

2018 - 07 - 27

Revista de Derecho Bancario y Bursátil

2018

Número 151 Julio-Septiembre

Recensiones

Recensiones

1 - Recensión al libro “La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios”

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

ISSN 0211-6138

Revista de Derecho Bancario y Bursátil 151
Julio - Septiembre 2018

Marín López, Manuel Jesús, *“La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios”* (461 págs.).

Ed. Reus (Colección: Derecho del Consumo), Madrid, 2018 (1ª edic.) (ISBN: 978-84-290-2032-8).

A finales del mes de febrero de este año 2018 se ha publicado la, hasta la fecha, última monografía del Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Castilla – La Mancha e ilustre integrante del reconocido Centro de Estudios de Consumo de la misma (CESCO), Manuel Jesús Marín López. Su trayectoria investigadora en materias propias del Derecho de consumo ha tenido, hasta la fecha, excelentes frutos en ámbitos tales como la compraventa de bienes de consumo, las garantías en las ventas de consumo, el crédito al consumo y los contratos de financiación vinculados, por sólo referirme a algunos de los temas que conforman su ya vasta obra. La monografía de la que ahora doy noticia, *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, es un nuevo jalón en su producción científica, vinculada hasta la fecha, en buena medida, al préstamo personal al consumo, se adentra ahora en una de las problemáticas que más litigiosidad ha provocado en el ámbito de los préstamos al consumo con garantía hipotecaria, ordinariamente formalizados para subvenir a la necesidad de financiación para la adquisición de la vivienda familiar, sin duda espoleada por la [STS 705/2015, de 23 de diciembre \[RJ 2015, 5714\]](#), a propósito de una acción colectiva ejercitada frente a la «cláusula de gastos» utilizada habitualmente en los préstamos con garantía hipotecaria concertados por la entidad «BBVA». De la radical relevancia en la práctica forense del tema objeto de tratamiento da expresiva cuenta no sólo el voluminoso número de sentencias que han ocupado de la materia, sino también del periplo del autor por los distintos colegios de abogados de nuestro país para exponer, debatir y defender las tesis que mantiene en su monografía, ante un siempre muy nutrido y más interesado número de letrados

participantes.

La obra tiene como objeto el análisis de la validez de la denominada «*cláusula de gastos*» incorporada, como condición general del contrato, a contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados entre entidades financieras o bancarias (prestamistas y acreedoras hipotecarias) y clientes minoristas en su condición de consumidores (prestatarios y deudores hipotecarios), tomando en consideración el destino del dinero objeto del préstamo: la adquisición de un bien de consumo, ordinariamente la que constituirá la vivienda habitual del prestatario. En virtud de la referida «*cláusula de gastos*», se impone al prestatario la obligación del pago de determinados gastos y costes vinculados a la formalización del préstamo con garantía hipotecaria en escritura pública, a su inscripción en el Registro de la Propiedad, con la finalidad de dotar a la garantía real que se constituye de eficacia «*erga omnes*», así como los derivados de la tributación de este negocio jurídico susceptible de inscripción registral (en particular, el IAJD), así como, en su caso, el pago de ciertos costes de servicios de gestoría a los que se haya podido acudir para la tramitación y gestión del mismo.

Como señala el Prof. Marín, no existe, hasta la fecha, una norma específica en nuestro Derecho de consumo que permita enjuiciar específicamente la denominada «*cláusula de gastos*», de manera que debe ponderarse su incorporación al contrato, su pretendida abusividad y su transparencia con arreglo a las normas y cláusulas generales de la [LCGC](#) y del [TRLGDCU](#). Esta situación mudará en el momento en el que se apruebe y entre en vigor la *Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, fruto del *Proyecto de Ley* de 17 de noviembre de 2017, en tramitación parlamentaria. En el art. 12 de este *Proyecto de Ley*, atinente a las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, se prevé la obligación de incorporar los gastos asociados al préstamo a la ficha de advertencias estandarizadas (FiAE) –letra *b*) del ap. 1-, así como la obligación de facilitar al potencial prestatario la copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría (letra *d*) del ap. 1).

El autor somete la referida «*cláusula de gastos*» a un meticuloso escrutinio, partiendo para ello de la toma en consideración de la necesaria perspectiva que ha de adoptarse desde los tres clásicos controles de las condiciones generales de la contratación en el ámbito del Derecho de consumo: el control de incorporación –desde cuyos parámetros se cuestionan las cláusulas de gastos con formulaciones genéricas y omnicomprendivas, en las que la delimitación del supuesto de hecho adolece de falta de concreción, como acontecía precisamente con la cláusula objeto de enjuiciamiento por la [STS 705/2015](#) (RJ 2015, 5714)- (págs. 36 y ss., señalando que este control ha determinado que, en los últimos tiempos se aprecie una tendencia a enunciar, de manera detallada, los gastos y costes que se imputan al prestatario); el control de contenido –realizado con arreglo a las previsiones del [TRLGDCU](#) y a criterios dimanantes de la jurisprudencia del TJUE (*v.gr.*, [STJUE de 16 de enero de 2014](#) (TJCE 2014, 7)), asumiendo la validez de este control ponderando el contenido de la cláusula enjuiciada en relación con el parámetro de comparación constituido por el Derecho dispositivo- y el control de transparencia (este último «descubierto» por la jurisprudencia patria a partir de la inefable [STS 241/2013, de 9 de mayo \[RJ 2013, 3088\]](#) a propósito de la validez de las cláusulas de fijación de tipos mínimos de interés en préstamos hipotecarios pactados a interés variable). El control de incorporación tiene una especial relevancia en cuanto que resulta aplicable también a los contratos de préstamo concertados con un empresario o profesional, de conformidad con

las previsiones de la [LCGC](#) (págs. 283 y ss.).

Este escrutinio lo hace tomando en consideración criterios legales, doctrinales y, especialmente, a través de un minucioso análisis de los muy abundantes pronunciamientos jurisdiccionales en la materia, que distan mucho de ofrecer criterios homogéneos en la resolución de los problemas suscitados por la referida cláusula contractual de condiciones generales; así como el criterio asumido por la DGRN en distintas resoluciones en las que se ha pronunciado sobre la inscripción registral de la cláusula objeto de estudio (las págs. 293 a 298 de la obra se dedican a la exposición del contenido de las dos Resoluciones más relevantes y que acogen criterios dispares, pero el análisis de los criterios adoptados por la DGRN se hace en relación con cada uno de los gastos y costes objeto de estudio).

Desde el primer momento el autor no disimula su toma de posición al respecto. En efecto, llevando al propio título de la obra la calificación como nula de la cláusula objeto de estudio, no se oculta en momento alguno cuál es el parecer del Prof. Marín López al respecto. Desde este postulado se analizan cuestiones vinculadas a la acción de nulidad de esta cláusula como es su régimen de prescripción (Capítulo XII), así como los efectos jurídicos vinculados a su estimación, plasmados en obligaciones restitutorias de la entidad acreedora al deudor impugnante, así como en relación con la integración contractual, una vez que la cláusula es declarada nula (Capítulo XI).

La sistemática que adopta el autor para exponer las vicisitudes legales, jurisprudenciales y registrales de la «*cláusula de gastos*» es la que sigue: parte de la exposición del caso y de la resolución dada por la [STS 705/2015, de 23 de diciembre](#) (RJ 2015, 5714) (Capítulo II) –el alcance de su doctrina jurisprudencial e objeto de tratamiento específico en el seno del Capítulo XIII, apartado 2º- y del análisis del contenido de esta cláusula cuando es incorporada como condición general a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado con un consumidor (Capítulo III) –la protección del prestatario no consumidor es objeto de apartado 3 del Capítulo XIII- para, acto seguido, someterla al tamiz de los controles de incorporación (Capítulo IV) y de contenido (Capítulo V). Es precisamente respecto del control de contenido de los diferentes costes y gastos que se suelen incluir dentro de la cláusula de condiciones generales que constituye el objeto de la obra en el que se centra la parte nuclear y más amplia de la monografía, diferenciando en cuatro capítulos distintos, con la plausible finalidad de otorgar un trato específico a los gastos notariales (Capítulo VI), a los gastos registrales (Capítulo VII), al pago del IAJD (Capítulo VIII) y a los gastos de gestoría (Capítulo IX). Concluido el análisis del control de contenido, el Capítulo X lo dedica el autor al control de transparencia de la cláusula de gastos.

En el caso de los gastos notariales derivados de la formalización, en instrumento público, del préstamo con garantía hipotecaria, el autor, partiendo de que los servicios del notario autorizante son requeridos tanto por el prestamista como por el prestatario y que, por lo tanto, ambos están obligados al pago de sus honorarios (págs. 53-54) –con criterio similar al acogido, v.gr. , por la [SAP A Coruña, Secc. 4ª, 302/2017, de 5 de septiembre \[PROV 2017, 254350\]](#)-, sostiene que el Derecho dispositivo en la materia, en caso de inexistencia de la «*cláusula de imposición de gastos al consumidor deudor*», sería que cada una de las partes del contrato de préstamo habría de contribuir al pago de la mitad de estos costes, copias y traslados aparte, en tanto que ambas partes resultan interesadas en la formalización del préstamo, sin perjuicio de que, frente al Notario autorizante, tanto el acreedor, como el deudor, resultarían ser obligados solidarios (págs. 51 a 60). Procede traer aquí a colación el [RD 1426/1989, de 17 de noviembre](#), por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, a tenor de cuya regla Sexta de su Anexo II, «*la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los*

servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Sobre esta regla, teniendo en cuenta que los otorgantes de la escritura constitución de la hipoteca son tanto la parte prestataria, como la entidad financiera prestamista, los interesados que requieren la actuación del Notario son ambas partes y tomando en consideración que la prestataria es quién recibe, en el momento de formalización pública del préstamo con garantía hipotecaria, el capital del mismo, y que dicho negocio –el préstamo- puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca (la garantía), podría reputarse razonable que el prestatario corra con los gastos de formalización pública, y así lo entendió, v.gr. , la [SAP Oviedo, Secc. 6ª, 42/2017, de 27 de enero \[PROV 2017, 54580\]](#), al afirmar expresamente que «*el interesado en el otorgamiento y posterior inscripción es el prestatario*». Obvio resulta que, si se parte de esta premisa, la previsión contractual consistente en que el prestatario asuma tales gastos sería válida y eficaz en tanto que el interés en la recepción del capital objeto de préstamo es la parte prestataria y la hipoteca no es más que una garantía accesoria del contrato principal (el préstamo dinerario). A mi juicio a favor de este criterio también juegan los dos argumentos que siguen: el hecho de que el interesado en la adquisición del producto es el prestatario, que es quien recaba la concesión del préstamo para subvenir a sus necesidades de financiación (nadie se cuestiona que el interesado en la compraventa de vivienda, a estos efectos, sea el comprador y no el promotor / vendedor, por más que éste realice un negocio propio de su objeto social y obtenga un lucro con ello); así como el hecho de que es la consumidor prestatario al que la ley atribuye expresamente la facultad de elección del Notario autorizante ([arts. 126](#) del RNot y [89.8](#) del TRLGDCU).

Sin embargo, como es conocido, tras la reforma del [art. 83](#) del TRLGDCU, como consecuencia de la doctrina jurisprudencial del TJUE, en virtud de la que las cláusulas nulas por ser abusivas se tienen por no puestas, sin más, el Juez nacional no puede integrar el contenido del contrato, a través de expedientes como la moderación del contenido de la cláusula o acudiendo a la aplicación supletoria del Derecho dispositivo en la materia; salvo que esta nulidad se cierna sobre el conjunto del contrato y esta circunstancia redunde en perjuicio del consumidor. Esta doctrina jurisprudencial del TJUE es objeto de crítica específica por el autor, argumentando sobre el hecho de que la [Directiva 93/13/CEE](#) no tiene como finalidad castigar al empresario predisponente (págs. 207 a 209). Partiendo de esta premisa, el Prof. Marín postula la aplicación de una solución que reputa equitativa de los intereses en juego, a tenor de la cual, en el caso de que el empresario demande el cumplimiento del consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva, como puede ser la «*cláusula de gastos*», la demanda se desestimarán; mientras que si lo hace con apoyo o fundamento en el Derecho dispositivo, en la medida en que éste le conceda un derecho al empresario, la demanda debería estimarse (págs. 208 y 209). Esta solución resultaría de aplicación tanto al caso de la «*cláusula de gastos*» -si bien, en la práctica es difícil pensar en supuestos en los que la entidad financiera prestamista pueda ejercitar una demanda frente al prestatario requiriendo el pago de honorarios del Notario, aranceles del Registrador de la Propiedad y menos de un crédito tributario-, como a casos de reclamación del pago de intereses considerados nulos por abusivos o al de ejercicio de la acción de vencimiento anticipado, fundada en el incumplimiento resolutorio *ex* [art. 1124](#) del CC. Por último, si es el consumidor el que demanda, impetrando la declaración de nulidad de la cláusula y las consecuencias restitutorias de la prestación por él ejecutada a favor del empresario en cumplimiento de la misma, la acción se estimará y procederá la restitución íntegra.

En estos supuestos, el maestro del Prof. Marín, el Prof. Carrasco Perera sostiene la necesidad de integración conforme al Derecho dispositivo de las previsiones contractuales en relación con la imposición del pago de determinadas cantidades en aquellos casos en

los que el acreedor de éstas es un tercero ajeno al contrato y, en particular, distinto del predisponente, como son los casos del Notario autorizante y del Registrador que procede a la inscripción del derecho real de hipoteca (*vid.* Carrasco Perera, «Cláusula de gastos notariales en la hipoteca y modo de integrar la nulidad», <http://centrodeestudiosdeconsumo.com> , 31 de marzo de 2018). Sobre esta circunstancia ya ha llamado la atención de manera reiterada, *v.gr.* , la AP de Pontevedra, en distintas resoluciones (*v.gr.* , [Sentencias de 14 de mayo de 2014 \[PROV 2014, 145294\]](#), de [23 de diciembre de 2015 \[AC 2016, 215\]](#), de [19 de enero de 2016 \[PROV 2016, 62139\]](#), [31 de marzo de 2016 \[PROV 2016, 88691\]](#) y de [7 de abril de 2016 \[PROV 2016, 98529\]](#)), en las que sostiene que expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual.

En el caso de los costes derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la constitución de la hipoteca inmobiliaria (aranceles registrales), mantiene el Prof. Marín que, también respecto de éstos, la norma dispositiva (la [regla 8ª del Anexo II](#) del RD 1427/1989, conforme a la) determina que el obligado al pago es el prestamista –y no por mitad, como acontece en el caso de los gastos notariales-, calificando la cláusula de condiciones generales de atribución al prestatario como abusiva, por aplicación del criterio general que enuncia el [art. 82](#) del TRLGDCU –reputando que, conforme a su supuesto de hecho, no resulta de aplicación la norma de la letra *a*) del [art. 89.3](#) del TRLGDCU- (pág. 109), frente al parecer sostenido, *v.gr.* , por Moreno-Torres, quien considera que estas cláusulas no son intrínsecamente abusivas, sin perjuicio de que resulte posible que no superen el control de incorporación *ex* [arts. 5](#) y [7](#) de la LCGC («¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?», *RCDI* , núm. 765, 2018, págs. 143 y ss.).

En todo caso, los gastos de registro derivados de la inscripción de la compraventa de la vivienda gravada con la hipoteca deben ser soportados por el comprador en tanto que el sujeto o la parte negocial a favor de la que se inscribe la transmisión de la propiedad y quien, en consecuencia, tiene interés en constar como propietario del inmueble. Así resulta de lo dispuesto en la Norma 8ª del [RD 1427/1989, de 17 de noviembre](#), por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

En cuanto a la imposición al consumidor prestatario de la obligación del pago de los impuestos que gravan la formalización de la hipoteca inmobiliaria, dos Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del TS posteriores a la publicación de la obra del Prof. Marín, la núms. [147](#) y [148 de 15 de marzo de 2018](#) (RJ 2018, 966), estimando en parte los recursos de casación interpuestos, reducidos ya, en esta fase del procedimiento, al debate acerca de la adecuación a Derecho de la imposición al consumidor de la obligación del pago del IAJD, han venido a reconocer que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario (en este sentido se habían pronunciado, entre otras AAPP, la Secc. 4ª de la AP de A Coruña), precisando:

1º) El pago del IAJD derivados de la formalización del préstamo con garantía hipotecaria corresponde al prestatario, como sujeto pasivo del mismo, de manera que no puede reputarse nula, por abusiva, la cláusula contractual que le impone el pago del mismo. En realidad, la Sala de lo Civil, no hace sino acoger el criterio sostenido, sobre esta misma cuestión, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo TS analizando los [arts.](#)

[29 LITPyAJD](#) y [68.2](#) de su Reglamento – v.gr. [STS. 3ª. de 20 de enero de 2004](#) (RJ 2004, 535)-. Los postulados sostenidos en la obra que presento (págs. 126 y 127), partiendo del parecer de algunos especialistas en Derecho financiero, permiten cuestionar este pronunciamiento del TS, en tanto que: *i*) el hecho imponible del IAJD es la primera copia del negocio inscribible: la hipoteca y no el préstamo; *ii*) lo relevante es el capital garantizado y no el importe del préstamo; *iii*) la inaplicación del [art. 68](#) del Reglamento de la LITPyAJD en tanto que carece de apoyo en una norma de rango legal.

2º) En relación con el timbre de los documentos notariales, el impuesto correspondiente a la matriz (al timbre) debe abonarse por partes iguales por la prestamista y por el prestatario; y el correspondiente a las copias, por la parte contractual que las solicite. El autor critica esta segunda precisión partiendo de la consideración de que el TS está aplicando analógicamente el criterio para la atribución de la obligación de pago de los gastos notariales y, en este caso, no estamos en presencia de estos gastos, sino de un tributo, de manera que lo que es necesario determinar es el sujeto pasivo del mismo.

Sobre esta cuestión, como recoge el Prof. Marín en su obra, las [RRDGRN de 7 de abril de 2016](#) (RJ 2016, 3229) y de [24 de mayo de 2017](#) (RJ 2017, 2526) habían adoptado criterios no cónsones. La primera de estas Resoluciones, acogiendo la doctrina que se deriva de la [STS 705/2015](#) (RJ 2015, 5714) confirma la negativa del registrador a inscribir la cláusula de condiciones generales de atribución al consumidor prestatario de los gastos y tributos vinculados a la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, incluyendo los gastos notariales derivados de la formalización notarial del préstamo. Sin embargo, la [RDGRN de 24 de mayo de 2017](#) (RJ 2017, 2526) [BOE de 13 de junio de 2017], a propósito de la suspensión de la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concertado entre una entidad de crédito y unos prestatarios personas físicas y en virtud del que se gravaba la vivienda habitual de éstos, recurriéndose únicamente el rechazo de la cláusula financiera quinta –de «gastos»-, en cuanto a la imposición a los prestatarios de la obligación de pago del IAJD derivado de la constitución del préstamo hipotecario. La DGRN, en su argumentación parte de que no corresponde a la jurisdicción civil entrar a conocer sobre la aplicabilidad o la procedencia de un impuesto determinado, el sujeto pasivo del mismo, su base imponible o el tipo aplicable, concurriendo en tales casos una falta de jurisdicción (ex [art. 37](#) de la LECiv), ya que el conocimiento de tales cuestiones está reservado legalmente a la Administración Tributaria y, en su caso, a su revisión por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y que conforme a lo dispuesto en el ya citado [art. 68](#) del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el prestatario del préstamo garantizado con hipoteca. La DGRN, en la referida Resolución, concluye que «dada la asignación legal de competencias jurisdiccionales y la constitucionalidad del [art. 68](#) del Reglamento del ITPyAJD [expresamente declarada por el [ATC 24/2005, de 18 de enero](#) (RTC 2005, 24 AUTO), al resolver negativamente la posible inconstitucionalidad del referido [art. 68.2](#) del Reglamento del ITPyAJD], el Centro Directivo se inclina por la legalidad y no abusividad de la cláusula que nos ocupa [como hemos indicado, cláusula de “gastos” incluida en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre una entidad financiera y una persona física consumidora, gravando la vivienda habitual de ésta, en virtud de la que se imponía al deudor la obligación de pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y las costas procesales y honorarios de abogado y procurador], ya que el hecho imponible tanto por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas como por el concepto de actos jurídicos documentados debe entenderse referenciado al préstamo y no a la hipoteca». Como resultado de lo ya expuesto, la Sala de lo Civil del TS ha venido, finalmente, a refrendar este último criterio.

Respecto del control de transparencia de la «cláusula de gastos», debe partirse de la [STJUE de 26 de febrero de 2015 \[RJ 2015, 93\]](#) (asunto «Bogdan Matei y Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România S.A.»). En ella, el TJUE declaró que se encuentran excluidas del control de abusividad las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación del precio o la retribución, siempre que «se redacten de manera clara y comprensible». En el caso enjuiciado por el TJUE, declaró la exclusión de las cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por éste. Este pronunciamiento del TSJUE viene a completarse en relación con la determinación del significado de la expresión «objeto principal del contrato» por su [Sentencia de 20 de septiembre de 2017 \(asunto C-186/16\)](#) (TJCE 2017, 171), en la que afirma que las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de este concepto a efectos del [art. 4.2](#) de la Directiva 93/13/CE. Esta precisión conlleva que las denominadas cláusulas de gastos en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en tanto que no contemplan el objeto principal del contrato del que forman parte, no puedan ser objeto del control de transparencia. Esta es la tesis que sostiene y argumenta, a mi juicio de manera atinada, Marín López (págs. 180 y ss.), frente al parecer contrario sostenido, v.gr., por Pertíñez Vilchez (en «Juicio crítico a la declaración de carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos de otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor [a propósito de la [STS de 23 diciembre 2015](#) (RJ 2015, 5714)]», *Revista Lex Mercatoria*, 2016, núm. 1, págs. 93 y ss.).

El Capítulo XII, en el que el Prof. Marín analiza las cuestiones vinculadas a la prescripción de la acción de nulidad ejercitada por el consumidor frente a la entidad financiera predisponente, plantea la imbricada relación entre la acción de nulidad de la cláusula contractual y las acciones restitutorias de las prestaciones realizadas por el consumidor en ejecución o cumplimiento de aquélla. El ilustre consumerista plantea las dificultades para admitir la simplista tesis conforme a la cual, si la acción de nulidad no prescribe y la restitución de las prestaciones es un efecto automático de la declaración de nulidad, no podrían plantearse problemas temporales en relación con ésta (págs. 257 y ss.) y la rebote, de manera argumentada, afirmando que los [arts. 1306](#) y [1307](#) del CC evidencian la existencia de supuestos en los que la nulidad no provoca la restitución de las prestaciones, al tiempo que enumera las resoluciones jurisprudenciales en las que la declaración de nulidad de la «cláusula de gastos» no conllevó la devolución de cantidades abonadas por el prestatario en ejecución de la misma, en aplicación del principio procesal de congruencia (pág. 259). Siendo prescriptible la acción de restitución de cantidades, el autor se suma a la tesis de la aplicación a la misma del plazo general de cinco años propio de las obligaciones personales que no tienen establecido un plazo específico regulado en el [art. 1964.2](#) del CC (pág. 261) –este criterio es el asumido por un número relevante de Audiencias Provinciales, como es el caso de la [SAP A Coruña, Secc. 4ª, 411/2017, de 29 de noviembre](#) (JUR 2018, 27770)-, constituyendo su «*dies a quo*» la propia fecha de celebración del contrato (págs. 263 y ss.) –de acuerdo con el criterio general codicial de la «*actio nata*», desde que el prestatario consumidor sabe y conoce las cantidades que ha abonado indebidamente, sin necesidad de tener conocimiento de que el Derecho le ampara-, lo que constituye una revisión de anteriores postulados del Prof. Marín, consumado especialista en materia de prescripción y caducidad, como resulta de sus estudios en el seno de la APDC («El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el [artículo 1969](#) del CC», en *La prescripción extintiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014; y la «Propuesta de Libro VI del CC. Prescripción y caducidad», en *Propuesta de CC. Libros V y VI*, Ed. Tirant lo Blanch,

Valencia, 2916).

Con todo, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS considero que es posible sostener razonablemente que las acciones y las pretensiones restitutorias de lo entregado o pagado con ocasión o en ejecución o cumplimiento de una cláusula contractual, aun en el caso de calificarla como nula, caducan, en todo caso, en el plazo de cuatro años del [art. 1301](#) del CC. Este plazo de caducidad de las acciones restitutorias se aplica tanto en los supuestos de nulidad parcial, como de nulidad total del contrato, cualquiera que sea la causa de nulidad o de ineficacia, construyendo el codificador civil el régimen de las acciones restitutorias sobre la anulabilidad como supuesto de ineficacia. En particular, autores como Carrasco afirman expresamente que si bien el legislador ha considerado sólo la restitución de prestaciones que surgen de contratos recíprocos –y, en particular, de la compraventa, como resulta del [art. 1303](#) del CC-, sobre estas normas ha de construirse el régimen aplicable a las demás hipótesis de acciones restitutorias (Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 207 [2ª edic.], pág. 686, §.14/54, rubricado expresivamente «*generalización de las normas de anulabilidad*»). El «*dies a quo*» de este plazo de caducidad está determinado por la fecha de consumación del contrato (evidente resulta que ha de aplicarse la regla prevista para la determinación del «*dies a quo*» en el caso de acciones de anulación fundadas en el error, aun por razón de analogía).

De esta apretada síntesis de algunas de las cuestiones suscitadas y analizadas en *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, resulta el interés de la obra tanto para la práctica forense (abogados, asesores, jueces y magistrados) como para cualquier interesado en el Derecho de consumo en general y en el Derecho de la contratación bancaria en particular. Su redacción sólo está al alcance de un maduro conocedor de los entresijos del Derecho de consumo y su lector resultará enriquecido, cualquiera que sea su bagaje previo. Es más, cuanto mayor sea este bagaje, mayores serán los réditos y provechos devengados.

José Manuel Busto Lago