidor) realizó los pagos cuya restitución reclama. Como han transcurrido más de diez años desde que se celebró el préstamo (diciembre de 2014) hasta la fecha de presentación de la demanda, la deuda está prescrita.

La sentencia argumenta del siguiente modo. El apartado 24 de la sentencia reproduce el art. 121-23, ap. 1 del CC catalán, según el cual “el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercitable la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que lo fundamentan y la persona contra la cual puede ejercitarse”. Y el apartado 25 establece lo siguiente:

*“En este caso, la demandante pudo ejercitar la acción desde el momento en que hizo efectivos los gastos cuya restitución reclama. No estamos ante la nulidad de un contrato como tal sino ante la nulidad de una cláusula por abusiva, cláusula que desplegó y agotó todos sus efectos el 20 de diciembre de 2004. Descartamos que pueda posponerse el dies a quo a la fecha de la primera Sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció sobre la nulidad de la cláusula de gastos o al momento en que se declara judicialmente su nulidad”.*

Y a continuación reproduce un amplio fragmento de la SAP Valencia, Secc. 9ª, de 1 de febrero de 2018, haciendo suyos los argumentos de la misma:

*“Desde ya se rechaza que el día inicial fuera el del dictado de la STS de 23 de diciembre de 2015 , del Pleno, que declaró que la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario es nula por abusiva por varias razones: una, y principal, porque las sentencias no son equiparables a las leyes, no son fuentes del ordenamiento jurídico, aunque las del Tribunal Supremo lo completen con la doctrina reiterada que establezcan al interpretar esas fuentes, por lo que no puede exigirse que la generalidad de los ciudadanos las conozcan, ni siquiera sentencias de tanta repercusión como la citada o la que se dictó sobre la "cláusula suelo", STS de 9 de mayo de 2013 ; segundo, porque la STS de 23 de diciembre de 2015 resuelve un recurso de casación y en el procedimiento la sentencia de primera instancia ya había declarado cláusulas nulas*



*por abusivas, lo que supone, obviamente, que ya hubo consumidores que pudieron antes ejercitar la acción aunque fuera la de nulidad (no se olvida que no se ejercitaba la acción de restitución en ese caso).*

*También se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no sólo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, "de aquí a la eternidad", resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo.*

*Descartadas las anteriores opciones, si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos".*

Entiendo que en lo esencial la solución de la SAP Barcelona es correcta. Pero hay algunas cuestiones que no están adecuadamente resueltas, a mi juicio. En un primer momento parece indicar que como la cláusula de gastos "desplegó y agotó todos sus efectos el 20 de diciembre de 2004" (fecha de la escritura pública de préstamo hipotecario), ese es el *dies a quo* del plazo de prescripción. Sin embargo, en el texto que reproduce de la SAP Valencia se establece que "la acción de restitución puede ejercitarse... a partir del momento en que realizó los pagos indebidos". Y aunque no se aclara cuál es ese momento, parece claro que debe ser en una fecha posterior, pues al notario, registrador de la propiedad y gestoría se le paga siempre después de formalizada la escritura pública.

Hay que aclarar que la SAP resuelve conforme al art. 121-23 CC catalán. Pero la solución es la misma se aplica el CC español, si se entiende el art. 1969 CC en clave subjetiva, como ya ha hecho el TS en numerosas ocasiones.

La regla general de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción se contiene en el art. 1969 CC, según el cual "el tiempo para la prescripción de toda clase de



acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. Por lo tanto, la cuestión que debe resolverse es desde qué día el consumidor “puede ejercitar” contra el prestamista la acción de restitución de cantidad.

A pesar de que durante décadas el Tribunal Supremo ha entendido el art. 1969 CC en clave objetiva (el plazo empieza a correr desde que nace la acción), desde la STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013), y otras que le siguen (SSTS 21 de junio de 2013, RJ 8079; 2 de diciembre de 2013, RJ 7832; y 14 de enero de 2014, RJ 1), queda claro que la posibilidad de ejercicio de la acción debe interpretarse en clave subjetiva. Por ello, para que el plazo de prescripción comience a correr 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 tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar; y (iii) 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<sup>5</sup>. Hay que analizar con detalle los requisitos primero y tercero.

El primer requisito para que empiece a correr el plazo de prescripción es que la acción haya nacido y pueda ser jurídicamente ejercitable. Cabría sostener que la acción del prestatario nace con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos. Pues es esta declaración de nulidad la que hace surgir el derecho a reclamar la restitución de las cantidades satisfechas en ejecución de esa cláusula. Conforme a este razonamiento, el plazo de prescripción debería empezar a correr, como muy pronto, el día en que se dicta la STS de 23 de diciembre de 2015. Esta argumentación no puede compartirse, como acertadamente sostiene la AP Barcelona. La sentencia que declara la nulidad no es constitutiva, sino declarativa. Como afirma la STJUE de 21 de diciembre de 2016, una cláusula declarada abusiva “nunca ha existido” (ap. 61), de modo que la cláusula es nula desde el principio (desde que se perfecciona el contrato), aunque después pueda ser declarada nula por un juez.

En consecuencia, la cláusula de gastos es nula desde que se celebra el contrato de préstamo hipotecario. Pero el derecho a reclamar la devolución de las cantidades pagadas en ejecución de esa cláusula nace más tarde, en concreto el día en que esas cantidades se satisfacen. Pues por definición no cabe pedir la restitución de lo entregado

---

<sup>5</sup> Un estudio detenido del art. 1969 CC, y en particular sobre los tres requisitos citados, en MARÍN LÓPEZ, “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., y pp. 101 a 200.



antes de que esa entrega se haya realizado. Por lo tanto, hay que estar al día en que se pagan los honorarios del notario, del registrador o de la gestoría. A estos efectos, aunque el consumidor haya anticipado una cantidad de dinero para hacer frente a estos gastos, las fechas relevantes serán las del pago del importe debido al notario, registrador o gestoría. A falta de que se acredite de otro modo la fecha exacta del pago, habrá de estarse a la fecha de las facturas (la carga de la prueba de que el abono se realizó antes incumbe al prestamista, que es quien alega la excepción de prescripción).

El tercer requisito para que el plazo de prescripción se inicie es que el acreedor conozca (o no pueda diligente ignorar) determinados datos. Está ampliamente aceptado que se trata de los hechos que dan lugar al nacimiento de la acción y de la identidad de la persona contra la que ejercitar la acción. En esta línea, la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7251) establece que “la norma general del artículo 1969 del Código Civil” hay que interpretarla “según el criterio de que la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquélla se funda”.

Como he expuesto en otro lugar<sup>6</sup>, “el conocimiento requerido ha de ser sobre los hechos, y no sobre el derecho. Debe saber que se han producido determinados hechos (los que provocan el nacimiento de la pretensión), pero no que esos hechos le otorgan o atribuyen un derecho o pretensión. Por eso, la ignorancia sobre la existencia del derecho no impide que el plazo de prescripción empiece a correr. Ejemplos: debe saber que la piedra que le ha impactado ha sido lanzada por un alumno del colegio, pero no que hay una regla legal (art. 1903.IV CC) que hace responsable de esos daños al titular del centro docente; debe conocer que ha entregado un bien a un sujeto con función solutoria en la creencia equivocada de pagar en cumplimiento de una obligación propia, pero no tiene que saber que dispone de una acción para solicitar la devolución de lo indebidamente entregado, y que esa es la acción de pago de lo indebido, y no otra. Esta solución se justifica en que la ignorancia de la ley, aunque no pueda evitarse ni con un comportamiento diligente, está en el ámbito de los riesgos del acreedor, y no debe recaer sobre las espaldas del deudor”.

En el caso que nos ocupa, los hechos que fundamentan la pretensión son la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, que ese contrato impone al prestatario el pago de todos los gastos derivados de su preparación y perfección, y que el prestatario ha pagado estos gastos (de notaría, Registro de la Propiedad, gestoría, etc). El plazo de prescripción de la acción de reclamación de estas cantidades empieza a correr desde que el prestatario conoce (o no puede diligentemente ignorar) esos hechos. El conocimiento sobre los dos primeros hechos no plantea dificultades. Tratándose de una relación

---

<sup>6</sup> MARÍN LÓPEZ, “El *dies a quo*...”, *cit.*, pp. 139.





contractual, es obvio que los conoce en el mismo instante en que se producen. Es decir, los conoce desde que celebra el contrato. Pues en ese momento sabe –obviamente- que ha celebrado ese contrato, y sabe (o no puede diligentemente ignorar) que en el mismo hay una cláusula que le impone el pago de los gastos [aunque se trate de una condición general de la contratación, el consumidor ha tenido la oportunidad de leerla, pues se trata de una cláusula “accesible”, en los términos del art. 80.1.b) TRLGDCU]. En cuanto al conocimiento sobre el pago de los gastos y su cuantía, lo conoce cuando la gestoría le remite la documentación con todas las facturas del notario, registro y de la propia gestoría. Esta es la fecha relevante a efectos del *dies a quo*. No cabe sostener que el prestatario tiene la posibilidad de conocer esos datos antes, si actúa con la diligencia debida. En concreto, que podía solicitar información a la gestoría antes del envío de la documentación. No parece razonable que una conducta diligente del prestatario le lleve a ello, sobre todo cuando él sabe que la gestoría le remitirá por correo las facturas emitidas y abonadas y la cuantía de cada gasto.

El conocimiento del consumidor recae sobre estos hechos, y no sobre el derecho. Por eso, no cabe vincular el inicio del plazo de prescripción a la fecha en la que el consumidor conozca (o hubiera debido conocer, si hubiera actuado con la diligencia exigible) que es titular del derecho a reclamar frente al prestamista la devolución de ciertas cantidades, por ser la cláusula de gastos nula. A efectos de fijar el *dies a quo* es irrelevante cuándo el consumidor sabía (o podía haber sabido) que la cláusula de gastos es nula, o conozca qué concreta norma o doctrina jurisprudencial ampara la anulación de la cláusula y la restitución de cantidades. Por esta razón, no puede vincularse el inicio del plazo de prescripción a la STS de 23 de diciembre de 2015, como acertadamente sostiene la AP Barcelona, o al momento en que esta sentencia se hace pública (el 21 de enero de 2016, que es cuando se publica en la web del Consejo General del Poder Judicial). El derecho a obtener del prestamista la devolución de cantidades existe antes (en concreto, desde que se pagan, pues la cláusula es nula desde el principio) y a efectos de prescripción carece de importancia que el acreedor (el consumidor) no supiera que la cláusula de gastos era nula y que tenía derecho a pedir la devolución de lo abonado.

La AP Barcelona, siguiendo a la AP Valencia, sostiene que el plazo prescriptivo empieza a correr “a partir del momento en que [el prestatario] realizó los pagos indebidos”. No se aclara cuál es esa fecha (y obviamente no puede ser la de la formalización de la escritura de préstamo hipotecaria, sino otra posterior). Y además no toma en consideración el criterio subjetivo del conocimiento real o potencial, esto es, cuándo el consumidor conoció (o pudo haber conocido) la realización de esos pagos a



terceros y de su cuantía. Es en este punto en el que creo que la SAP Barcelona peca de poca argumentación.

En definitiva, la prescripción de la acción restitutoria que incumbe al prestatario hipotecario tras la nulidad de la cláusula de gastos empieza a correr a efectos de prescripción en el momento en que el prestatario conoce que se han realizado pagos indebidos en aplicación de la cláusula de gastos y la cuantía de los mismos. Lo que normalmente sucede cuando el prestatario recibe de la gestoría las facturas pagadas a terceros (notario, registrador, etc) en la que constan los importes exactos satisfechos. Pues en ese instante concurre tanto el elemento objetivo del *dies a quo* (que la pretensión ha nacido y es jurídicamente ejercitable) como el elemento subjetivo (que el prestatario conoce, o debía haber conocido, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar).