

2. DERECHO MERCANTIL

El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas

Statutory limitation on actions asserting the voidability of abusive clauses

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La alegación de prescripción de la acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas está siendo constante en consideración al plazo de anulabilidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil, lo que de forma reiterada no viene admitiéndose por nuestras Audiencias Provinciales quienes vienen declarando unánimemente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad ante este tipo de acciones.

The contention that actions to set aside general conditions of contract and abusive clauses are time barred is constantly made on the basis of the statutory limitation of four years for voidability provided for in article 1301 of the Civil Code. This has been repeatedly rejected by the Spanish Provincial Courts, which have unanimously ruled that such actions to set aside are not time barred.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Cláusulas abusivas. Nulidad de las condiciones generales. Plazo de prescripción.

KEY WORDS: Contract law. Abusive clauses. Voidability of general conditions. Statutory limitation.

SUMARIO: I. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA.—II. LA RESPUESTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

De nuevo la restitución de las cantidades derivadas de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo, parece que está siendo origen

de debate, esta vez en cuanto a la existencia o no de un plazo de prescripción para la obtención de las mismas.

Para empezar con la exposición del tema prescriptivo que en estos momentos nos ocupa, hemos de tener presente que el artículo 8 de la LCGC, establece expresamente lo siguiente:

«Artículo 8. Nulidad.

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Mientras que el artículo 83 de la LGDCU, prevé lo siguiente:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

Como afirma GETE ALONSO¹, expresando a nuestro juicio una opinión generalizada: «la nulidad de pleno derecho implica la ineficacia absoluta, imprescriptible, no sanable y *erga omnes*, de la cláusula: el régimen de la nulidad contractual (como recuerda el art. 9.1). El “otro efecto distinto” habrá de indagarse en cada caso concreto, aunque se hace difícil pensar en supuestos en los que esto ocurra (salvo, en su caso, el de los actos en fraude, artículo 6.4 del Código Civil).

No se hace referencia a la posibilidad del régimen de anulabilidad, impugnación, cuando el contrato se haya celebrado bajo algún vicio del consentimiento (cfr. arts. 1265 y sigs. del Código Civil). Ha de entenderse que este no se excluye por aplicación de las reglas generales del Código Civil (*vid.*, sobre esto, recientemente, PAGADOR LÓPEZ, Impugnación por vicios del consentimiento, La Ley, 1999, abril)».

Asumiendo la imprescriptibilidad de la acción de nulidad pero sí la prescriptibilidad de la acción restitutoria, a modo de ejemplo BLANDINO GARRIDO, razona lo siguiente²: «Desde el momento en que la nulidad opera *ope legis* y *ab initio*, y sobre todo estando la nulidad fuera del campo de la autonomía de la voluntad, la acción individual de las cláusulas abusivas, no prescribe, ni caduca, ni tampoco la excepción (con carácter general, artículo 1296.1 *in fine*, de la PMCC decreta que la acción de nulidad de pleno derecho es «imprescriptible»)». Cuestión distinta es que el adherente ya hubiera cumplido su prestación, sobre la base precisamente de la cláusula cuestionada, en cuyo caso la acción de condena a la restitución estará sometida al plazo general de prescripción de quince años. Acudimos al plazo de quince años porque es el general establecido en nuestro ordenamiento para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción (art. 1964 del Código Civil). Naturalmente, no cabe aplicar ni el plazo corto de prescripción trienal del artículo 1967.4 C, por cuanto esta norma, aun teniendo

como *ratio* la tutela del consumidor, se aplica a una hipótesis totalmente diferente (a las reclamaciones que efectúen los mercaderes del precio en las ventas de consumo), ni tampoco al plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil (dos años en la PMC, *ex art.* 1304), dado que no estamos ante un supuesto de anulabilidad. Desde luego, debe quedar claro que lo prescribe es la acción de restitución, pero no la excepción, en virtud de la regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. En todo caso, si se llegara a estimar que también la acción para pedir la declaración de nulidad de cláusulas abusivas está sometida a plazo de prescripción el *dies a quo* debería fijarse en el momento en que el predisponente quisiera hacer valer la cláusula abusiva. Antes no será necesario anular dichas cláusulas (es posible incluso que no lleguen nunca a utilizarse). Es entonces además cuando la parte adherente tendrá noticia del contenido de la cláusula abusiva, dado que los requisitos del control de inclusión no garantizan un conocimiento efectivo de los clausulados predispuestos».

No obstante, lo anterior se ha defendido la aplicación de cuatro años (MIQUEL GONZÁLEZ)³ para la acción restitutoria derivada de esta nulidad, sobre la base del entendimiento de que nos encontramos ante una nulidad de pleno derecho de carácter relativo: «La nulidad establecida en el artículo 8 es una nulidad de pleno derecho relativa. La doctrina a veces parte de prejuicios sobre la nulidad. Una ineficacia establecida por la Ley no tiene por qué encajar en un concepto previo elaborado por alguna de las construcciones doctrinales sobre la nulidad. Una nulidad de pleno derecho relativa no es ninguna contradicción en los términos. De pleno derecho equivale a por obra de la Ley y no por obra de la sentencia que la aprecie. La sentencia que estime la nulidad no es constitutiva. Así, se rechaza que el artículo 8 establezca una ineficacia semejante a la que representa para la doctrina dominante la anulabilidad. Mas esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad, que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva.

Lo específico del artículo 8.1 es la frase en perjuicio del adherente, que lo diferencia del artículo 6.3 Código Civil, y establece una ineficacia relativa a pesar de ser de pleno derecho. Esa frase no significa, claro es, que solamente sean nulas las condiciones generales que contravengan en perjuicio del adherente normas imperativas o prohibitivas. Las normas imperativas o prohibitivas de otras leyes no se ven afectadas por el artículo 8.1 LCGC; por ello la mención de esas normas en el artículo 8.1 LCGC es en alguna medida irrelevante e inoportuna. Pero hay normas imperativas relativas o parcialmente imperativas, como son las que tratan de proteger a una parte y no a otra, lo que no debe confundirse con que sean de interés privado solamente. La contravención de estas normas puede dar lugar coherentemente a una nulidad de pleno derecho relativa».

Dicha asunción la efectúa MIQUEL GONZÁLEZ tanto en casos de nulidad de las condiciones generales *ex* artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sobre el entendimiento de que nos encontramos ante una nulidad relativa, al producirse la nulidad solo en perjuicio del adherente, como para los casos de la nulidad de la cláusula abusiva en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, *ex* artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dado que a juicio de MIQUEL GONZÁLEZ existe una cierta analogía entre el control de transparencia y los vicios del consentimiento (error y dolo)⁴.

Así, concluye MIQUEL GONZÁLEZ⁵ sobre el referido plazo prescriptivo restitutorio sobre la base de la consideración de una nulidad de pleno derecho

de carácter relativo: «La nulidad de pleno derecho es imprescriptible según la doctrina dominante, pero no parece que, una vez declarada la nulidad, pueda reclamarse sin límite temporal alguno la restitución de cantidades percibidas por el predisponente. No sería sistemáticamente descabellado aplicar a esta acción de restitución el plazo de cuatro años del artículo 1301. La remisión del artículo 9 a las reglas de la nulidad contractual podría entenderse hecha a este precepto situado justamente en un capítulo del Código Civil que lleva ese título. A mi juicio la ineficacia que corresponde a una nulidad de pleno derecho relativa es análoga a la llamada anulabilidad entendida conforme a la tesis de F. DE CASTRO Y DELGADO, que parcialmente comparto. No se trata de una anulabilidad tal como la entiende la doctrina dominante, sino de una nulidad que solamente puede hacer valer el adherente, pero que no requiere una sentencia. Tampoco se trata de una ineficacia que se produzca por el ejercicio de un derecho potestativo, porque es de pleno derecho. En cualquier caso parece que la prescripción aplicable a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas no podría exceder del plazo de una acción de enriquecimiento, que es el general de las acciones personales (15 años, art. 1964)».

Otra tesis ha sido sostenida recientemente por CARRASCO PERERA⁶, consistente en afirmar que está prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula suelo cuando han transcurrido cuatro años desde que la relación derivada del préstamo hipotecaria haya sido terminada por cualquier causa.

CARRASCO PERERA, entiende que nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad, razonando al respecto lo siguiente: «En una *concepción funcional de las nulidades* proponemos que toda nulidad producida en el contexto de condiciones generales y cláusulas no negociadas, y por supuesto la que procede de un reproche de falta de transparencia, son hipótesis de «anulabilidad». Llamamos concepción funcional de las nulidades a una división del género de la ineficacia originaria como la que espléndidamente se expone hoy en el artículo 1179 del Código Civil francés reformado por la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016: *la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado*. Esta concepción es la que se defiende en España por los autores que más conspicuamente y más recientemente han reflexionado sobre la teoría de las nulidades en España».

Apoya además CARRASCO sus razonamientos en lo que llama «régimen expansivo de la anulabilidad que *ha de servir de marco regulatorio analógico para otros supuestos de ineficacia negocial donde concurre identidad de razón*», cuando explica que: «Por eso los artículos 1302 y 1304 del Código Civil son inquestionablemente aplicables a los contratos celebrados por *incapaces naturales no incapacitados*, aunque se sostenga —lo que me parece incorrecto que estos contratos no son anulables, sino entera y radicalmente nulos. Dicha fuerza expansiva se justifica con más razón cuando las leyes califican como de anulabilidad casos que son extravagantes a la lógica de la anulabilidad. Así, cuando la forma está exigida por la ley en beneficio de uno solo de los contratantes, habrá que sostener que el régimen adecuado es el de la anulabilidad, generalizando de esta forma la solución que para un caso singular contiene el artículo 100 TRLGDCU. El artículo 40.7 LCon ha venido a confirmar esta tendencia. Incluso en aquellos casos en que la norma se formula como una aparente prohibición de conducta negocial (como en los tres primeros apartados del artículo 1459 del Código Civil o en el artículo 643 del Código Civil), en verdad se trata de una regla de protección

de intereses privados, por lo que el contrato prohibido podrá ser confirmado, y la legitimación para impugnarlo se delimitará por el artículo 1302 del Código Civil; en cualquier caso, la eventual ineficacia del negocio no puede fundarse en el artículo 6.3 del Código Civil, pues la norma que establece el privilegio y la protección de un tercero es precisamente derogable a voluntad de este tercero, lo que excluye la condición de norma prohibitiva. Por eso importa mucho considerar si la prohibición de contratar obedece a una razón de interés público o se trata de una regla de protección de sujetos determinados, y decidir por la nulidad radical o la anulabilidad en consecuencia».

En base a lo anterior, CARRASCO concluye que «la declaración de un contrato afectado de anulabilidad es imprescriptible y que la acción de restitución de las aportaciones hechas está afectada por la prescripción de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil».

Cabe señalar que esta denominada fuerza expansiva de la anulabilidad en el ámbito de la contratación con consumidores ya fue puesta de manifiesto por DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN⁷, cuando afirman lo siguiente: «Cabe conjeturar que en el terreno de la protección de consumidores y usuarios el mecanismo de la anulabilidad de los contratos se extenderá por ser preferible al de la nulidad de pleno derecho, precisamente porque aquel está diseñado para proteger a una de las partes contratantes frente a la otra (orden público de protección frente a orden público de dirección, según el conocido planteamiento de la doctrina francesa)», aunque pese a dicho desiderátum, también estos autores califican el régimen analizado de nulidad de pleno derecho relativo, cuando afirman lo siguiente: «Precisamente porque al establecer un régimen de invalidez el legislador no está vinculado por los prejuicios doctrinales sobre la nulidad, la Ley de condiciones generales de la contratación establece en su artículo 8 un régimen que puede calificarse de «nulidad de pleno derecho relativa».

En nuestra opinión la nulidad de pleno derecho a la que hacen referencia el artículo 8 de la LCGC y el artículo 83 de la LGDCU, son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineficacia automática del contrato⁸ sin que la misma sea necesaria para su existencia una declaración judicial, siendo de carácter relativo ya que se limita el ejercicio de esta nulidad única y exclusivamente al adherente. Por ello, coincidimos con ese sector doctrinal (MIQUEL GONZÁLEZ) que califica a esta nulidad como nulidad de pleno derecho de carácter relativo.

Destaca en esta calificación a nuestro juicio, de forma correcta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de enero de 2007 (AC 2007, 843), cuando motiva su fallo de la siguiente forma:

«La sentencia apelada también desestima la nulidad de la cláusula sobre el pago de costas ínsita en la escritura de préstamo hipotecario porque considera que la acción está prescrita al haber transcurrido el plazo de 4 años del artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27) desde la firma de la escritura de préstamo el 6 de abril de 2001. Sin embargo, se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, que es imprescriptible, a diferencia de la acción de la acción de anulabilidad o nulidad relativa sometida al plazo de prescripción de 4 años. Así resulta del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre Condiciones generales de la contratación según el cual «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para

el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional 1.^a L 26/1984 de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Puede surgir la duda de cómo se debe entender la remisión que se hace a las normas generales de la nulidad de los contratos. Lógicamente no se está haciendo referencia con dicha remisión a las normas de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil reguladoras de las acciones de anulabilidad en nuestro Derecho, sino al conjunto de principios que doctrinal y jurisprudencialmente se han ido desarrollando y que permiten configurar dicha nulidad de pleno derecho en la ausencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil y la contravención directa de normas imperativas al amparo de los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil.

Realmente, del juego de los artículos 8.1 y 9.1 LCGCU se desprende una curiosa situación, que algún autor ha denominado como de nulidad de pleno derecho de carácter relativo. En tal sentido no cabe duda que el artículo 8.1 proclama abiertamente la nulidad de pleno derecho o absoluta en relación con las condiciones generales. Este hecho, como es conocido, determina el carácter imprescriptible de las acciones de nulidad, la posible alegación por parte de cualquier interesado, su eficacia «erga omnes» y la posibilidad de aplicación de oficio de las mismas por los tribunales. Sin embargo, y ahí radica el concepto de relativa, el artículo 9.1 limita la legitimación para el ejercicio de dichas acciones únicamente a los adherentes, privando de dicha legitimación al predisponente e incluso a terceros que se podrían ver afectados por dichas condiciones generales aún cuando no fueron parte del contrato. Es por tanto una nulidad absoluta, pero limitada en el ejercicio de la acción o de la excepción».

Para la aplicación de la analogía, como función integradora del Derecho se requiere la existencia de una laguna legal. Puede hablarse pacíficamente de dicha existencia cuando existe una ausencia legislativa expresa. Comentando el artículo 4 del Código Civil, GULLÓN BALLESTEROS⁹ se refiere a la analogía de esta forma: «Por tanto, se reconoce por el legislador la existencia de lagunas en la norma jurídica cuando —estas no contemplan un supuesto específico—. Sin embargo para recurrir a la analogía no basta este silencio, pues puede tratarse de una omisión deliberada porque no se ha querido regular. Es necesario que exista una necesidad de dar una respuesta jurídica, y de ahí que el precepto exija que se regule otro semejante, es decir, que si el legislador ha creído darle consecuencias jurídicas, el primero debe también recibirlas».

Siguiendo con la exposición de GULLÓN BALLESTEROS (v. *op. cit.*), a efectos de dilucidar la viabilidad de la aplicación analógica a este caso tratado, dice el citado autor que «La analogía descansa en la semejanza entre el supuesto de hecho no regulado con el regulado. Es una tarea difícil apreciar cuando existe esa semejanza. Puede entenderse que se produce cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo o, dicho de otra forma, hay que ver si los elementos esenciales que constituyen la *ratio iuris* de la norma se observan en el primero, en el supuesto no regulado. El elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada. A ello alude el precepto comentado al

hablar de identidad de razón, queriendo significar seguramente que por contener ambos supuestos el elemento o elementos que llevan a establecer una determinada norma, la misma es, o debe ser, de aplicación a ambos. Precisamente porque hay que retornar a los fines de la regulación legal (*ratio iuris*), la analogía es un proceso de pensamiento valorativo y no únicamente una operación lógico-formal».

Puede afirmarse pues, que será posible la analogía porque la «*ratio iuris*» sea en mayor o en menor medida expresión de un principio general del sistema, que se enuncia ya expresamente (mediante el procedimiento analógico) como norma en la que subsumir el caso carente de regulación.

Sin embargo, en nuestro caso no estimamos que exista una laguna jurídica que pudiese justificar la aplicación analógica del régimen de la anulabilidad del Código Civil al régimen de la nulidad de pleno derecho de carácter relativo, ya que es el propio legislador quien en el artículo 8 de la LCGC se ha querido apartar del régimen general del Código Civil, para configurar esta categoría especial de ineficacia, por lo que consideramos efectivamente que nos encontramos ante una nulidad absoluta pero restringida en cuanto al régimen de legitimación al adherente, resultando que el plazo prescriptivo de la acción declarativa de nulidad es inexistente o lo que es lo mismo, imprescriptible, mientras que el plazo prescriptivo de los efectos restitutorios de la nulidad han de quedar sujetos al régimen de prescripción general de las acciones personales (*ex art.* 1964 del Código Civil).

Además no compartimos que el plazo de prescripción para los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula abusiva sea el previsto para la acción de anulabilidad ya que sería reconducir todos los supuestos de nulidad de una condición general en el ámbito de la contratación con consumidores al control de transparencia (si es que realmente, nos encontramos ante un tercer control y no se sostuviera lo que realmente parece ser que es que la falta de transparencia conduce al control de contenido) que es el que realmente afecta al consentimiento contractual, más allá del control de incorporación, obviando, por ejemplo, la nulidad que pudiera derivarse de una condición general por el conocido control de contenido y su consecuente declaración de abusividad¹⁰.

Ya opinamos en su día¹¹, que al Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 170534) no le falta razón en declarar imprescriptible la acción de simulación, ahora bien, solo lo debería haber hecho en cuanto a los efectos declarativos pero no en relación con los efectos restitutorios de la misma, los cuales, en nuestra opinión, estarían sujetos al plazo de prescripción general de las acciones personales de 15 años (hoy en día 5 años, tras la reciente reforma del art. 1964 del Código Civil), por aplicación de lo previsto en el artículo 1964 del Código Civil, puesto que sin lugar a dudas el artículo 1930 del Código Civil declara la prescriptibilidad de los derechos y acciones de cualquier clase que sean, sin que los efectos restitutorios de la nulidad se encuentren dentro de las acciones imprescriptibles que la Ley declara como tales.

Pone de manifiesto un debate existente como hiciera la clásica sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 (*RJ* 1964, 1152), que sentara con acierto el criterio de la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la acción de nulidad del siguiente modo:

«Que en la Sentencia últimamente citada de 7 de enero de 1958, proclamó esta Sala que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial, reconocen la existencia de la prescripción, como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que solo era de mero hecho, ya que, sin este

medio, la propiedad y los derechos todos, se hallarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia, con cuyas afirmaciones, se confirmaba la doctrina, ya hecha constar en anteriores Sentencias, entre otras en las de 8 de mayo de 1903, 2 de marzo de 1912, 26 de marzo de 1915 y 13 de abril de 1956 (RJ 1956, 1560), de que dado el concepto y fundamento de la prescripción, está la Institución encaminada, especialmente, a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando estas, no se ajusten siempre a estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmorales o dañinos, al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalence por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil, la cuestión aparece clara: en el párr. 2.º del artículo 1930, se declara la prescriptibilidad de los “derechos y acciones, de cualquier clase que sean”: en los artículos 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa, torpe, sin establecer que, las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código solo a las que enumera en su artículo 1965; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca —y dicho queda que este Tribunal la estima acertada— no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y aceptada en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción, el recurrente denuncia».

DE CASTRO¹², con apoyo en la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964, se manifestó del siguiente modo: «Las llamadas acciones meramente declarativas, no están comprendidas dentro de sentido estricto de acción («actio») empleado por los artículos 1930, 1932 y 1961. Así no quedan sometidas a la prescripción las acciones para declarar la inexistencia, nulidad y simulación; aunque sí lo están las acciones restitutorias que de ellas pueden resultar. La prescripción de estas últimas acciones puede a su vez ser obstáculo para el ejercicio de las acciones declarativas, cuando ellas sean el interés que pueda justificar su ejercicio».

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹³ también con apoyo en la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 vuelve a manifestarse a favor de la aplicación del plazo de prescripción de 15 años a los efectos restitutorios de la nulidad, al decir: «Es imprescriptible la acción para obtener la declaración de

nulidad absoluta (o inexistencia) de un negocio jurídico. Sin embargo, los efectos restitutorios que se persigan como consecuencia de la nulidad están afectados por la prescripción. Las acciones restitutorias que se ejercitan con la de nulidad de un contrato, por ejemplo, para lograr la restitución de la cosa entregada, prescriben como cualquier otra acción (Sentencias de 27 de febrero de 1964 y 13 de abril de 1988)».

Del mismo modo, CARRASCO¹⁴ se pronuncia sobre la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la nulidad al razonar que: «El plazo de la acción de restitución derivada de un contrato que padezca de una ineficacia sin un régimen específico de prescripción es el general de quince años, como por lo demás la jurisprudencia viene manteniendo pacíficamente para la nulidad del contrato usurario».

REGLERO CAMPOS¹⁵, resume el estado de la cuestión de la siguiente forma: «Especial consideración merece la acción de simulación. La imprescriptibilidad es evidente cuando se trata de simulación absoluta. Se ha planteado la duda respecto de la relativa, duda que, como se ha señalado, carece de fundamento, puesto que no parece que el negocio simulado tenga realidad jurídica, ni que esta pueda nacer utilizando la figura de la prescripción.

En definitiva, y con carácter general, la no sujeción a plazo de este tipo de acciones ha sido y sigue siendo una cuestión tradicionalmente pacífica en nuestra doctrina, habiendo sido confirmada por una copiosa jurisprudencia. En efecto, pasado un primer periodo de confusión entre los supuestos de mera anulabilidad y de nulidad absoluta, la jurisprudencia ha distinguido con claridad entre ambos tipos de ineficacia del negocio, declarando la imprescriptibilidad de la acción dirigida a la declaración de nulidad absoluta de un contrato o negocio, de acuerdo con la regla *quod ab initium vitiosum est*. Así, STS de 23 de octubre de 1992 (simulación absoluta en contrato de compraventa), 6 de junio de 1986 (falta de consentimiento contractual), 13 de febrero de 1985 (inexistencia de causa), 4 de abril de 1984 (falta de consentimiento: contratante mentalmente incapaz), 25 de abril de 1983 (contrato de arrendamiento celebrado por Consejero sin poder para ello).

Declaran también la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, diferenciándola de la situación de sometimiento a plazo de la acción de nulidad relativa, las STS de 16 de febrero de 1990, 19 de julio de 1989, 6 de abril de 1984, 14 de marzo de 1983, 5 de noviembre de 1981, 20 de noviembre de 1980, entre otras muchas, consolidando una doctrina que, referida al contrato, puede sintetizarse del siguiente modo: cuando se trate de un supuesto de nulidad absoluta del contrato por faltar algunos de sus requisitos esenciales, no cabe aplicar el plazo de cuatro años sancionado por el artículo 1301 del Código Civil, ya que, puesto en relación concordante con el 1300 que le precede, dicho plazo solamente tiene aplicación a los contratos subsanables, es decir, a aquellos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil, y no a los radicalmente nulos por falta de alguno de los requisitos que este último precepto señala.

Se ha declarado igualmente la imprescriptibilidad de:

— La acción de nulidad por adolecer el negocio de defectos formales, cuando la forma tiene carácter constitutivo, fundamentalmente en materia de donación de bienes inmuebles (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987).

— La acción dirigida a desvelar el contrato oculto en un negocio simulado con simulación relativa (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1987).

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la imprescriptibilidad que aquí estudiamos debe predicarse tan solo de las acciones dirigidas a la declaración

de nulidad del negocio nulo de pleno derecho, pero no alcanza a las acciones restitutorias que de ellos puedan derivarse o, en general, al conjunto de efectos derivados de otros hechos jurídicos, como pueden ser ciertas situaciones posesorias surgidas como consecuencia del contrato nulo. Esto es así hasta el punto de que la prescripción de tales acciones pueden dejar prácticamente sin objeto a las acciones declarativas de nulidad, cuando lo que se pretenda con estas sea exclusivamente obtener los efectos restitutorios, o cuando se ha operado la usucapión extraordinaria (cfr. art. 1959). De este modo, cuando se han ejecutado las prestaciones, se considera que la acción restitutoria está sometida a plazo, y más concretamente, al no poder entenderse comprendida en los supuestos de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, al general de quince años del artículo 1964 del Código Civil.

De igual modo se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 distinguió entre la acción declarativa de nulidad absoluta del negocio, considerándola imprescriptible, y la acción restitutoria, de carácter prescriptible, declarando a este respecto que —dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del artículo 1930 se declara la prescriptibilidad de los derechos y acciones de cualquiera clase que sean; en los artículos 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código solo a las que enumera en su artículo 1965—. Precisión esta última evidentemente inexacta».

Por su parte, DELGADO ECHEVARRÍA¹⁶ concluye igualmente sobre la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la acción de nulidad, lo siguiente:

«Pero si esto es así, por ello mismo distinto ha de ser el tratamiento de las pretensiones que, si bien basadas en la nulidad, no se reducen a su mera declaración: en particular, la acción restitutoria de la prestación realizada. Como recuerda la importante Sentencia de 27 de febrero de 1964 (con antecedente en la de 31 de octubre de 1922), en el artículo 1930 del Código Civil se declara la prescripción de los «derechos y acciones, de cualquier clase que sean», sin que se establezca en parte alguna que las acciones restitutorias basadas en la nulidad sean imprescriptibles, carácter que el Código reconoce solo a las que enumera en su artículo 1965. Dado que el Código tampoco señala particularmente el plazo de prescripción —y supuesto que no ha de aplicarse el artículo 1301—, debemos inclinarnos por el genérico de quince años de las acciones personales que no tengan fijado otro (art. 1964 del Código Civil).

En este sentido ESPÍN, D. 1970, 531 y sigs., y 537 y sigs., con cita de doctrina y amplio razonamiento. Mucho antes, BORRELL Y SOLER, A. 1947, 115-117. La misma opinión en Díez-PICAZO, L. 1970 I, 302, 1993 I, 448, 1996 I, 474; BELLO JANEIRO, D. 1993, 63; con dudas, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. 1995, 245, 249 y 278 y sigs.».

En este ámbito, resultan interesantes las aportaciones de PASQUAU LIAÑO¹⁷ al respecto, cuando razona lo siguiente:

«Si las opiniones también prescribieran, estaría ya a punto de extinguirse la que expresé en 1997, porque no ha tenido apenas éxito alguno ni, desde luego, ningún eco jurisprudencial que hubiese interrumpido su prescripción... Entonces ya defendí que la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin fundamento, y que tanto desde el punto de vista de los textos legales (art. 1930.2 del Código Civil) como de los intereses en presencia (la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción), y de la misma naturaleza de la nulidad, debe más

bien mantenerse que la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato “pudiera” ejercitar la acción o “debiera” invocar la nulidad (art. 1969 del Código Civil). También creo que la disociación entre la acción «declarativa» de la nulidad y la acción que quiere hacer valer “sus consecuencias” parte de una distinción forzada (aunque ciertamente consolidada) que más parece una necesidad para precisamente escapar “a veces” de la imprescriptibilidad que al mismo tiempo se proclama. Yo entiendo que siempre que sea necesario el ejercicio de la acción para que un contrato pueda ser considerado jurídicamente como nulo (porque su declaración exija una valoración judicial en procedimiento contradictorio con todas las garantías: por ejemplo los casos de causa inexistente o ilícita —arg. art. 1277 del Código Civil—), dicha acción estará sujeta al límite temporal de la prescripción, por exigirlo así, igual que en cualquier otro ámbito del derecho de contratos, la seguridad jurídica. Esta herejía cambia alguna de las soluciones a los diferentes supuestos que cabe imaginar de ejercicio tardío de la acción de nulidad, respecto incluso de las propiciadas por la versión más razonable de las antes expuestas, es decir, la que no duda que la acción de restitución derivada de la nulidad sí prescribe; pero sobre todo, a mi juicio, mejora las explicaciones, se incardina mejor en la teoría general de la prescripción, contribuye a la seguridad jurídica, evita con más eficacia los excesos a que de vez en cuando se llega en la práctica judicial de la mano del dogma de la imprescriptibilidad, y resuelve mejor el problema derivado del desajuste entre los plazos de la acción restitutoria y la usucapión».

Sin embargo, las afirmaciones sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, son constantes en la jurisprudencia. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2476), rec. 3003/1996, que:

«La doctrina de esta Sala viene reiterando que los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo... (Sentencias, entre otras, 19 de diciembre de 1951, 20 de diciembre de 1975, 13 de febrero de 1985, 6 de junio de 1986, 14 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 8 de marzo y 15 de junio de 1994, 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000) por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles».

Como ya hemos adelantado, en nuestra opinión, al recurrente en casación (STS de 2013) no le faltaba razón en cuanto a la alegación de la prescripción de los efectos restitutorios de la acción de nulidad, sometida por tanto al plazo general de las acciones personales de 15 años. Sin embargo, seguimos asistiendo en nuestra Jurisprudencia a afirmaciones y soluciones que siguen declarando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en todos sus efectos, en contravención de lo que realmente prescribe es la acción (art. 1930.2 del Código Civil) y no la situación jurídica derivada de la nulidad¹⁸. Dicho plazo de prescripción debería contarse por tanto desde la consumación del contrato nulo, ex artículo 1969 del Código Civil.

Tras la reforma del artículo 1964 del Código Civil las acciones personales (efectos restitutorios de la nulidad) no prescriben sino hasta transcurridos 5 años desde la entrada en vigor de la reforma del artículo 1964 de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

puesta en relación con el artículo 1964 y 1939 del Código Civil. Así, a las relaciones jurídicas nacidas entre 7 de octubre de 2005 y 7 de octubre de 2015 se aplica la regla transitoria de tal modo que —siempre a salvo de la interrupción de la prescripción— prescribirán antes de transcurrir los quince años y, en concreto, el 7 de octubre de 2020. Es decir, a los cinco años de entrada en vigor de la citada reforma.

II. LA RESPUESTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Son muy numerosas las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales que unánimemente se decantan por la consideración del supuesto como de nulidad de pleno derecho (art. 8 LCGC) y por lo tanto declaran la imprescriptibilidad de los derechos del consumidor, no tratándose de un caso de anulabilidad ya que la acción ejercitada así es la de nulidad absoluta derivada del referido artículo 8 LCGC y no en base a los artículos 1301 y siguientes del Código Civil.

Buen exponente de ello, es la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 2017, Sección 11.^a, (JUR 2017, 164166), que recogiendo lo razonado en la SAP de Madrid sección 8.^a del 30 de enero de 2017 y en la SAP de Madrid sección 28.^a del 24 de enero de 2017, razona lo siguiente:

«No se ejercita en este caso la acción de nulidad por vicio de consentimiento a que se refiere el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27). La parte actora insta la declaración de nulidad de la llamada cláusula suelo por su carácter abusivo, siendo por tanto su fundamento la legislación relativa a consumidores y usuarios, anterior Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios Ley 26/1984 —dada la fecha de concertación del préstamo— en cuyo artículo 10 bis.2 se sanciona con nulidad de pleno derecho las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie carácter abusivo. El plazo de cuatro años señalado se aplica en definitiva en caso de anulabilidad pero no se aplica a la nulidad de pleno derecho como se pretende en este caso. En este sentido se pronuncia la SAP de Burgos de 6 de julio de 2015, que en cuanto a la posible caducidad de acciones relativas a cláusulas suelo afirma: “La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 señala que las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles.

Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la LCGC (RCL 1998, 960), ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 del Código Civil, artículo 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil”. En el mismo sentido se pronuncian entre otras la SAP de Orense de 26 de mayo de 2016 y SAP de Asturias de 24 de noviembre de 2016. Procede en suma la desestimación del motivo de recurso».

(...)

10. La lectura de la demanda permite deducir con claridad que la acción ejercitada no es la que postula el apelante, sino que se trata de

la acción de nulidad de cláusulas abusivas, ejercitada al amparo de los preceptos citados de la LCGC y LGCU. La propia entidad financiera admite en su contestación (f. 151) que los demandantes no manifiestan haber incurrido en error alguno en la contratación. Es decir, no alegan vicio de consentimiento, por lo que la acción no puede haberse basado en esta circunstancia.

11. El artículo 8 de la LCGC declara que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

12. Esta nulidad absoluta es proclamada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) recurso 485/2012, y es reiterada en otras posteriores, como la de 25 de marzo de 2015, recurso 2351/2012.

13. El propio apelante cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005, que declara que «la literalidad del artículo 1301 del Código Civil podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 del Código Civil se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la Sentencia de 4 de noviembre de 1996, que “la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción” (en el mismo sentido la Sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)».

14. La jurisprudencia más reciente sigue esta misma línea en Sentencias del Tribunal Supremo como la de 19 de noviembre de 2015. Dicha resolución proclama que «la nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce “ipso iure” y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto (...). 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)».

En el mismo sentido y a título de ejemplo, podemos observar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.ª) núm. 83/2017 de 15 de marzo de 2017 (JUR 2017, 150135), que razona lo siguiente:

«Con todo aunque se hubiera formulado la excepción la respuesta hubiera sido contraria a sus intereses desde el momento en que la acción ejercitada no es de anulabilidad sino de “nulidad absoluta” como resulta incuestionablemente de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre condiciones generales de la contratación [que dispone “Artículo 8. Nulidad. 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo

dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. / 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor; entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”] y del artículo 10. Bis, 2 de L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha del contrato, al decir “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas” y reproduce el actual artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En consecuencia siendo la acción de nulidad absoluta imprescriptible, conforme a constante jurisprudencia de ociosa cita, resulta de inaplicación el plazo de caducidad establecido en el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27)».

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a) núm. 34/2017 de 16 de febrero (JUR 2017, 119097), establece que:

«Ha de hacerse, pues, una clara diferenciación entre la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, y la anulabilidad o nulidad relativa y ha de precisarse igualmente que, en este caso que nos ocupa, no cabe hablar de esta última, ni puede acudir a las normas que sobre la nulidad contractual, o, mejor dicho, sobre la anulabilidad, establecen los artículos 1300 y 1301 de Código Civil, el primero de los cuales se refiere de modo expreso a los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del mismo cuerpo legal, que, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley, ya que lo que se ha producido es la vulneración y contravención de las disposiciones contenidas en unas Leyes imperativas, en concreto de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que regulan y contienen las reglas que han de respetarse, entre otros, por parte de las entidades bancarias, en la contratación con los consumidores, y, puesto que, según lo establecido en las referidas Leyes, y así ha estimado la Juez a quo, la cláusula controvertida es nula, por abusiva, como ya se ha indicado, no puede por menos que concluirse que vulnera unas normas imperativas, y, en consecuencia, debe considerarse nula de pleno derecho, y, como consecuencia de ello, la acción para pedir la declaración de nulidad de la misma no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a) núm. 327/2016 de 24 de noviembre de 2016 (JUR 2016, 274642), prevé lo siguiente:

«Cierta es la polémica doctrinal acerca de la imprescriptibilidad de las acciones que pretenden la nulidad absoluta de una cláusula como es el supuesto que se examina, si bien no es menos cierto que, aun cuando el

artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27) se refiere a “la acción de nulidad” fijándola con una duración de cuatro años, no lo es menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso. Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 6 de julio de 2015, en cuanto a su posible caducidad señalando lo siguiente: “La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 señala que las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la LCGC, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil”. Conforme se indicó en el inicio de este párrafo, ha sido este un criterio general para supuestos en los que la acción que se ejercita es de nulidad absoluta cual es el caso».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 42/2014 de 10 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 64988), establece que:

«1.º) la posibilidad defensiva del demandado, sin necesidad de acudir al mecanismo reconvenional, de alegar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales ya que puede realizarse mediante excepción. En este sentido, respecto de la prescripción, debe traerse a colación lo señalado por la Audiencia Provincial de Castellón en Sentencia de la Sección 3.ª de 17 de septiembre de 2012: “Por lo que respecta a la prescripción de la solicitud por parte de la comunidad demandada de la nulidad de dicha cláusula, debe coincidir con los argumentos expuestos por la parte demandada en el escrito de oposición del recurso que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, sino ante una nulidad absoluta o radical, como es la solicitud de que se declare nula una determinada cláusula por considerarla abusiva al infringir los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios. La nulidad absoluta de un contrato o de alguna de sus cláusulas puede alegarse por medio de excepción en la contestación a la demanda sin necesidad de formular reconvencción, como así establece el artículo 408.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), a diferencia de la nulidad relativa o anulabilidad que debe alegarse mediante la correspondiente acción. La acción de nulidad radical, así como su alegación por medio de excepción, a diferencia de la nulidad relativa, es imprescriptible, por lo que no puede calificarse de extemporánea su alegación por la parte demandada”».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 15/2013 de 10 de enero (*JUR* 2013, 46333), razona lo siguiente:

«En estas condiciones, la cláusula debe reputarse nula por abusiva, de conformidad con el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007

(«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»). Y de ahí, precisamente, lo improcedente del motivo de recurso por el que se pretende la apreciación del plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27), dado que, contrariamente a lo que se argumenta, no estamos en presencia de una nulidad relativa, sino radical, de pleno derecho y, como tal, no sujeta a plazo prescriptivo alguno. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2000, son innumerables las sentencias que declaran inaplicable el plazo de cuatro años, que establece el artículo 1301, a supuestos de nulidad radical o absoluta».

III. BIBLIOGRAFÍA

- BLANDINO GARRIDO. *Derecho Privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Klaus Jochen Albiez Dohrmann (coord.), María Luisa Palazón Garrido (coord.), María del Mar Méndez Serrano (coord.), 2011.
- CAÑIZARES LASO. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre de 2015) Estudios, 67-105.
- CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Aranzadi, 2010.
- 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. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Prescripcion-accion-restitutoria-clausula-suelo.pdf>.
- DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, 1972.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*. Zaragoza, 2003.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 2012.
- GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999.
- GULLÓN BALLESTEROS. *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I, 1990.
- MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2011.
- La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document>.
- PASQUAU LIAÑO. La acción de nulidad sí prescribe. 2006 (Especial Coloquio) *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*. Nulidad de los actos jurídicos.
- Nulidad y anulabilidad del contrato, Madrid, 1997.
- REDONDO TRIGO. Prescripción extintiva y adquisitiva en una compraventa de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 740, 2013.

REGLERO CAMPOS. *Comentarios al Código Civil. Tomo XXV vol 2, artículos 1961 al final del Código Civil*, Edersa (1994).

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de febrero de 1964(RJ 1964, 1152)
- STS de 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2476)
- STS 25 de marzo de 2013 (JUR 2013, 170534)
- SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 15/2013 de 10 de enero (JUR 2013, 46333)
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 42/2014 de 10 de febrero de 2014 (JUR 2014, 64988)
- SAP de Asturias (Sección 1.ª) núm. 327/2016 de 24 de noviembre de 2016 (JUR 2016, 274642)
- SAP de Burgos de 10 de enero de 2007 (AC 2007/843)
- SAP de Madrid sección 28.ª del 24 de enero de 2017
- SAP de Madrid sección 8.ª del 30 de enero de 2017
- SAP de Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 34/2017 de 16 de febrero (JUR 2017, 119097)
- SAP de Las Palmas (Sección 5.ª) núm. 83/2017 de 15 de marzo de 2017 (JUR 2017, 150135)
- SAP de Madrid de 28 de abril de 2017, Sección 11.ª (JUR 2017, 164166)

NOTAS

¹ GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dir. Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999, 84.

² BLANDINO GARRIDO. *Derecho Privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Klaus Jochen Albiez Dohrmann (coord.), María Luisa Palazón Garrido (coord.), María del Mar Méndez Serrano (coord), 2011, 262 y 263.

³ MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codigo-civil.net/nulidad/loel/document.php?id=343>.

⁴ MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2011.

⁵ MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codigo-civil.net/nulidad/loel/document.php?id=343>.

⁶ 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. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Prescripcion-accion-restitutoria-clausula-suelo.pdf>.

⁷ DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos*. Zaragoza, 2003.

⁸ Díez Pícazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 565, caracteriza este tipo de ineficacia automática del siguiente modo: «Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineficacia, a los que llamaremos automática y provocada. Llamamos automática a la ineficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure*, esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir “de pleno derecho”, como en la actualidad hace el artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De “pleno derecho”

quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato ineficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineficacia, cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada».

⁹ GULLÓN BALLESTEROS. *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I, 1990, página 29.

¹⁰ En cuanto a la delimitación de los referidos controles de incorporación, contenido y transparencia, nos remitimos al trabajo de CANIZARES LASO. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre de 2015) Estudios, 67-105.

¹¹ REDONDO TRIGO. Prescripción extintiva y adquisitiva en una compraventa de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 740, 2013, 4280-4295.

¹² DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, 1972, 150.

¹³ Díez-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 2012, 428.

¹⁴ CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Aranzadi, 2010, 675 y 676.

¹⁵ REGLERO CAMPOS. *Comentarios al Código Civil. Tomo XXV, vol 2, Artículos 1961 al final del Código Civil*, Edersa (1994).

¹⁶ DELGADO ECHEVARRÍA. *Tratado de la nulidad de los contratos. Parte 2. Las acciones de invalidez. 2.3.4 Tiempo en que puede hacerse valer la nulidad*, páginas 126 y siguientes. Zaragoza. 2003.

¹⁷ PASQUAU LIAÑO. La acción de nulidad sí prescribe. *principal*, 2006 (Especial Coloquio) NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia*. Nulidad de los actos jurídicos. *Vid.*, anteriormente las reflexiones del mismo autor al respecto en: Pasquau Liaño. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, 277 y sigs.

¹⁸ Para PASQUAU LIAÑO (*vid., op. cit.*), no habría incluso que hacer diferencias en cuanto a la prescripción de la nulidad, tanto en la denominada vertiente declarativa, como reparatoria, cuando afirma que: «En mi opinión, lo que se denomina acción “meramente declarativa de nulidad” como pretensión que se agota en la constatación judicial de la existencia del vicio de nulidad, es una entelequia. Puede, en casos extremos que no se encuentran en los repertorios de jurisprudencia sino solo en los manuales, pedirse la nulidad *sin más*, pero incluso entonces será *para algo más*: por ejemplo, para disuadir a la otra parte de reclamar el cumplimiento y evitar la responsabilidad por incumplimiento. Entendería que suscitase indiferencia la afirmación de que esa acción no prescribe (porque aunque se dijera lo contrario ello sería absolutamente irrelevante, salvo que se defendiera un plazo de prescripción de la nulidad inferior al de la acción de cumplimiento), pero desde luego no concibo que pueda suscitar entusiasmo, ni logro comprender que se hayan dedicado tantos esfuerzos a defenderlo ni tantos epígrafes de manuales. La acción de nulidad persigue un pronunciamiento que desactive todos o alguno de los efectos del contrato. Su éxito traerá consecuencias beneficiosas (ofensivas o defensivas) para el demandante (es de suponer que de lo contrario no la pediría) y consecuencias perjudiciales para la otra parte, que defiende todos o alguno de los efectos del contrato (de lo contrario es de suponer que se allanaría). La acción de nulidad no pretende *adjetivar el contrato*: declarar el contrato nulo no es como declararlo largo, corto, o amarillo. Pretender la nulidad es pretender la ineficacia de un contrato del que otra parte defiende su eficacia: por eso, cada vez que el contrato haya desplegado algún efecto, la acción está sujeta a prescripción. Mientras no haya desplegado efecto alguno no es que no prescriba la acción: es que no ha comenzado el plazo todavía. Pero la acción de nulidad, en cualquiera de sus modalidades, como toda otra acción personal, prescribe sí, pudiendo ejercitarse (para perseguir un interés procesalmente suficiente), transcorre determinado tiempo sin ser ejercitada».