

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS Y DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LOS GASTOS ABONADOS*

Manuel Jesús Marín López

Centro de Estudios de Consumo

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Una de las cuestiones más debatidas en relación con la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios es la relativa a la prescripción. Este trabajo examina si la reclamación del consumidor (prestatario) contra el prestamista está sometida a prescripción. A estos efectos es necesario distinguir entre la acción de declaración de nulidad de la cláusula abusiva y la acción de restitución de las cantidades abonadas en ejecución de la cláusula. La primera no prescribe, pero la segunda sí. Se analiza cuál es el plazo de prescripción de esta segunda pretensión y el día en que comienza a correr el plazo (*dies a quo*). También se expone el tratamiento que de la prescripción han hecho los tribunales de primera y segunda instancia.

Palabras clave: Cláusulas abusivas; préstamos hipotecarios; cláusula de gastos; prescripción.

Title: The prescription of the action for annulment of the expense clause and the action of refund of costs paid

Abstract: One of the most debated issues in relation to the expenses in the mortgage clause is the one relating to the prescription. This paper examines whether the claim of the consumer (borrower) against the lender is subject to prescription. For this purpose it is necessary to distinguish between the action of declaration of invalidity of the abusive clause and the action of restitution of amounts paid in implementation

* 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).

of the clause. The first does not prescribe, but the second one does. We analyze what is the period of limitation of this second presumption, and the day in which the countdown starts the deadline (*dies a quo*). Treatment that prescription the first and second instance courts made is also exposed.

Keywords: Unfair terms; mortgage loans; prescription.

Sumario. 1. Planteamiento. 2. La acción declarativa de nulidad es imprescriptible, pero sí prescribe la acción de restitución de los gastos abonados. 3. La duración del plazo de prescripción. 4. El inicio del plazo de prescripción (*dies a quo*). 5. La prescripción del derecho en el caso de préstamos ya cancelados. 6. El tratamiento de la prescripción en la jurisprudencia.

1. Planteamiento

Desde la STS de 23 de diciembre de 2015 son numerosas las sentencias de primera y segunda instancia que declaran la nulidad de la cláusula de gastos. Sin embargo, existen algunas cuestiones controvertidas, entre las que pueden mencionarse las siguientes: ¿es abusiva la imposición al prestatario de los gastos derivados del impuesto de Actos Jurídicos Documentados?; tras la nulidad de la cláusula de gastos, ¿puede el prestatario reclamar todos los gastos abonados o sólo una parte de ellos (los que por ley debería abonar el prestamista y cuyo pago por el prestatario fue impuesto en la cláusula de gastos)?, o formulada en otros términos, ¿cabe acudir al derecho supletorio tras la nulidad de la cláusula para averiguar quién -prestamista o prestatario- debe soportar los gastos del préstamo hipotecario?; ¿qué establece el derecho supletorio sobre el particular?; ¿está la cláusula de gastos sometida al control de transparencia?; ¿cómo opera la cláusula de gastos en el proceso ejecutivo?

Todas estas cuestiones tienen un indudable interés, y merecen un análisis completo y exhaustivo, que he llevado a cabo en una obra monográfica que pronto verá la luz (*La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Madrid, Reus, 2017, que se publicará en otoño).

Pero hay otra cuestión que tiene un indudable interés, y que también merece ser analizada: si está sometida a plazo de prescripción la pretensión del prestatario. A ello dedico las páginas que siguen. Se trata de determinar si el prestatario dispone de un plazo más allá del cual no puede solicitar la nulidad de la citada cláusula y la restitución de las cantidades que correspondan. Formulada en otros términos, ¿puede el consumidor solicitar al juez que declare la cláusula abusiva, con independencia de que el préstamo hipotecario se haya celebrado en el año 1987, en el 2002 o en el 2014? ¿Podrá en los tres casos mencionados reclamar la restitución de las cantidades que resulten tras la nulidad de la cláusula? Ello nos remite al instituto de la prescripción.

En realidad, son dos las cuestiones que hay que analizar: la duración del plazo de prescripción de la acción y el día en que empieza a correr ese plazo (*dies a quo*). Sin embargo, antes de abordar estas materias es necesario distinguir dos tipos de acciones: la acción de declaración de nulidad de la cláusula, y la acción de

restitución de las prestaciones ejecutadas. Se trata de acciones distintas, en las que la prescripción opera de manera diferente.

2. La acción declarativa de nulidad es imprescriptible, pero sí prescribe la acción de restitución de los gastos abonados

Suele afirmarse que una de las diferencias fundamentales entre nulidad absoluta y nulidad relativa es la relativa al plazo de prescripción. Mientras en los casos de nulidad absoluta la acción de nulidad no prescribe nunca, si se trata de una nulidad relativa la acción prescribe a los cuatro años (art. 1301 CC). Partiendo de esta tesis, si la cláusula abusiva es una hipótesis de nulidad absoluta o de pleno derecho, el prestatario podría pedir la nulidad de la cláusula y solicitar asimismo al prestamista la restitución de las cantidades que corresponda en cualquier momento, esto es, aunque haya transcurrido un largo período de tiempo desde la concesión del préstamo hipotecario.

Esta idea debe matizarse. Como ya he defendido en otro lugar (CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Derecho de obligaciones y contratos en general*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 169), y ha sostenido la doctrina más autorizada [DELGADO EQUERRÍA/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], a efectos de prescripción hay que distinguir entre la acción declarativa de nulidad y la acción de restitución de lo entregado, pues mientras la acción de declaración de nulidad es imprescriptible, sí prescribe la acción para reclamar la restitución de lo ejecutado.

Que la acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva no prescribe nunca es algo que no plantea debate. Toda la doctrina coincide en este punto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que en los casos de nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible (SSTS de 21 de enero de 2003, RJ 563; 24 de abril de 2013, RJ 3692; 19 de noviembre de 2015, RJ 5501; 6 de octubre de 2016, RJ 4756). En este sentido, la citada STS de 19 de noviembre de 2015 dispone que "ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo (RJ 2013, 4596))".

Como la nulidad de la cláusula abusiva es un caso de nulidad absoluta, rige esta doctrina, y la acción de declaración de nulidad no prescribe.

En realidad, la acción de declaración de la nulidad es imprescriptible no sólo en los casos de nulidad radical o absoluta, sino también en los de anulabilidad (CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Derecho de obligaciones y contratos...*, cit., pp. 174).

Los problemas se suscitan en relación con la acción de devolución de cantidades entregadas que surge tras la nulidad de la cláusula. Ya he señalado que la mayoría de la doctrina entiende que la acción sí prescribe. Pero también se ha defendido lo contrario, con varios argumentos.

Se ha señalado que tras la nulidad de la cláusula procede la restitución automática de las prestaciones ejecutadas, incluso aunque el consumidor no lo haya solicitado. Y que, en consecuencia, si la acción de nulidad no prescribe, en la misma situación está lo relativo a la devolución de lo ejecutado.

La primera afirmación ha tenido eco en la jurisprudencia. La STS de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1513) establece que:

“es doctrina reiterada de esta Sala... que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del art. 1303 del Código Civil, habiendo declarado la Sentencia de 18-1-1904 que «corroborra este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el art. 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad», obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [S. 10-6-1952 (RJ 1952\1255)], por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio «iura novit curia», sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito”. Este fragmento se reproduce literalmente en la STS de 22 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 10198).

Con apoyo en esta doctrina jurisprudencial, RIBÓN SEISDEDOS ha sostenido que “hallándose ante una consecuencia inherente a la nulidad, no tenemos que temer por el plazo de prescripción de la acción” (*Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Madrid, Sepín, 2017, pp. 197) por lo que no hay fecha límite para la devolución de los gastos satisfechos. Por su parte, el magistrado RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI señala que la acción es imprescriptible, y que “no hay, por tanto, plazo alguno que computar, ni desde la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013, que propicia reclamaciones con su doctrina, ni aunque el contrato de préstamo con garantía hipotecaria esté consumado y agotado, por haber finalizado todas las prestaciones recíprocas de las partes” (“Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, nº 6, Westlaw BIB 2017/2010, pp. 4). Aunque no distingue entre la acción declarativa de nulidad y la acción de restitución, de su texto se infiere que ninguna de las dos está sometida a plazo de prescripción.

Los jueces y magistrados de este país son conscientes de que la cuestión es controvertida. En el IV Congreso de la Asociación “Jueces para la Democracia”, celebrado en Bilbao los días 22 y 23 de marzo de 2017, se trató esta materia. En

el *Boletín de la Comisión de Privado de Jueces para la Democracia* del año 2017, nº 15, se informa del debate suscitado en los siguientes términos: “se planteó también, si hay plazo para el ejercicio de la acción: se afirma que si se considera nula la cláusula, la acción no estará sujeta a plazo al ser imprescriptible. Se apunta la tesis que defiende que la acción de nulidad es imprescriptible pero no la reclamación de tales gastos ya que, para su recuperación, lo que hay que ejercitar es la acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados; esta acción sí está sujeta a plazo en su ejercicio. Sin embargo, puede defenderse que la declaración de nulidad de una cláusula conlleva la restitución de las prestaciones entregadas como consecuencia de la misma; por tanto, los gastos padecidos habrían de restituirse *ope legis* por el mero hecho de la declaración de nulidad” (pp. 21).

Esta tesis no puede compartirse, pues no es cierto que la nulidad conlleve la restitución automática de las prestaciones ejecutadas. Como evidencian los arts. 1306 y 1307 CC, hay casos en los que la nulidad no provoca la restitución de prestaciones.

Además, la jurisprudencia dictada en relación con la cláusula de gastos confirma la tesis que aquí se defiende. Existen multitud de sentencias en las que no se condena a la entidad prestamista a la devolución de cantidades abonadas por el prestatario en concepto de gastos debido a que en la demanda únicamente se solicitó que se declarara nula la cláusula de gastos pero no la restitución de cantidades. Son muchas las sentencias de este tipo. Así sucede, por ejemplo, en las SSAP Gerona 55/2011 (Secc. 1º), de 10 de marzo de 2016; Zamora 101/2017, de 30 de marzo de 2017; Madrid 139/2017 (Secc. 20ª), de 31 de marzo de 2017 (JUR 2017, 144838); Madrid 75/2016 (Secc. 12ª), de 29 de febrero de 2016 (JUR 2016, 115862); Álava 266/2016 (Secc. 1ª), de 1 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 243691); Ávila 50/2017 (Secc. 1ª), de 3 de marzo de 2017 (JUR 2017, 111325); Huelva 537/2016 (Secc. 2ª) de 21 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 58477); Jaén 153/2016 (Secc. 1ª), de 7 de marzo de 2016 (JUR 2016, 153270); La Rioja 131/2016 (Secc. 1ª), de 16 de julio de 2016 (JUR 2016, 184857); Valencia 252/2015 (Secc. 9º), de 15 de julio de 2015 (JUR 2015, 272933); Valencia 578/2016 (Secc. 9ª), de 27 de abril de 2016 (JUR 2016, 155263); Valencia 617/2016 (Secc. 9ª), de 4 de mayo de 2016 (JUR 2016, 214702); Murcia 140/2016 (Secc. 4ª), de 25 de febrero de 2016 (AC 2016, 489); SJM nº 1 de San Sebastián 81/2006, de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016, 120408); SJM nº 1 de San Sebastián 89/2016, de 8 de marzo de 2016 (JUR 2016, 57311).

Esta solución es acertada, si el demandante simplemente pidió la declaración de nulidad, pero no la restitución. Es una consecuencia lógica del principio de congruencia, que impide al juez conocer de cuestiones que las partes no le han planteado. Y es que, efectivamente, la restitución de cantidades no es una consecuencia inherente a la nulidad. Cuando se ejercitan acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas, el juez ordena la cesación (previa constancia de su nulidad), pero no ordena la restitución de cantidades. Esto demuestra que se trata de dos acciones diferentes. Así ha de ser, aunque el Tribunal Supremo haya sostenido en ocasiones lo contrario.

Conforme a lo expuesto, hay que entender que la acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, pero sí prescribe la acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas en aplicación de la citada cláusula.

La existencia de un plazo de prescripción no supone una limitación a los derechos de los consumidores que vulnere la Directiva 93/13/CEE. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que “la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión” (entre otras, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, ap. 41, y 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/15 y otros, ap. 69). Por lo tanto, no cabe sostener que la mera existencia de un plazo de prescripción para la recuperación de las cantidades abonadas es contraria al derecho comunitario, sobre todo en un caso, como el que se analiza, en el que el plazo de prescripción no hace excesivamente difícil o imposible el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

3. La duración del plazo de prescripción

En relación con la pretensión restitutoria, que sí prescribe, hay que determinar cuál es el plazo de prescripción.

Con carácter general se afirma que en caso de nulidad relativa el plazo de prescripción es de cuatro años (art. 1301 CC; este plazo es de prescripción, y no de caducidad –SSTS de 27 de marzo de 1989 y 1 de febrero de 2002-), y en el supuesto de nulidad absoluta será el plazo general de prescripción de las acciones personales que no tienen establecido un plazo específico (cinco años, conforme a la nueva redacción del art. 1964.2 CC dada por la Ley 42/2015; antes de esta reforma el plazo general era de quince años).

Sin embargo, cuando se trata de la restitución derivada de la nulidad de una cláusula abusiva es discutido si debe regir el plazo de prescripción de cuatro años del art. 1301 CC o el plazo general de prescripción del art. 1964.2 CC. La primera tesis es defendida, entre otros, por MIQUEL GONZÁLEZ [“Comentario al art. 83 TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011, pp. 762] y CARRASCO PERERA [“La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado”, pp. 7, publicado en el blog del Centro de Estudios de Consumo (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Prescripcion-accion-restitutoria-clausula-suelo.pdf>; fecha de consulta: 28 de marzo de 2017)]. La segunda es seguida, entre otros, por 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.

En mi opinión, el plazo de prescripción de la pretensión de restitución es el plazo general del art. 1964.2 CC. 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. Sin embargo, la realidad es que para averiguar cuál es el plazo de prescripción de la pretensión de restitución no debería ser necesario "etiquetar" previamente la nulidad de la cláusula abusiva como absoluta o relativa. Pues el legislador tiene las manos libres para configurar cada supuesto de nulidad del modo que estime conveniente. No es que la nulidad, por ser absoluta o relativa, tenga que tener un plazo de prescripción de cinco o cuatro años, respectivamente. Es necesario cambiar el enfoque. Hay que partir de que 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.

Conforme a lo expuesto, la petición de declaración de nulidad de la cláusula de gastos (mediante acción o excepción) no está sujeta a limitaciones temporales, pues no prescribe nunca. Y ello al margen de que se trata de un caso de nulidad absoluta o de anulabilidad (pues también en este caso la declaración de nulidad no prescribe). Sin embargo, la acción para reclamar la restitución de las cantidades abonadas por el consumidor en aplicación de la cláusula de gastos nula sí prescribe, en un plazo de cinco años.

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 prescribe el 20 de octubre de 2015. 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. El inicio del plazo de prescripción (*dies a quo*)

Es controvertido determinar cuál es el *dies a quo* del plazo de prescripción, esto es, cuándo empieza a correr el plazo prescriptivo de la acción del prestatario para recuperar las cantidades abonadas. Las posiciones defendidas son muy variadas, pues esa fecha se ha relacionado con el día de la formalización de la escritura

pública, con el momento en que se abona la cantidad cuya restitución luego se reclama, con la fecha en que el prestatario satisface el último plazo de amortización del préstamo y pone fin así al cumplimiento íntegro del contrato, o incluso con el 23 de diciembre de 2015, fecha de la STS que declara nula la cláusula de gastos.

Para analizar esta cuestión, hay que partir del art. 1969 CC, que instaura la regla general de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción. Según este precepto, "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". En parecidos términos se expresa ahora el art. 1964.2 CC: plazo de cinco años "desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación". 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.

Aunque 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 posteriormente 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 (un estudio detenido del art. 1969 CC, y en particular sobre los tres requisitos citados, en 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., y pp. 101 a 200).

En cuanto al primero de los requisitos, según el cual para que empiece a correr el plazo prescriptivo es necesario 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. 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 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, de la gestoría o del ingreso del IAJD en la Hacienda Pública. A estos efectos, aunque el consumidor haya anticipado una cantidad a la gestoría encargada de realizar los trámites necesarios para la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, las fechas relevantes serán las de las facturas del notario y del registrador de la propiedad, y la que conste en el modelo utilizado para abonar el IAJD.

Para que el plazo de prescripción empiece a correr no basta con que el derecho del acreedor (en este caso, del consumidor) haya nacido. Es necesario, además, 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. Es difícil averiguar en qué momento exacto un consumidor prestatario tiene ese conocimiento (real o potencial) de la nulidad de la cláusula. Es esta una circunstancia que sólo puede analizarse caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada concreto prestatario. Según la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo, la buena fe de las partes sirve para valorar la "posibilidad de ejercicio de la acción" del art. 1969 CC, pues modula la diligencia exigible a los sujetos a los que afecta la prescripción. Así, el *dies a quo* debe iniciarse desde que el consumidor conoció o debía haber conocido los hechos determinantes de su pretensión, esto es, que la cláusula era nula y, por tanto, él tenía derecho a reclamar ciertas cantidades. Si el prestatario conoce (o debía haber conocido) esa circunstancia, el plazo prescriptivo debe correr, pues no hay que proteger a un acreedor (prestatario) poco diligente.

Como la prescripción funciona normalmente como excepción, la regla del conocimiento potencial (que podía haber conocido los hechos, si hubiera actuado con diligencia) opera en materia probatoria del siguiente modo: al deudor que alega la excepción (en este caso, al prestamista) le incumbe probar que el acreedor (prestatario) conocía los hechos que fundamenten la pretensión (esto es, la nulidad de la cláusula y la posibilidad de reclamarle algunas cantidades) o que se dan las circunstancias que deberían haber llevado al demandante (prestatario), actuando con la diligencia exigible, a conocer la nulidad de la cláusula.

Conforme a lo expuesto, no puede fijarse con carácter general una fecha concreta en la que debe comenzar a correr el plazo de prescripción. Habrá que estar al caso concreto, pues el conocimiento o la posibilidad de conocer que la cláusula de gastos es nula puede variar de un consumidor a otro. Sin embargo, a estos efectos puede tener cierta importancia la STS de 23 de diciembre de 2015. Es esta la primera vez en la que el Tribunal Supremo declara abusiva la cláusula de gastos. Dada la notoriedad de la sentencia y la enorme publicidad que se ha hecho de la misma, podría sostenerse que desde la publicación de esta sentencia (el 21 de enero de 2016, que es cuando se publica en la web del Consejo General del Poder Judicial) el consumidor podía conocer que la cláusula de gastos era nula y que él podía reclamar al prestamista el abono de ciertas partidas económicas. Ello no significa que esa fecha deba constituir el *dies a quo* de la acción de restitución de cantidades en todos los casos, pues algunos consumidores, dadas sus

circunstancias personales, quizás habían conocido (o podían haber conocido) antes esos datos.

En definitiva, aunque hayan transcurrido más de quince años desde que el prestatario pagó el IAJD o abonó los aranceles notariales y registrales, no por ello habrá prescrito su derecho a reclamar la devolución de esas cantidades. Pues el *dies a quo* del plazo de prescripción se retrasará hasta que el prestatario conoció o debió haber conocido que era titular de ese derecho, debiendo entenderse que como muy tarde debió haber conocido esos hechos el 21 de enero de 2016.

5. La prescripción del derecho en el caso de préstamos ya cancelados

Una cuestión debatida es si el consumidor puede reclamar contra el prestamista cuando ya ha abonado todas las cuotas de amortización del préstamo o si es necesario que el contrato está todavía en vigor.

Para averiguar si el consumidor puede ejercitar sus derechos contra el prestamista es irrelevante si el contrato está todavía vigente y cumpliéndose por el prestatario o si ya ha sido cancelado por cumplimiento o por cualquier otra razón. En efecto, la circunstancia de que el prestatario haya devuelto completamente el capital prestado (más los correspondientes intereses) mediante el pago de todos los plazos de amortización no afecta de ninguna manera al ejercicio de sus derechos contra el prestamista por el carácter abusivo de la cláusula de gastos. En particular, el plazo de prescripción para reclamar la devolución de los gastos de IAJD, gestoría, notaría y registro funciona del modo que ya se ha expuesto, y no se ve afectado por el hecho de que el contrato esté todavía en vigor o ya esté completamente ejecutado por el prestatario.

Por consiguiente, es incorrecto afirmar que el consumidor no puede pedir la devolución de estos gastos porque el préstamo ya no está en vigor, ni tampoco cabe vincular el *dies a quo* con la fecha en que el consumidor abonó la última cuota de amortización del préstamo.

En el caso resuelto por la sentencia 174/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Benidorm, de 5 de junio de 2017 (JUR 2017, 147403), la entidad demandada (Kutxabank) alegó que el préstamo hipotecario había sido cancelado anticipadamente, en concreto el 24 de agosto de 2009, y que habiéndose extinguido el contrato, no puede la parte demandante alegar la nulidad de algunas cláusulas (la de gastos) y reclamar la devolución de cantidades.

Establece la sentencia que "ese alegato defensivo tampoco puede prosperar, pues el que nos hallemos ante un contrato ya cancelado y agotado no impide la interposición de reclamaciones siempre y cuando nos hallemos ante el ejercicio de acciones interpuestas en plazo. Ese argumento es genérico y válido para toda la esfera del mundo del derecho, pues por ejemplo se puede valorar en una compraventa en la que se haya entregado la cosa y satisfecho el precio con el ejercicio posterior de reclamaciones por saneamiento, que son válidas en tanto en cuanto la acción no se ha extinguido; o en definitiva para cualesquiera

reclamaciones por responsabilidad contractual una vez finalizadas las prestaciones que competan a cada una de las partes" (FJ 5º).

En opinión del juzgador, es irrelevante si el préstamo está cancelado o no. Lo decisivo es que la acción no esté prescrita. En este sentido, "la parte actora se anticipa a los posibles problemas de prescripción que se pudieran suscitarse en el caso de Autos, ya que es de ver como en la demanda trata este tema para defender el carácter imprescriptible de la acción de nulidad que se ejercita, o, en su defecto, el hecho de que la misma se sujete al plazo que se regula en el artículo 1.964.2 CC, que actualmente es de 5 años, pero que en la fecha en la que se canceló el préstamo era de 15 (no viéndose perjudicada con el cambio legislativo a tenor de la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que establece que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de su entrada en vigor, 7 de octubre de 2015, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil)" (FJ 5º). "Con todo, no será preciso abordar este debate, pues como es de ver, en la contestación no se esgrime prescripción en ningún momento, sino que se opone la cancelación del contrato como circunstancia que impide el ejercicio de la reclamación, cuando lo cierto es que ya hemos visto que ello no puede aceptarse".

En definitiva, la SJPI nº 1 de Benidorm no adopta una postura sobre si la acción está sujeta o no a plazo de prescripción ni, en su caso, cuál sería ese plazo. Se limita a señalar una cosa que nos parece obvia: que el hecho de que el préstamo se haya extinguido por cumplimiento del prestatario no impide que este pueda pedir judicialmente que la cláusula de gastos se declare abusiva y que se le restituyan las cantidades que corresponda.

La SJPI nº 4 de Alicante ha dictado el 10 de abril de 2017 una sentencia que condena a la entidad bancaria a restituir al prestatario los gastos notariales y registrales de constitución del préstamo hipotecario (603 €) que se extinguió en el año 2012, al pagar el prestatario todas las cuotas de amortización. Aunque la sentencia ha tenido mucha difusión:

[<http://www.diarioinformacion.com/economia/2017/04/24/primera-sentencia-obliga-devolver-gastos/1886581.html>] (fecha de consumo: 14 de mayo de 2017); <http://alicanteplaza.es/primera-sentencia-que-anula-los-gastos-de-una-hipoteca-ya-cancelada> , (fecha de consumo: 14 de mayo de 2017)], lo cierto es que en realidad no tiene mucho interés, pues la sentencia condenatoria se debe a que la parte demandada se allanó a la demanda.

6. El tratamiento de la prescripción en la jurisprudencia

De entre las sentencias analizadas, son muy pocas las que tratan cuestiones relacionadas con la prescripción. Ello se debe, obviamente, a que la excepción de prescripción no ha sido alegada por la parte demandada (la entidad prestamista), en la creencia quizás de que las acciones ejercitadas por el prestatario no prescriben nunca.

Hay que tener en cuenta que en algunos de los supuestos que han llegado a los tribunales los contratos de préstamo eran bastante antiguos. Así, por ejemplo, el préstamo de la SAP Asturias de 1 de febrero de 2017 era del año 2000.

Además de la ya citada sentencia 174/2017 del JPI nº 1 de Benidorm, de 5 de junio de 2017 (JUR 2017, 147403), hay otras resoluciones en las que se alude a la prescripción. Merece la pena detenerse en el análisis de algunas resoluciones.

En la SAP Asturias 42/2017 (Secc. 6ª) de 27 de enero de 2017 (JUR 2017, 54580) el préstamo hipotecario se concertó en 2006 y la demanda se interpone en 2015. Aunque se estima la nulidad de la cláusula de gastos, deniega la reclamación de restitución de cantidades, argumentando, entre otras cosas, que los gastos fueron soportados "sin objeción durante más de 9 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aún más la procedencia del rechazo de su reintegro" (FJ 4º). Este mismo texto había sido ya utilizado por la SAP Asturias 340/2016 (Secc. 6ª) de 25 de noviembre de 2016 (AC 2016, 2398), en un caso en el que habían transcurrido 11 años desde la celebración del contrato a la reclamación por el prestatario. Técnicamente no se alude a la prescripción, pero da a entender que el transcurso de un largo periodo de tiempo desde que se realizó el pago de estos gastos impide después reclamar.

Esta argumentación no convence. El hecho de que el prestatario conozca que había una cláusula en el contrato que le imponía el pago de los gastos, y que por esa razón los haya abonado, no le impide después reclamar. La cláusula de gastos es abusiva y nula porque no supera el control de contenido (arts. 82 y ss. TRLGDCU). En el control de contenido lo importante no es si el consumidor conoce o no la cláusula de gastos, o si sabía o no el alcance económico que esta cláusula tiene, sino si la cláusula fue o no impuesta (esto es, no negociada) por el prestamista predisponente. Si la cláusula predispuesta por el banco no fue negociada, es una cláusula predispuesta sometida al control de contenido, y la abusividad se mide en términos objetivos: que el contenido de la cláusula sea contrario a la buena fe y cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Por lo tanto, el conocimiento del consumidor de la cláusula y de su contenido no le impide reclamar, pues la nulidad de las cláusulas abusivas no se hace depender del conocimiento del adherente. Por otra parte, no se trata de un caso de nulidad relativa, en el que cabe la confirmación por el transcurso de un tiempo desde que el contratante protegido conoce la existencia de la causa de nulidad. La cláusula de gastos es nula de pleno derecho (nulidad absoluta), por lo que no cabe la confirmación posterior que le dote de validez, ni el conocimiento por el contratante de la causa de la nulidad puede "sanar" el contrato.

En definitiva, la imposibilidad de reclamar por el transcurso del tiempo está vinculada a la prescripción, y nada impide que se solicite la nulidad de la cláusula y la restitución de las cantidades satisfechas aunque haya transcurrido mucho tiempo, siempre que no el derecho no haya prescrito.

En el caso resuelto por la SAP Pontevedra 125/2017 (Secc. 6ª) de 15 de marzo de 2017 (JUR 2017, 106794), se trataba de un contrato de préstamo hipotecario

celebrado en 1998. La sentencia de primera instancia había acogido la excepción de prescripción alegada por la entidad prestamista demandada. La AP no comparte la aplicación de la excepción de prescripción, al entender que la nulidad de la cláusula abusiva es una nulidad absoluta o de pleno derecho, y que en tal caso la acción es imprescriptible (si fuera nulidad relativa, el plazo de prescripción sería de cuatro años). Y esta misma ausencia de plazo de prescripción rige para la pretensión restitutoria de las cantidades indebidamente abonadas.

En cuanto a las sentencias dictadas en primera instancia, en el caso resuelto por la SJPI nº 2 de Baracaldo, de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017, 73051) alega la entidad de crédito demandada que la acción ha prescrito, al haber transcurrido doce años desde la celebración del préstamo. La sentencia no acoge esta excepción. "El artículo 83 de dicha norma sanciona con nulidad de pleno derecho aquellas cláusulas que sean consideradas abusivas, pues dichas cláusulas son contrarias a normas prohibitivas e imperativas de protección de consumidores y usuarios. La nulidad de pleno derecho es imprescriptible tal como se ha declarado reiteradamente por la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2016, 13 de mayo de 2016 o 17 de marzo de 2016, entre otras), por lo que la acción ejercitada no se encuentra prescrita. Asimismo, los Derechos de los consumidores son de carácter irrenunciable, según el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007. Esto quiere decir que el hecho de que hayan transcurrido 12 años desde la celebración del contrato en nada empece la posibilidad que tiene el consumidor de solicitar que se declaren abusivas una o varias de las cláusulas insertas en la escritura de hipoteca. Sobre este punto, tampoco se aprecia que exista un retraso desleal por parte del consumidor en la interposición de la demanda, dado que la jurisprudencia sobre las cláusulas impugnadas es relativamente reciente, y no ha probado la demanda de ningún modo que el actor tuviera alguna formación que le atribuyera conocimientos sobre la legalidad de cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario, pese a que corresponde a la entidad de crédito la prueba de dicha circunstancia, de conformidad al artículo 217 LEC" (FJ 2º).

La sentencia es correcta al afirmar que se trata de un caso de nulidad de pleno derecho, y de que la acción [de nulidad] ejercitada no prescribe. Pero también se ejercita otra acción, la de restitución de cantidades, y nada establece la sentencia sobre cómo opera la prescripción de esta pretensión.

También se refiere a la prescripción la SJPI nº 7 de Zaragoza 161/2017, de 22 de mayo de 2017. Sostiene que "dado el carácter de la norma base de la reclamación (imperativa) y derivada de la protección de consumidores y usuarios (art. 6 CC) ello supone que no está sujeta a plazo de caducidad ni de prescripción (lo que se estima debe extenderse a sus consecuencias), ni queda al arbitrio de la voluntad de los contratantes, en tanto la nulidad de pleno derecho es insanable". La sentencia indica que la acción de declaración de nulidad no prescribe (ni caduca), y que lo mismo sucede con la acción de restitución de cantidades tras la nulidad. No comparto esta última afirmación, por las razones ya expuestas. Tampoco parece sensato fundar la imprescriptibilidad de la acción declarativa en el carácter imperativo de las normas de protección de los consumidores. Ese carácter imperativo afectará a la posibilidad de renuncia previa al derecho o al posible pacto entre las partes para evitar la aplicación de la norma, pero en modo alguno afecta a las reglas de prescripción.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Alicante, de 20 de junio de 2017, tampoco admite la caducidad o prescripción de la acción alegada por la entidad de crédito demandada, que sostiene que al haber pasado catorce años desde la celebración del préstamo, ha transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC. La sentencia recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de cuatro años del art. 1301 CC, y establece que, aplicando el citado precepto, el plazo de cuatro años no ha prescrito, pues el *dies a quo* se vincula a la consumación del contrato, y esta consumación no se produce hasta que el contrato haya sido completamente ejecutado. En el caso de autos el prestatario está todavía cumpliendo mensualmente sus obligaciones, abonando las cuotas de amortización. "Aplicando la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, ha de concluirse que el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa, es un contrato de tracto sucesivo, que continúa en el momento actual produciendo obligaciones para los contratantes y así los demandados vienen obligados a abonar mensualmente la cuota pactada. Consta que se convino para su devolución un plazo de amortización de 15 años, hasta el 4/02/08 [rectius, 4/02/18, pues el préstamo se concertó en 2003]".

Concluye afirmando que "por tanto, no puede estimarse caducada la acción de nulidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.301 CC". Y añade que "se trata de una nulidad de pleno derecho de una cláusula abusiva, en los términos del artículo 8 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que la misma en principio es imprescriptible".

En consecuencia, la sentencia parece querer decir que, aunque fuera aplicable el art. 1301 CC, el plazo de prescripción no habría transcurrido. Pero que, en realidad, el art. 1301 CC no puede operar, pues la nulidad de la cláusula abusiva es de pleno derecho, y por eso no prescribe.

A mi juicio, y como ya se ha explicado, el art. 1301 CC no es aplicable, y es cierto que la declaración de nulidad de la cláusula no prescribe. Pero sí lo hace el derecho a reclamar la devolución de las cantidades abonadas.

Una vez expuesto el tratamiento que estas sentencias han hecho de la prescripción, puede advertirse que ninguna de ellas acoge la excepción de prescripción y desestima por esta razón la demanda formulada por el prestatario.