

## 2. DERECHO MERCANTIL

# Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito *revolving*) Parte II

*The imprescriptible action for nullity  
and its prescriptive compensation  
(usury, nullity and the relevance  
of the revolving loan)  
Part II*

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBA  
Catedrático de Derecho civil Universidad de Oviedo

NATALIA MUÑIZ CASANOVA  
Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho civil  
Universidad de Oviedo

**RESUMEN:** El crédito *revolving* es un producto con amplia presencia en el mercado del consumo, que facilita el acceso a la financiación inmediata por sus sencillos trámites y sin requerirse garantías adicionales. El elevado tipo de intereses pactados, el propio funcionamiento de su especial modelo y su discutible cauce de comercialización cosecha múltiples litigios. En ocasiones los tribunales aplican en su tratamiento jurídico el polémico remedio contra la usura. Se plantea el problema de si cabe distinguir entre las acciones de nulidad, imprescriptible, frente a la de su resarcimiento, prescriptible; y las implicaciones jurídicas que acoge la diferencia. En especial, el régimen del *dies a quo* en el cómputo de su plazo. En su desarrollo se analiza la muy reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo que se ha vertido en la materia.

**ABSTRACT:** *The revolving credit is a product with a wide presence in the consumer market, which facilitates access to easy financing because of its immediate processing, without the need for additional guarantees. The high type of agreed interests, the functioning of its special model and its questionable marketing channel generate a great number of litigations. Sometimes, courts apply the controversial rules against usury in their resolution. The question arises as to whether it is possible to distinguish between actions for nullity, which are not subject of rules on limitation, and actions for claiming compensations, which are prescriptible, as well*

*as the legal implications of this difference. In particular, the regime of the dies a quo in the calculation of its term. Its development examines the most recent case law of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court on the subject.*

**PALABRAS CLAVE:** Acciones prescriptibles e imprescriptibles. Crédito revolving. Nulidad y usura.

**KEY WORDS:** Prescriptive and imprescriptive actions. Revolving credit. Nullity and usury.

**SUMARIO:** I. CAUCE JUDICIAL OPORTUNO: 1. EL PROBLEMA DEL CARÁCTER ACCESORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 2. INVALIDEZ Y NO INCORPORACIÓN. 3. EL CONTROL DE LA CLÁUSULA REGULADORA DE LOS INTERESES. 4. EXAMEN DE LA CLÁUSULA SOBRE LAS COMISIONES. 5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. 6. RECOMPOSICIÓN DEL CONVENIO MUTILADO DE CLÁUSULAS ILÍCITAS.—II. RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN. PLAZO Y DIES A QUO: 1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN. 2. DETERMINACIÓN DEL DIES A QUO. 3. ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS OPERACIONES CANCELADAS. 4. PRESCRIPCIÓN Y RETRASO DESLEAL.—III. CONCLUSIONES (PARTE II).—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.  
—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CAUCE JUDICIAL OPORTUNO

### 1. EL PROBLEMA DEL CARÁCTER ACCESORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Uno de los aspectos más sobresalientes de las condiciones generales estriba en su imposición por una parte del contrato a la otra, complementando así su acuerdo básico. Mientras no exista voluntad conjunta, tampoco atañe a los elementos esenciales del pacto. Su eficacia integradora les aleja del núcleo duro del convenio y solo son capaces de reproducir elementos accidentales del negocio<sup>1</sup>. Con todo, el precio ha suscitado algún debate. Aun cuando la mayoría de los autores lo excluye de su contenido en clausulados impuestos —máxime si «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de una de las partes» (art. 1449 CC)—, creen otros que su marginación comporta un perjuicio para los adherentes, a partir de condiciones generales que contemplan su redondeo<sup>2</sup>.

En síntesis, las condiciones generales por hipótesis limitan su influjo a elementos complementarios del negocio y tienen carácter accesorio. Por todo ello, y en la medida en que cumplen los requisitos básicos de su incorporación, forman parte del contrato. Sin embargo, los asertos introducidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación acerca de las repercusiones de la ineficacia del convenio sujeto a cláusulas generales ilícitas y los mecanismos integradores de su contenido cuando la invalidez sea parcial, siembran de incertidumbres este punto.

La Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, muestra las dificultades señaladas, siguiendo «la doctrina jurisprudencial que fijamos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 628/2015, de 25 de noviembre». En efecto, «la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter “abusivo” del tipo de interés remuneratorio en

tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia»<sup>3</sup>. Sin embargo, advierte que «al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores». A fin de cuentas, no sucedió así por haberse cedido a la inoportuna *causa petendi* elegida por los actores con arreglo a la Ley de usura, que ya criticamos profundamente antes.

Contrario *sensu*, las recientes Sentencias del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, admiten que una cláusula en la que se determina el interés del préstamo mediante referencias a índices objetivos, no es que pueda, sino que debe, y así ha sido, enjuiciada desde la óptica de las cláusulas abusivas, sin perjuicio de que afecte a un elemento esencial del contrato en concreto, como es su precio. Incluso censura que dicha idea se hubiera deslizado en una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es más, corrige su planteamiento cuando «argumentó que nuestra Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba la contractualidad de la cláusula. No fue así: en el fundamento jurídico segundo, apartado 4, declaramos: “En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal”. «Es decir, la falta de transparencia no determina *per se* la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato —el precio—, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula», y el artículo 83 TRLGDCU «establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración».

## 2. INVALIDEZ Y NO INCORPORACIÓN

Las condiciones generales de la contratación o las cláusulas abusivas que no superen el filtro de licitud han de someterse a la sanción jurídica designada en el ordenamiento. A nuestro juicio con deficiente técnica, la ley distingue nulidad y no incorporación, pese a que, como no podía ser de otro modo, las acaba identificando no pocas veces a lo largo de su contenido. La invalidez a que se refiere la norma se denomina parcial y es el remedio jurídico previsto para otros supuestos análogos en las disposiciones comunes del Código civil, a la búsqueda de la mejor salvaguarda de los intereses de la parte menos favorecida y a quien lesiona el vicio anulatorio. Su verdadero alcance se funde con borrarlas del acuerdo, tenerlas por no puestas, que proviene del *favor negotii* y del *utile per inutile non vitiatur* como principios generales de Derecho en materia de contratación. En nuestra disciplina, traduce asimismo el axioma de garantía del deudor, que aquí encarna la mejor defensa concedida gracias al prejuicio *pro consumatore*<sup>4</sup>.

Muy confusamente adopta dicho régimen de «nulidad» el artículo 8.1 LCGC: «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*. Produce asombro que pretenda ineficaces las cláusulas *contra legem*, pero solo en la medida que perjudiquen al adherente. La sanción ordinaria descrita en el Código civil para los actos opuestos «*a las normas imperativas y a las prohibitivas*», es su invalidez de pleno derecho, si bien exceptúa la hipótesis en «*que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*» (art. 6.3 CC),

En consecuencia, «*la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia*» (art. 10.1 LCGC). Parece difícil, pero no imposible, que las estipulaciones ilícitas y en serie arrastren el contrato a su caducidad, hasta el extremo de hacerlo inviable sin su concurso. En esta línea opera el artículo 9.2, *in fine*, LCGC, pues advierte que se «*declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código civil*»<sup>5</sup>.

Por el contrario, esta fórmula radical es algo más compatible con las cláusulas abusivas, porque su definición comporta que no han sido «*negociadas individualmente*» y en la medida «*que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (art. 82.1 TRLGDCU). Como es lógico, también son proscritas del ordenamiento mediante la providencia ordinaria de invalidez parcial por razones materiales. Así se declara en su norma específica, el artículo 83, *in initio*, TRLGDCU: «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*» (repetida en el art. 8.2 LCGC).

Parece un despropósito introducir en el contrato una cláusula abusiva que comprometiera su destino conjunto, mas tampoco es por completo inaudito que, aprovechándose de una concreta situación de privilegio, una de las partes imponga determinado pacto a la otra, cuyo contenido puede ser esencial en la completa suma del vínculo. La duda estriba en si la ineficacia de aquel inciso debe propagarse al entero contrato. La trascendencia de dichas cláusulas abusivas es aquilatable casuísticamente, tanto en su horizonte objetivo como subjetivo, pues que subordina a su existencia la del propio acuerdo depende de cada postura concreta. Luego la esencialidad no es ambivalente al margen de los protagonistas, y tampoco autoriza siempre la quiebra del nexo jurídico en que se introduce<sup>6</sup>.

En la práctica, la inmensa mayoría de las condiciones desequilibrantes para el consumidor que se adhiere pueden de un modo u otro corregirse por el juez, «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa» (como elocuentemente decía el antiguo artículo 10 bis.1, pfo. 4, *in fine*, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*). En este sentido, creemos que operan las expresiones, que parecen olvidarse, del segundo aserto del vigente artículo 83, párrafo 1, TRLGDCU: «*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*».

En cuanto a la forma de poner en práctica las sanciones previstas contra las cláusulas típicas e ilegales, el artículo 9.1 LCGC expresa rotundamente que «*la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas*

*generales reguladoras de la nulidad contractual*. Ello implica que, fuera de los cauces previstos en el capítulo IV LCGC para las «acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales», sujetas a un criticable régimen de legitimación restringida, las demandas tendentes a la nulidad de condiciones generales emprendidas por un afectado particular cualquiera —para quien se diseña la Ley, en cuanto adherente y consumidor—, caen dentro del esquema común descrito en el ordenamiento.

### 3. EL CONTROL DE LA CLÁUSULA REGULADORA DE LOS INTERESES

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, deja expedita la posible nulidad por falta de transparencia de la cláusula que regula los intereses remuneratorios; y, en especial, la que configura el sistema *revolving*, al tratarse de condiciones que contemplan elementos esenciales del contrato.

A su tenor, la cláusula que disciplina los intereses deberá someterse a un primer control de incorporación, dirigido a comprobar que resulta legible y que su texto sea lo suficientemente claro para ser entendido por los adherentes, de manera que refleje su consentimiento. Para ello, la primitiva faceta de análisis constituye su perceptibilidad; es decir, la sencillez con la que la cláusula de referencia puede reconocerse como condición general del contrato y, particularmente, la manera en la que sus caracteres son percibidos. Su escrutinio ha de tener en cuenta todas las circunstancias que hacen legible un escrito para una persona normal, sin acudir a un esfuerzo extraordinario. Son apreciables, por consiguiente, aspectos como el tamaño de letra, el color, la calidad de la impresión del texto, la ubicación de las cláusulas en el contrato y su contraste con el resto de las condiciones generales, etc. El examen de tales facetas dependerá de cada caso en concreto. No es descartable que algunos contratos de dicha naturaleza, particularmente los más antiguos, presenten óbices para superar este control.

Para que una cláusula se considere debidamente inserta en un contrato, aparte de su perceptibilidad, ha de ser comprensible. Con ello se hace referencia, sobre todo, a la claridad y sencillez de su redacción y a su concreción expositiva. En nuestro criterio, ambas cualidades van unidas para las cláusulas que regulan los intereses en los créditos *revolving*, ya que su tenor tampoco induce a ningún añadido complejo. Con todo, el problema no admite solución tan pacífica cuando, junto a la estricta invalidez de la cláusula de intereses, los clientes instan la nulidad del sistema *revolving*, no incluido siempre con la oportuna evidencia en los contratos.

Un requisito íntimamente relacionado con la comprensibilidad es la concreción, que repudia textos ambiguos en las cláusulas. Obsta, de dicho modo, que pueda el predisponente obtener beneficios injustificados a causa de una fórmula vaga o poco precisa de la estipulación. Impide que la escritura ofrezca rodeos y preámbulos, a la vez que promueve las especificaciones claras y sencillas acerca del objeto de regulación. No se ponderan dificultades de comprensibilidad señaladas en estos contratos, excepto los que no definen a las claras el tipo de interés nominal y la TAE.

Aun cuando la cláusula en la que se regulan los intereses pudiera superar el control de incorporación, todavía es preciso incluir un segundo filtro de transparencia, más de fondo. Su fin tiende a comprobar si el consumidor ha podido conocer la carga económica y jurídica que comporta la concreta estipulación inserta en el contrato.

La valoración que realiza el Tribunal Supremo en la Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, pone su acento en las particularidades de dicha clase de préstamos, cuyo límite se recomponen sobre la marcha y las cuantías de las amortizaciones no suelen ser muy gravosas en comparación con la deuda pendiente. Asimismo, alargan mucho el tiempo de pago de las cuotas, con una elevada proporción para los intereses y exigua para satisfacer el capital, perpetuando su deuda. Ello, «hasta el punto de que puede convertirse al prestatario en un deudor cautivo y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio». Concluye la resolución que las características particulares del crédito *revolving* implican factores de conocimiento sustantivo para cualquier consumidor. Así, antes de cerrar el contrato debe advertir el cliente su concreta carga económica y su preciso desarrollo.

Este pronunciamiento destaca la forma de comercializar el producto, que, como hemos indicado, se canaliza por personal sin experiencia ni formación específica en cuestiones financieras. Luego permite deducir una defectuosa puesta en el tráfico jurídico y económico, en la que no se informó adecuadamente al destinatario ni del exacto importe de los intereses aplicables, ni del específico funcionamiento del sistema *revolving*. No resulta extraño que, por este conjunto de circunstancias, con frecuencia los tribunales concluyan que las cláusulas remuneratorias y, en especial, las relativas al modelo *revolving* se frustren por el filtro de transparencia.

#### 4. EXAMEN DE LA CLÁUSULA SOBRE LAS COMISIONES

Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en señalar que las comisiones, aun cuando puedan incidir en el coste total del préstamo, no pueden considerarse una condición básica del vínculo. El propio Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-529/19), así lo establece al referirse a estas cláusulas<sup>7</sup>. Advierte, además, esta resolución que «el artículo 3 apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órganos jurisdiccional recurrente».

Aunque la idea se vierta sobre la comisión de apertura de un préstamo hipotecario, cabe hacerla extensiva también a las análogas pactadas en los créditos *revolving*. Por tanto, la invalidez de dichos cargos pende de un juicio de abusividad, y no del doble control de transparencia, circunscrito a las condiciones esenciales del contrato.

Así pues, resulta preciso discernir en qué consta el control del eventual carácter abusivo de la cláusula sobre comisiones. El artículo 82 TRLGDCU advierte que serán abusivas «*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (núm. 1). «*El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la*

*naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa»* (núm. 3). A su vez, los artículos 85 a 90 del propio texto establecen una lista negra de cláusulas «en todo caso» abusivas. Esto es, el legislador valora y califica su naturaleza sin menester de que se imponga el análisis judicial del desequilibrio concreto. Basta con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individualizada sobre su contenido.

A la vista de los preceptos transcritos, el control de abusividad implica un examen que se bifurca. Por un lado, ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula perteneciente a la lista negra contemplada en la ley. Si no fuera el caso, procede su control de contenido; es decir, una valoración de las consecuencias de su relieve, a efectos de reconocer un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes, según la naturaleza del supuesto. Este filtro a su vez conlleva indagar los contrastes entre la situación que crea la cláusula y el equilibrio que presupone la norma dispositiva en defecto de pacto.

El Tribunal de Justicia, como intérprete del Derecho de la Unión, nos ofrece las claves del concepto «desequilibrio importante» que caracteriza el abuso. La primera medida que propone para resolver esta cuestión es que los desmanes afectan no solo a las prestaciones económicas prioritarias, sino que también encuentra espacio en los derechos y deberes asumidos, cuya falta notoria de reciprocidad sería un indicio evidente del fenómeno. Conforme a esta doctrina, resulta básico proceder a un análisis de las normas internas aplicables en ausencia de pacto para determinar si el convenio reduce al consumidor a una posición jurídica menos favorable que la prevista en su ausencia por el Derecho nacional concernido. En suma, ha de comprobarse si quien la dispuso, tratando de manera honesta y equitativa con el consumidor, pudo estimar razonablemente que aceptaría este la cláusula concreta en el marco de una negociación individualizada (cfr. STJUE de 13 de marzo de 2013, caso Aziz, C-415/11, entre otras). Si la estipulación disputada no soporta este control de contenido, ha de predicarse su nulidad absoluta o de pleno derecho por abusiva.

El régimen jurídico aplicable a las comisiones consta en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. En virtud de lo establecido por su artículo 3.1, «*Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de créditos serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*»<sup>8</sup>. En paralelo sentir se pronunció el Banco de España en su Circular 8/90, de 7 de septiembre, *sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (actualmente Circular 5/2012, de 27 de junio). Indica el supervisor en su norma 3.<sup>a</sup>, apartado 1, que «*todas las entidades de crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente circular*». «*Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la entidad realiza habitualmente*».

Pese al arbitrio con que cuentan las entidades para establecer las comisiones, no es actividad exenta de constancia por el supervisor, ya que deberán de ser publicadas, previo registro en el Banco de España<sup>9</sup>. Si la normativa sectorial permite a las financieras decidir libremente las comisiones aplicables, sin más límite que lo dispuesto en la normativa que requiere noticia y publicación por el regulador

bancario, no entendemos que medien cortapisas que autoricen a defender con carácter abstracto la nulidad de dichas estipulaciones. Insistimos en que supone un cometido bajo supervisión pública, lo que de suyo justifica nuestro criterio.

La comisión derivada de reclamaciones por deudas o descubiertos vencidos e impagados, que con frecuencia se impugna de contrario en los asuntos sobre tarjetas *revolving*, trae su causa o motivo en la recuperación de los costes que asumiría la entidad como consecuencia de las reclamaciones oportunas frente a las posibles cuotas no satisfechas. Ahora bien, según ha establecido de forma reiterada el Banco de España, desde la óptica de las buenas prácticas sectoriales, estas comisiones solo se justifican si se acredita: (i) que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación contra el cliente deudor (sin que, a tal propósito, baste la simple remisión de una carta periódicamente generada por ordenador); (ii) que sea única en la reclamación de un mismo saldo (aunque se considera compatible con repercutir los gastos asumidos por la entidad como consecuencia de la intervención de terceros en el asunto); (iii) que su cuantía sea específica y no porcentual; y (iv) que su eficacia no resulte inmediata o automática, sino que la reclamación debe ajustarse a las circunstancias concretas de cada impago y cliente; solo así, bajo el principio de la buena fe, se justifica emprender gestiones individualizadas de recuperación.

En suma, la pauta que siguen la mayoría de las Audiencias al respecto es considerar que la cláusula únicamente puede reputarse válida cuando no se prevea su devengo automático por impago; es decir, si su contenido contempla que se hará depender su cobro de que haya efectivas gestiones de reclamación. Además, exigen acreditarse gestiones efectivas para reclamar la deuda y de suficiente categoría individualizada. No es fácil para las entidades ofrecer prueba circunstanciada del hecho, máxime teniendo presente la masiva cantidad de reclamaciones, por lo que resultará difícil en la práctica defender la eficacia de la comisión.

##### 5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

El artículo 83 TRLGDCU es nítido al disponer la sanción que apareja el decreto como abusiva de una cláusula. Recoge su apartado inicial que «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*». Continúa su inciso segundo, tras su cambio reciente, advirtiendo que «*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*».

El contenido de la regla debe vincularse con lo dispuesto por los artículos 8 a 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Aun cuando se observen algunas diferencias en su tenor literal, la doctrina suele inducir el régimen de la invalidez de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores integrando lo previsto en ambas disciplinas. Según una exégesis correcta de sendos regímenes, la declaración de abuso recibe por castigo la nulidad de pleno derecho de la cláusula concernida. En otras palabras, se tendrá por no puesta, subsistiendo el resto del contrato en la medida en que pueda seguir desplegado su relieve sin la estipulación declarada nula.

En el estudio acerca de la invalidez de la cláusula sobre las comisiones del crédito, veíamos que no existe obstáculo apreciable para considerar que prospera el contrato aun sin esa estipulación. Es de temer que no suceda lo mismo cuando se determine la nulidad de la cláusula en la que se regula el tipo de interés. Parece

lógico inducir que un vacío, al tenerse por no puesta, implica la ruina íntegra del contrato.

Sin embargo, bien podría tratarse de una conclusión algo precipitada. En apoyo de la idea cabe traer a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, que recoge la doctrina del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de marzo de 2012 (Perenicová, C-453/10). A su vista, «por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato». Estas conclusiones, en sus apartados 67 y 68 sostienen lo siguiente:

«67. [...] Junto a una mejor protección del consumidor, el legislador perseguía, según el séptimo considerando, estimular la actividad comercial en el ámbito de aplicación de la Directiva [...]. No obstante, una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos. Esta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no solo no fomentar esa confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales».

«68. [...] la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición».

Con todo, en nuestra opinión, cuando se declara la nulidad de la cláusula en la que se regulan los intereses, su efecto no debería ser únicamente suprimir la cláusula y que se mantenga el resto del contrato vigente sin remuneración, sino que procede mejor la invalidez íntegra del contrato, ya que sería evidente que no se hubiera realizado el negocio sin la cláusula nula. Sostener la vigencia de un crédito *revolving* sin intereses, a nuestro juicio, resulta extraño absolutamente a la propia naturaleza jurídica del acuerdo conjunto.

Ahora bien, prestando atención al espíritu de la tesis expuesta, la óptima fórmula que cupiera ofrecer a la justicia pasa por restaurar el equilibrio de las prestaciones. Reducir los intereses a su ordinario margen con arreglo al tipo de operación analizada constituye una medida con encaje legal, lógica jurídica y propósito social traducido en términos económicos globales, que nunca deberían desestimarse. La sabia ponderación en la facultad moderadora de los tribunales aporta sin duda un plus de análisis y tratamiento jurídico del problema que aquí se suscita. Ello permite huir de soluciones tan drásticas como las que acusan las entidades financieras en el supuesto del crédito *revolving*, máxime por el inadecuado recurso a la Ley de usura y sus atribuciones excesivas por desequilibradas en los actuales parámetros del asunto.

#### 6. RECOMPOSICIÓN DEL CONVENIO MUTILADO DE CLÁUSULAS ILÍCITAS

En efecto, junto al problema de la purga de las condiciones generales y cláusulas abusivas, también suscita interrogantes el remedio que la ley ofrece para completar los contratos que se vean sustraídos de su parte ilícita. Se trata de urdir fórmulas para mantener la vigencia práctica del acuerdo que ahora resulta parcialmente amputado de diversas cláusulas declaradas nulas o no puestas, como alternativa de la declaración de invalidez total del vínculo.

En pleno paralelo con el régimen implementador del contrato que reflejaba el artículo 83 TRLGDCU para los pactos abusivos<sup>10</sup>, el artículo 10.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *de condiciones generales de la contratación* alude a que «*la parte del contrato no afectada por la no incorporación o la declaración de nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*». A raíz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica la primera de las normas citadas, «*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*»<sup>11</sup>.

La tarea, como indica *expressis verbis*, compete al juez, lo cual resulta lógico en la medida en que forma parte de la hermenéutica de los contratos sometidos a su dictamen. Las fuentes, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo 1097/2004, de 11 de noviembre, radican en las disposiciones «generales para la interpretación de los contratos, contenidas en el Código de Comercio (art. 58 y sigs.) y Código civil (art. 1281 y sigs.). Por tanto, habrá que buscar la voluntad común de las partes, que se descubrirá, en primer término, con el sentido recto, propio y usual de las palabras (art. 57 del Código de Comercio). Ahora bien, si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas (art. 1281.2 CC). Para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de estos (art. 1282 CC)».

Es decir, la concertación de un negocio determinado solo puede obedecer a una voluntad conjunta expresada de modo hábil y tales hechos deben respetarse. La integración de los vacíos por inefficacia de las cláusulas ilícitas exige su reemplazo a la vista del propósito conjunto de las partes, inducido del global acuerdo mutuo del que se apartaron aquellas. Así se comprende la cita que introduce la Ley de Condiciones Generales de la Contratación acerca del artículo 1258 del Código civil (cfr. art. 10.2 LCGC), a cuyo tenor, «*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de*

*lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».* Los contratos gozan *per se* de un alcance típico y ordinario, acorde a su manera de ser. Cuando los protagonistas no hayan pactado nada o pierda lo convenido su fuerza por óbice jurídico, entra en liza este mecanismo integrador, que respeta las fuentes consuetudinarias y legales. A ello se suma la regla de la buena fe, cuyo relieve ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en su conjunto. Así se logra conjurar el *horror vacui* que parece sentirse ante cláusulas privadas de vigencia por notoria ilicitud.

El bagaje arquetípico de los contratos con arreglo a la categoría en que se materialicen proviene de la voluntad de las partes debidamente declarada. Su manifestación es tan insoslayable que constituye la primera pauta interpretativa de su resultado: «*si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*» (art. 1281, pfo. 1, CC). Además, en hipótesis de discordancia externa —fenómeno conocido desde antiguo bajo la rúbrica de los *verba/voluntas*— prevalece su efectivo deseo sobre lo expresado por los partícipes (cfr. art. 1281, pfo. 2, CC), cuya verdad se averigua gracias «*principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato*» (art. 1282, *in fine*, CC). Las lagunas en este orden se complementan con criterios objetivos dictados por la recta lógica; y así, por ejemplo, «*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*» (art. 1283 CC). Esta vertiente anímica obedece a la esencia de los contratos, que suponen concierto de voluntades sobre causa y materia (cfr. art. 1262 CC). Claro está que dicho propósito se desprende de su apta manifestación en Derecho, mediante los términos en que se vertebral, por ello no cabe omitir el adecuado contexto en que se inserta, pues «*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*» (art. 1285 CC).

Puede suceder que la faceta subjetiva de interpretación tampoco aporte soluciones hábiles para regir un determinado supuesto. Entonces operan fórmulas más abstractas, que señalan el verdadero sentido de lo aceptado. Así, «*las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*» (art. 1286 CC). En concreto, «*cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolvérán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolvirá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*» (art. 1289, pfo. 1, CC).

Como puede colegirse, late aquí la idea expresada en el artículo 1274 del Código civil acerca de la causa de los contratos, que apunta en esta oportuna dirección objetiva y de máxima reciprocidad en los onerosos. En efecto, el despliegue del pacto desborda su simple declaración fundante. La entidad jurídica que produce se alimenta de fuentes legales —dispositivas en la tradición codificadora—, consuetudinarias —cuyo empleo alumbría el sentido y alcance de lo convenido, según el artículo 1287 del Código civil: «*el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*»—, axiológicas —la buena fe marca sus límites difusos— y, sobre todo, apropiadas a la categoría que asuman. Las reglas hermenéuticas igualmente incorporan principios jurídicos generales de la disciplina contractual, como el *favor negotii* o de la conservación de negocio. Luego «*si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido,*

*deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto»* (art. 1284 CC). Interesa reconocer que las cláusulas polémicas serán interpretadas en términos de vigencia y no de frustración de su propósito, pues «*si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo*» (art. 1289, pfo. 2, CC).

En cualquier caso, las alusiones que realizaba el antiguo artículo 83.2 TRLGD-CU antes de su reforma por Ley 15/2019, de 15 de marzo, a los poderes moderadores del juez no pueden resultar más elocuentes y significativas: «A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato». En su actual versión, nada varía de fondo, por cuanto el acuerdo «*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*». En el caso de que se aprecie la existencia de intereses remuneratorios desmedidos, con su oportuna corrección moderadora resultaría suficiente para reponer la justicia.

Con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que se basa en su previa Sentencia de pleno 628/2015, de 25 de noviembre, «la TAE del 26,82% del crédito *revolving* (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%), ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia». Salta casi a la vista que una diferencia entre «la TAE de 26,82%» y la ordinaria de «algo superior al 20%» no puede implicar que se declare usurario sin otras matizaciones más sutiles y equilibradas.

No creemos que una justa ponderación lleve a calificarlo, según se afirma, como «notablemente superior» y «manifestamente desproporcionado» y sobre todo traer consigo la consecuencia de su eliminación radical y de plano. Con arreglo al artículo 3 de la Ley de represión de usura, «*Declarada con arreglo á esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado á entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, excede del capital prestado*». La comparación entre cerca de un 6% del apreciado desajuste y el más del 20% que se priva no parece que sea muy equitativo. Se constata un desequilibrio que ronda tres veces y media de diferencia entre la sanción y su remedio.

En esta línea, incluso el Voto particular a las Sentencias del Tribunal Supremo del pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, suscrito por el magistrado Arroyo Fiestas, que considera el índice IRPH en el cálculo del interés de los préstamos hipotecarios abusivo, no pretende la devolución de los intereses al completo. A su juicio, por el contrario, «*se debería sustituir el IRPH, por el Euríbor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte demandada*»; esto es, recomponer la situación sin excesos.

*Simile modo*, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), superando planteamientos anteriores menos favorables<sup>12</sup>, establece: «66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

En otras palabras, resulta mucho más razonable corregir las prebendas y beneficios lucrados abusivamente, gracias a su oportuna reducción hasta su ámbito natural, con arreglo a la naturaleza del negocio. Sin el añadido de sanciones complementarias a su conducta que le priven del interés adecuado a las circunstancias, que debería mantenerse para reponer la justicia. Muy al contrario ha sucedido en el supuesto de las tarjetas *revolving*, por aplicación de una ley vetusta, que responde a un periodo histórico ya caduco y con un afán moralista del todo ajeno a las actuales circunstancias que impulsan el ordenamiento jurídico democrático y moderno, no vindicante ni vengativo.

Parece mucho más lógico asumir la facultad moderadora de los tribunales, que permita recomponer los intereses excesivos a su ámbito lógico en cuanto a su media, corrigiéndolos a la baja. Sería preferible al severo castigo de considerarlos eliminados. En esta línea operan sin duda las normas de integración del contrato mientras se corrija su contenido por extinguir las cláusulas abusivas: la máxima eficacia posible y la mayor reciprocidad de ser oneroso deben acogerse sin reservas. Relieve que ha de predicarse para los dos partícipes del negocio, no solo para uno mediante políticas protectoras claramente desorbitadas.

## II. RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN

### 1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

Considerando que las acciones de reintegro prescriben, resulta inevitable determinar qué periodo de prescripción compete<sup>13</sup>. A nuestro criterio, el plazo más oportuno es el establecido en el artículo 1964.2 del Código civil. Tras su modificación operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, se fija en cinco años, siempre que sean aplicables las reglas de Derecho común.

Antes, el término general, a falta de otro específico, para las acciones civiles personales era de quince años. Ahora, el artículo 1964 del Código civil, en su número segundo, establece que «*las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*». Este precepto ha de interpretarse conforme a lo prevenido en la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que contempla una eficacia retroactiva parcial. A su tenor, «*el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código civil*». Este decide que «*la prescripción comenzada antes*

*de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surgirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo».* Interpretando el régimen en su conjunto, podríamos considerar que, si la acción de restitución hubiera nacido antes del 7 de octubre de 2015, a la entrada en vigor de la Ley 42/2015<sup>14</sup>, la regla que se aplica es el plazo de prescripción de quince años, que dispuso la redacción previa del artículo 1.964, *in fine*, Código civil, aunque debiendo durar más allá del 7 de octubre de 2020, prescribirá en esa fecha. En cambio, si tal acción ha nacido después del 7 de octubre de 2015, cesará en cinco años, conforme al nuevo texto del artículo 1964.2 del Código civil<sup>15</sup>.

Una buena parte de la doctrina sigue dicha postura. Para DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN la nulidad, en cuanto acción meramente declarativa, es imprescriptible, pero los efectos restitutorios quedan sometidos al plazo del artículo 1964 del Código civil<sup>16</sup>. En idéntica línea, MARÍN LÓPEZ recuerda que, ni en la Directiva 93/13/CEE, ni en las normas de su transposición al Derecho español, existe ningún precepto que marque un término de prescripción propio para restituir lo ejecutado en virtud de una cláusula nula<sup>17</sup>. Por este motivo, propone también el periodo general de prescripción contenido en el artículo 1964 del Código civil<sup>18</sup>.

Los tribunales de justicia españoles vienen asimismo aplicando, de forma mayoritaria, el susodicho ámbito temporal. Podemos traer a colación, a título de buen exponente por su amplio desarrollo de la materia, la Sentencia de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ourense 61/2017, de 21 de febrero. Intentando zanjar la polémica sobre la vigencia de los respectivos plazos del artículo 1301 del Código civil o del 1964 del mismo Cuerpo legal, decide que «la acción que se ejerce en este procedimiento es la acción individual de nulidad de una condición general, que no está sujeta a un plazo de prescripción conforme al artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por dicha Ley, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la misma, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, del artículo 1301 del Código civil. Se trata de una nulidad parcial de una categoría distinta de las clásicas nulidades totales o absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, no sujeta al plazo específico del artículo 1301 del Código civil, previsto para una clase de nulidad que no es la derivada del Derecho de consumo y que por no preverse en el artículo 19 de la LCGC plazo de prescripción para esta acción, ha de sujetarse al plazo general de 15 años».

En efecto, prosigue, «las reglas de la nulidad relativa o anulabilidad, que son las que regula el Código civil en los artículos 1301 a 1304 se encuentran referidas a la anulación del contrato por vicios en el consentimiento que lo invalidan; por ello, se refieren al consentimiento contractual que afecta a la formación de voluntad en la contratación, mientras que la acción de nulidad que se ejerce no lo es por vicio de consentimiento en sentido clásico —defecto de formación del consentimiento error-vicio—, sino que afecta a la información recibida de forma que, siendo hábil el consentimiento para obligarse con carácter general, una determinada cláusula del contrato ha pasado desapercibida por ser incorporada sin la debida transparencia, de tal forma que puede conservarse el resto del contrato conforme a la regla “*utile per inutile non vitiatur*”». «Pero es que hay más, existe cierta discrepancia doctrinal y jurisprudencial en relación con si el plazo de cuatro años que regula el artículo 1301 es de caducidad o de prescripción; de asumirse

la primera de las tesis, resultaría que los plazos para las acciones individuales de condiciones generales de la contratación serían de caducidad, mientras que el plazo para el ejercicio de las acciones colectivas sería de prescripción, pues el artículo 19 LCGC, tras regular la imprescriptibilidad de las acciones de cesación y retractación, así como de la declarativa, establece ciertas excepciones a esta norma general a partir del hecho de que las mismas estuviesen inscritas en el Registro General de Condiciones de la Contratación, estableciendo plazos que lo son, indubitablemente de prescripción».

Luego, acaba, «estas reflexiones hacen inaplicable la remisión “a la gruesa” [sic] de todo el sistema de nulidad contractual: podría hablarse, todo lo más, de una remisión “parcial” a este sistema, por ejemplo, en lo que se refiere a la legitimación activa y pasiva o procedimiento, pero no a los plazos de las acciones. De esta forma, lo que se sostiene es que, frente a la ausencia en la propia Ley de Condiciones Generales de la Contratación de un plazo específico para el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación —plazo que sí existe en las colectivas—, habremos de asumir el plazo residual de prescripción de acciones previsto en el Código civil, en su artículo 1964 de quince años, que obviamente no ha transcurrido».

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19) se pronuncia sobre si este periodo, ahora reducido a los cinco años según el artículo 1964.2 del Código civil, es conforme al Derecho de la Unión. Contempla en su fundamento 87 que «dado que plazos de prescripción de tres años (Sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU: C:2010:193, apartado 28) o de dos años (Sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13».

Ahora bien, siendo del todo justos, es de reconocer que dicha coherencia entre los ordenamientos concurrentes y las finalidades expuestas pasa siempre por dirimir cuál es el instante más hábil para el inicio el cómputo del plazo de prescripción establecido.

## 2. DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*

No resulta pacífico definir cuándo arranca el plazo de prescripción de la acción restitutoria; máxime si viene acumulada con el establecimiento de la nulidad de un préstamo por usura, o de ciertas cláusulas por abusivas o carentes de transparencia.

Para tratar de poner orden a esta cuestión debe partirse de lo dispuesto en el artículo 1964.2 del Código civil, cuando establece que se computará el plazo de cinco años *«desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación»*. Opera en idéntico sentido el artículo 1969 del Código civil: *«el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse»*.

El *quid* para delimitar, en el supuesto analizado, el régimen jurídico de la prescripción, a nuestro modo de ver se halla en el óptimo juicio concerniente al comienzo del cómputo de su plazo. El primer asunto, por tanto, será definir si se determina el *dies a quo* conforme a un canon objetivo, como lo es el simple nacimiento de la pretensión, despojado de cualquier otra medida; o si se opta por un criterio subjetivo, que tomaría en cuenta las circunstancias que afectan al actor. En nuestra hipótesis, la posibilidad de conocer los hechos que den lugar a la demanda.

Tradicionalmente, la interpretación del *dies a quo* se ha venido haciendo en clave objetiva, que se articula en torno a la doctrina de la *actio nata*. Con arreglo a su sentir, para que quepa el inicio del tiempo de la prescripción requiere que su acción oportuna exista. No basta con el derecho presente, sino que también es necesario que surja su cauce procesal para que prospere su defensa o ejercicio.

Frente a la tesis clásica que contempla el artículo 1969 del Código civil desde una vertiente objetiva, se constata en los últimos años una tendencia dogmática que la cuestiona. Entienden sus promotores que, para poder accionar, es preciso previamente advertir el discernimiento por parte del legitimado de la lesión de su derecho. Junto con la posibilidad objetiva del ejercicio de la acción, como indica RIVERO HERNÁNDEZ<sup>19</sup>, es necesaria que su potencia sea de presente y no solo hipotética o abstracta. Ello exige, de inicio, un conocimiento cierto o una cognoscibilidad razonable de su pretensión, ya que, si el consumidor no es consciente de la existencia de causa de nulidad, nada cabe hacer.

En síntesis, bien pensadas las cosas, sendas opciones se corresponden con el doble fundamento de la prescripción. La objetiva obedece al principio de seguridad jurídica que incorpora, mientras la de corte subjetivo más bien atiende sobre la posible conducta negligente del actor que precae. Desde una óptica de la certeza en las situaciones jurídicas opera la *actio nata*, el origen de la pretensión. En la perspectiva del recto proceder del posible demandante ha de añadirse también sus auténticas posibilidades de plantear el pleito, en la medida en que tuvo conocimiento efectivo del derecho que le asiste para ello.

MARÍN LÓPEZ, prestando atención a los cambios tanto teóricos como jurisprudenciales que se han producido en esta materia, considera que la posibilidad del ejercicio de la acción se debe concebir en vertiente subjetiva<sup>20</sup>. Luego, para el inicio del cómputo de los cinco años, han de acumularse tres requisitos: (i) que conste la posibilidad jurídica de actuar su pretensión; es decir, que haya nacido y sea ejercitable; (ii) que tenga el acreedor visos reales y efectivos para el planteamiento de la demanda; esto es, que no medie una circunstancia de fuerza mayor que le impida reclamar; y (iii) que conozca el actor, o debiese haber conocido, según la diligencia debida, los hechos que fundamentan su demanda y la identidad del legitimado pasivo.

En suma, concluye que, para el inicio del plazo de prescripción, no basta con que hubiera nacido el derecho del consumidor, regla de *actio nata*, sino que también es necesario que conozca el protagonista ser titular del derecho reclamable. En nuestro caso, frente al prestamista, la devolución de cantidades satisfechas a consecuencia de una cláusula inválida. Es difícil saber en qué momento exacto un cliente cobra conocimiento (real o hipotético) de la nulidad de la cláusula, fenómeno que solo puede analizarse caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada prestatario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha experimentado análoga evolución. Hasta recientemente fue doctrina reiterada que la prescripción abría su cómputo desde que pudo el derecho ser ejercitado, sin reparar en las con-

diciones del individuo, salvo que vinieran determinadas en la ley. Mas, a partir de la Sentencia 728/2012, de 11 de diciembre, se constata un claro giro en su argumentación jurídica, conducente a reconocer la pauta subjetiva del posible conocimiento del actor para el inicio del cómputo prescriptivo. Señala dicha resolución, aplicando el artículo 1969 del Código civil, que la regla del comienzo de su término «desde que pudieron ejercitarse» las acciones presenta una clara impronta práctica que debe valorarse jurídicamente para configurar su exacto designio. En concreto, considera en este contexto que «la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el iter de fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada. Desde esta perspectiva se comprende mejor que en los supuestos en los que interviene mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, en clara conexión con el ilícito civil, por ejemplo, en el fraude de acreedores o en la doble venta orquestada, la posibilidad de ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, no deba ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos al respecto. Conclusión que, en lo pertinente al alcance informador del principio de buena fe, resulta extrapolable también al ámbito de la indemnización civil derivada del ilícito penal».

Esta idea se ha repetido en otras sentencias estos últimos años. Nos atrevemos a inferir que permanece lo bastante asentada como para tener a la vista su efecto a la hora de operar ante los tribunales de justicia. Luego ha de repararse acerca del subjetivo conocimiento del perjudicado para el inicio del cómputo del periodo de prescripción de las oportunas acciones susceptibles de ser emprendidas.

Partiendo de tal premisa fáctica, la clave de la cuestión estriba en reconocer cuándo acontece dicho fenómeno. Supone discernir el momento en que ha sido el consumidor consciente, o debió serlo según el canon de la diligencia debida, sobre que los intereses suscritos en su contrato *revolving* incurren en usura; o, en su caso, que la cláusula que los introduce no supera el doble control de transparencia. La solución no es pacífica, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Tal vez sirvan indicios externos de pública noticia generalizada que adveren una mínima conducta diligente acerca de su conocimiento. Se trata, en suma, de convencer al juzgador de la presencia de incontestables hechos publicitarios.

Algunos operadores han intentado defender el inicio del cómputo de la prescripción a partir del momento de formalizar el contrato. Siendo veraces, consideramos que la tesis tiene pocos visos de prosperar en la práctica forense, máxime tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19), en cuyos fundamentos 88 y siguientes *expressis verbis* declara:

«El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula». «Del auto de remisión se desprende que ese plazo fijado en el artículo 1964, apartado 2 del Código civil, parece empezar a correr a partir de

la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente». «A este respecto procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69)». «Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula— puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor, y por tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica». «Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución».

En su remedio, admite otra posible disyuntiva el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el supuesto de las acciones restitutorias a causa de una declaración de nulidad. Cuando se produzca la invalidez del contrato por usura o por abuso de la cláusula en la que se fijan los intereses remuneratorios cabe argüir su *dies a quo* en la época en que comienzan a cobrarse, mientras se acredeite advertencia por el cliente de su aplicación indebida. Entendemos que la idea es plausible, pues encaja con el criterio subjetivo del conocimiento. Con todo, persisten las dudas sobre que se admita por los tribunales de forma mayoritaria, pues podría contravenirse que, al momento en el que se giran los intereses, el consumidor acaso no albergue conciencia exacta del alcance usurario del préstamo y de las acciones que le permitirían hacerlo valer. Es factible, incluso, que no logre percibir en la información periódica que le ofrece la entidad lo elevado del tipo aplicable, porque a menudo comprobará en los extractos remitidos solo el interés correspondiente a ese periodo, pero no el acumulado anual. Tampoco será fácil defender que tenía, en dicha etapa, el cliente advertencia precisa del sistema *revolving* y de cómo atañe al pago de intereses, en aquellos supuestos en los que también se cuestiona su validez<sup>21</sup>.

Sin embargo, cuando lo que se plantea es la prescripción de la acción para reclamar las comisiones, asumir el *dies a quo* en el momento en el que se abonan tiene más visos de verosimilitud. En esta hipótesis, la existencia del desembolso, su alcance y el eventual carácter abusivo se percibe *ipso facto*, sin que sea preciso realizar ningún juicio de valor adicional, como para los intereses. Puede asimilarse hasta cierto punto su régimen al de los gastos y recoger la tesis propuesta por la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia 62/2018, de 1 de febrero (seguida, entre otras, por la Sección 15 de la Audiencia Provincial

de Barcelona en su Sentencia 360/2020, de 18 de febrero). Consideran estas Audiencias que «si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos».

Otra opción valorable, utilizando una estrategia común a la que se planteó en materia de cláusulas suelo y gastos, sería la de fijar el inicio del cómputo del plazo en la fecha en que se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, el 25 de noviembre de 2015, que considera usurarios los tipos de interés de las tarjetas *revolving*. Este fallo fue objeto de una importante noticia en los medios de comunicación, luego el cliente pudo tener conciencia de la litigiosidad generada en este ámbito y conseguir certeza de que los intereses de su crédito *revolving* eran ilícitos<sup>22</sup>.

Según es lógico, al mantener esta postura estamos pensando en un sujeto solícito, razonablemente informado y perspicaz, según expusimos en apartados anteriores. Sin embargo, no comparten esta percepción muchos de nuestros juzgados y tribunales, en actitud sobreprotectora para los consumidores. Aventuramos que no faltarán quienes consideren inasumible que la generalidad de los ciudadanos conozca dichas resoluciones, aun cuando tengan tanta repercusión como las citadas, máxime para los posibles interesados.

La solución óptima pasaría por acreditar fehacientemente que fue conocedor el cliente del exceso de interés y de su posible carácter usurario (mediante correos electrónicos u otra clase de comunicación sostenida con la sucursal). Ahora bien, dado lo masivo de las reclamaciones y el hecho de que se suela carecer de los oportunos soportes obstaculiza que pueda contarse con esta suerte de prueba. En este sentido, hemos de apuntar que procesalmente la prescripción opera como excepción y que será quien alegue su concurrencia el que deba correr con la carga de acreditar que sabía el consumidor desde antes del asunto; es decir, la nulidad de la cláusula o que pudo haberla conocido de haber actuado con la diligencia exigible.

Hay una postura, muy generalizada, que no compartimos. Identifica el inicio del cómputo del *dies a quo* de la acción de reintegración con el instante del decreto de la nulidad. Se hace depender, por tanto, entre sí sendas acciones, de manera que, por esta vía, se convierten ambas en imprescriptibles. Sirva para ilustrar el problema la reciente Sentencia de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 27 de octubre de 2020. Según alega, «manteniendo la efectiva imprescriptibilidad de la acción individual de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, que el recurrente admite aunque también pone en duda, debe admitirse la posibilidad de que la acción de restitución derivada de la aplicación de una cláusula nula esté sometida a plazo de prescripción, que en nuestro derecho sería el plazo genérico de las obligaciones personales del artículo 1964 del Código civil —las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (redacción actual)— ahora bien atendiendo a los principios de protección que establece la Directiva recogidos en la sentencia ya recogida, el día inicial del plazo prescriptivo, es decir, el momento en el que puede exigirse la obligación de restituir, no puede estimarse sino en el momento en que se declara la nulidad de la cláusula, que es, tanto el momento cuando subjetivamente se toma conciencia por el consumidor de la nulidad y sus efectos, como el momento cuando objetivamente aparece el derecho a reclamar lo indebidamente abonado en aplicación de la cláusula nula».

Esta cita pone de relieve la práctica distorsionadora que produce su criterio en quienes pretendan aducir la prescripción, porque alarga su plazo de manera inconveniente, dando al traste con el principio de certeza que la funda. En síntesis, implica tanto como defender imprescriptible su efecto restitutorio; idea que, como hemos indicado, debe descartarse. Sin perjuicio de que la reclamación de cantidad sea una consecuencia de la invalidez, entendemos que, tratándose de nulidad absoluta, la sentencia tiene simplemente carácter declarativo y no constitutivo, por lo que de ningún modo puede considerarse como *dies a quo* del cómputo de la prescripción de aquella.

En esta línea se pronuncia la Sentencia de la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 218/2018, de 15 de mayo. A su tenor, «es cierto que la declaración de reclamación de cantidad, no es sino un efecto legal inherente e inescindiblemente unido a la declaración de nulidad (art. 1303 CC), pero precisamente porque se trata de una nulidad absoluta, la sentencia solo tiene alcance declarativo y no constitutivo por lo que no puede tomarse la fecha de su dictado como día de inicio del cómputo de la prescripción». Comparten esta doctrina las Sentencias de la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia 62/2018, de 1 de febrero, y de la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero, en las que «también se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no solo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, «de aquí a la eternidad», resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo».

### 3. ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS OPERACIONES CANCELADAS

Inicialmente se plantearon discrepancias en la jurisprudencia sobre la hipótesis de poder declarar nulas las cláusulas incorporadas a contratos cancelados. Una corriente, minoritaria, mantenía inviable advertir la invalidez de las estipulaciones en estos casos. Se basaban estas resoluciones en una cuestión de orden público<sup>23</sup> y en el hecho de que parece avalar dicha idea el artículo 83 TRLGDCU, pues alude solo a la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos vigentes, al incluir términos como que «seguirá [el contrato] siendo obligatorio para las partes», «siempre que pueda subsistir».

Por el contrario, la mayoría de las Audiencias desestimaron exceptuar la falta de acción esgrimida por las entidades financieras en el supuesto de operaciones caducas. Su argumentación jurídica se funda en considerar que los efectos de la invalidez, conforme a las reglas del Código civil, se producen *ex tunc*, o desde la formalización del contrato. De dicho modo, el desenlace del crédito no es óbice para omitir un pronunciamiento sobre su nulidad y las consecuencias económicas que se deriven, pues cuanto es nulo, no puede ser subsanado<sup>24</sup>.

El pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicha cuestión en su Sentencia 663/2019, de 12 de diciembre

de 2019. Considera que «no existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el artículo 1301 del Código civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitarse la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa». «Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una cláusula, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato extinguido. Pero en el caso objeto de recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la cláusula suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento de condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una cláusula que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva».

A la vista de lo expuesto, se desprende que nada obsta para el ejercicio de la demanda de nulidad del contrato *revolving* o de cualquiera de sus cláusulas cuando el acuerdo esté consumado y extinto. Sin embargo, el éxito de tales reclamaciones dependerá de que subsista un interés legítimo en el actor. No tendrá cabida en aquellos supuestos en los que se inste la acción declarativa de nulidad sin acumular a ella la de reintegración, que incorpora y justifica en estos casos el interés vertido en el procedimiento.

#### 4. PRESCRIPCIÓN Y RETRASO DESLEAL

El retraso desleal en el ejercicio de los derechos, o *Verwirkung*, figura de origen alemán, carece de regulación en el ordenamiento jurídico patrio, pero halla cobijo tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Su construcción dogmática contempla que la inactividad de la parte actora en el ejercicio de sus derechos constituye un comportamiento que induce razonablemente a la otra parte a la convicción de conformidad o, al menos, trasluce actitud permisiva con su postura y genera la confianza de que no se planteará una sobrevenida reclamación judicial. Aunque así sucediera, como esta fórmula constituye una excepción al principio general de que los derechos subsisten normalmente a través del tiempo que señala la ley, advertimos que ha de ser examinada y admitida con cautela. En nuestra opinión, debe imperar una interpretación estricta de su incidencia, pues su empleo indiscriminado y lábil podría producir una importante inseguridad jurídica.

El Tribunal Supremo ha venido declarando (cfr. STS. de 21 de mayo de 1982, 6 de junio de 1992, 13 de julio de 1995 y 4 de julio de 1997) que contraviene la buena fe quien ejerce su derecho de forma tan tardía —retraso desleal— que la otra parte pudo efectivamente inducir que desiste. Actitud que vulnera tanto la doctrina de los actos propios, como las normas éticas que deben informar el recto ejercicio del derecho. Estas pautas, lejos de carecer de trascendencia, determinan que dicha conducta en el caso concreto se torne inadmisible, con la consiguiente posibilidad de impugnarla por antijurídica según el artículo 7.1 del Código civil.

Con todo, a su vez establece la jurisprudencia una serie de requisitos que imprimen al retraso el talante desleal. En síntesis, exige: (i) el transcurso de un periodo de tiempo significativo; (ii) la omisión injustificada en el planteamiento

de las acciones; (iii) la confianza legítima de la demandada en la carencia del ejercicio futuro del derecho; y (iv) el perjuicio derivado del emprendimiento deslealmente tardío del pleito. Es decir, el retraso desleal no solo repugna las exigencias de la buena fe asumida en abstracto y también en su plano procesal, sino que provoca lesión a la parte demandada. Por un lado, despoja de los medios de defensa que pudieran ser oportunos; y, de otro, incrementa su responsabilidad por la evitable acumulación de los intereses relativos a este período de latencia.

En nuestra opinión, para considerar deslealmente tardío el ejercicio de un derecho debería ser la pendencia menor al plazo de prescripción o caducidad de su acción, ya que de otra manera carece de sentido práctico. Mas no basta un período de tiempo perdido para reconocer la existencia de retraso desleal, porque, según alega el Tribunal Supremo en su Sentencia 240/2019, de 24 de abril, su simple reconocimiento daría pie a introducir por este cauce un término de prescripción distinto y más breve de cuanto designa el legislador. Luego «la regla es que el titular del derecho pueda ejercitáro hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán».

En síntesis, para reconocer un retraso desleal, el transcurso de tiempo debe ir acompañado de una serie de requisitos que permitan calificarlo como intolerable para la parte contraria. Será, en último término, la concurrencia de tales eventos lo que provoque la conducta opuesta frente a la buena fe, por incurrir en un claro abuso de derecho. En suma, siguiendo con la cita de la Sentencia 240/2019, «para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisible es preciso que resulte intollerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (Sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril y 148/2017, de 2 de marzo)».

Las coyunturas que a la postre darían pie a estimar el abuso de derecho deben analizarse *ad casum*. Si bien el tiempo de utilización pacífica del crédito es un dato indudablemente considerable, habrá que añadirse a otras actitudes sembradas en los clientes, que adveren su conformidad con el *status quo*. No cabe desconocer el obstáculo con el que se topa la defensa contra el posible abuso desleal cuando se parte de la posible calificación del crédito como usurario. Hipótesis que dificultará, sin duda, que se muestre favorable a su constancia el juzgador. Así parece deducirse de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su citada Sentencia de 24 de abril de 2019 cuando, como cierre a su argumentación, avanza que «finalmente, sería paradójico favorecer mediante la aplicación de una doctrina construida sobre la buena fe a la demandada cuyo comportamiento en el asunto litigioso fue calificado por el Servicio Jurídico de Reclamaciones del Banco de España como contrario a las buenas prácticas y usos bancarios».

### III. CONCLUSIONES (PARTE II)

I. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, deja expedita la posible nulidad por falta de transparencia de la cláusula que regula

los intereses remuneratorios, al tratarse de un convenio que afecta sobre los elementos esenciales del contrato. Aun en la hipótesis de que las estipulaciones sometidas a examen venzan el filtro de incorporación y se considerasen perceptibles, comprensibles y concretas, cabe que no superen el doble control de transparencia.

II. La declaración de nulidad de una cláusula supone que se tenga por no puesta, subsistiendo el resto del contrato, siempre que pueda prosperar sin su concurso, como sucedería en el caso de las comisiones. No acontece así cuando se declara la invalidez sobre los intereses remuneratorios, que arrastra por su entidad al conjunto íntegro del convenio, pues el negocio no se habría concertado sin la estipulación vacía. Parece más lógico promover la facultad moderadora de los tribunales, reduciendo los intereses excesivos a los tipos medios publicados, que infligir a las entidades el severo castigo de considerarlos extintos. La integración del contrato debe realizarse respetando en todo caso la reciprocidad, y precaviendo caer en políticas sobreprotectoras de una de las partes que generen claros desequilibrios.

III. El plazo de prescripción de las acciones restitutorias es el establecido en el artículo 1964.2 del Código civil que, tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, queda circunscrita en cinco años para el ordenamiento común. La jurisprudencia comunitaria considera dicho término conforme con el Derecho de la Unión, ya que no imposibilita ni dificulta en exceso el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

IV. No resulta pacífico discernir cuándo debe comenzar el cómputo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias. La doctrina y la jurisprudencia han evolucionado en la exégesis del artículo 1969 del Código civil para recoger un criterio subjetivo. Sería necesario tener presentes las circunstancias que afectan al posible actor, de manera que se constate su conciencia efectiva de los hechos que fundan su pretensión. Es poco factible acoger la idea del inicio del cómputo del periodo a partir de la formalización del contrato. El Tribunal de Justicia considera posible la ignorancia por el consumidor en dicho instante sobre que resulte abusiva la cláusula cuestionada.

V. El inicio del cómputo del plazo cuando comienzan a imputarse los intereses y el consumidor conoce su aplicación se liga con el enfoque subjetivo. Con todo, aunque pueda el cliente por entonces advertirlos como elevados, todavía cabe que no perciba su carácter usurario, ni la concreta dinámica del sistema *revolving*. Otra opción, que se planteó en materia de cláusula suelo y de gastos, sería establecer el *dies a quo* a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre, que dictamina usurarios los tipos de interés de las tarjetas *revolving*. Habida cuenta de su importante noticia pública, el consumidor medio y diligente pudo tomar conciencia de la litigiosidad propia del asunto y de sus repercusiones. No es oportuno asumir el inicio del cómputo del plazo desde la declaración de la nulidad. Equivale a mantener la naturaleza imprescriptible del reintegro. La sentencia de nulidad tiene carácter declarativo, luego no puede admitirse como fecha de inicio del cómputo de la prescripción de sus debidas restituciones.

VI. Nada obsta para el ejercicio de la acción de nulidad del préstamo *revolving* o de cualquiera de sus cláusulas cuando el convenio esté consumado y extinguido, mientras subsista un interés legítimo en el actor. El Tribunal Supremo reconoce que las acciones pueden instarse hasta el último momento hábil de prescripción. El retraso desleal exige la concurrencia de una serie de circunstancias que permitan calificarlo como intolerable para la parte contraria. Es conducta

opuesta frente a la buena fe sustantiva y procesal, al incurrir en un claro abuso de derecho. Induce motivos justificados de confianza en el mantenimiento de la omisión, sin sorpresivas acciones o antijurídicos cambios sobrevenidos.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

##### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82)
- STJUE de 7 de marzo de 1990 (GB-INNO- BM, C-362/88)
- STJUE de 13 de diciembre de 1990 (Pall, C-238/89)
- STJUE de 16 de enero de 1992 (X, C-373/90)
- STJUE de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90)
- STJUE de 18 de mayo de 1993 (Yves Rocher, C-126/91)
- STJUE de 2 de febrero de 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92)
- STJUE de 29 de junio de 1995 (Langguth, C-456/93)
- STJUE de 6 de julio de 1995 (Mars, C-470/93)
- STJUE de 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94)
- STJUE de 16 de julio de 1998 (Gut Springenheide, C-210/96)
- STJUE de 26 de octubre de 2006 (Mostaza Claro, C-168/05)
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08)
- STJUE de 15 de diciembre de 2011 (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10)
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (Pereničová y Perenič, C-453/10)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, C-618/10)
- STJUE de 13 de marzo de 2013 (Caso Aziz, C-415/11)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (Constructora Principado, C-226/12)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo, CC-154, 307 y 308/15)
- STJUE de 13 de septiembre de 2018 (Profi Credit Polska, C-176/17)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gómez del Moral Guasch/Bankia S.A, C-125/18)
- STJUE de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19)

##### SALA 1.<sup>a</sup> DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 21 de octubre de 1911
- STS de 8 de febrero de 1912
- STS de 26 de octubre de 1912
- STS de 4 de enero de 1913
- STS de 22 de noviembre de 1913
- STS de 27 de enero de 1914
- STS de 30 de enero de 1917
- STS de 13 de enero de 1919
- STS de 10 de julio de 1919
- STS de 1 de julio de 1922
- STS de 13 de febrero de 1924
- STS de 29 de octubre 1924
- STS de 29 de octubre de 1926

- STS de 7 de julio de 1927
- STS de 2 de enero de 1928
- STS de 10 de febrero de 1928
- STS de 4 de mayo de 1928
- STS de 10 de diciembre de 1928
- STS de 13 de octubre de 1934
- STS de 26 de mayo de 1936
- STS de 6 de febrero de 1940
- STS de 10 de junio de 1940
- STS de 13 de febrero de 1941
- STS de 9 de abril de 1941
- STS de 24 de abril de 1941
- STS de 18 de junio de 1941
- STS de 6 de julio de 1941
- STS de 24 de marzo de 1942
- STS de 13 de julio de 1942
- STS de 29 de diciembre de 1942
- STS de 12 de julio de 1943
- STS de 31 de marzo de 1944
- STS de 17 de diciembre de 1945
- STS de 9 de abril de 1947
- STS de 7 de febrero de 1948
- STS de 19 de octubre de 1948
- STS de 10 de junio de 1952
- STS de 23 de diciembre de 1954
- STS de 3 de mayo de 1955
- STS de 5 de noviembre de 1955
- STS de 4 de julio de 1956
- STS de 30 de enero de 1957
- STS de 1 de febrero de 1957
- STS de 23 de febrero de 1957
- STS de 4 de junio de 1957
- STS de 30 de octubre de 1957
- STS de 12 de marzo de 1958
- STS de 23 de septiembre de 1958
- STS de 13 de diciembre de 1958
- STS de 7 de marzo de 1959
- STS de 26 de junio de 1959
- STS de 6 de marzo de 1961
- STS de 25 de mayo de 1963
- STS de 18 de junio de 1963
- STS de 27 de febrero de 1964
- STS de 26 de mayo de 1964
- STS de 26 de octubre de 1965
- STS de 15 de diciembre de 1965
- STS de 18 de octubre de 1968
- STS de 29 de diciembre de 1971
- STS de 3 de mayo de 1976
- STS de 28 de enero de 1977
- STS de 4 de mayo de 1977
- STS de 21 de marzo de 1980

- STS de 16 de marzo de 1981
- STS de 8 de octubre de 1981
- STS de 21 de mayo de 1982
- STS de 25 de enero de 1984
- STS de 30 de enero de 1984
- STS de 24 de noviembre de 1984
- STS de 29 de noviembre de 1984
- STS de 17 de diciembre de 1984
- STS de 7 de marzo de 1986
- STS de 20 de junio de 1986
- STS de 30 de diciembre de 1987
- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 7 de marzo de 1988
- STS de 24 de mayo de 1988
- STS de 25 de abril de 1989
- STS de 9 de enero de 1990
- STS de 7 de noviembre de 1990
- STS de 18 de febrero de 1991
- STS de 4 de abril de 1991
- STS de 24 de abril de 1991
- STS de 13 de mayo de 1991
- STS de 8 de noviembre de 1991
- STS de 7 de febrero de 1992
- STS de 24 de febrero de 1992
- STS de 6 de junio de 1992
- STS de 28 de septiembre de 1992
- STS de 29 de septiembre de 1992
- STS de 6 de noviembre de 1992
- STS de 29 de noviembre de 1992
- STS de 10 de diciembre de 1992
- STS de 8 de junio de 1993
- STS de 10 de junio de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 18 de enero de 1994
- STS de 8 de noviembre de 1994
- STS de 20 de febrero de 1995
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 13 de julio de 1995
- STS de 17 de octubre de 1995
- STS de 23 de julio de 1996
- STS de 28 de noviembre de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997
- STS de 31 de marzo de 1997
- STS de 4 de julio de 1997
- STS de 5 de julio de 1997
- STS de 20 de febrero de 1998
- STS de 27 de abril de 1998
- STS de 18 diciembre de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 15 de junio de 1999

- STS de 31 de diciembre de 1999
- STS 24/2000, de 21 de enero
- STS 467/2000, de 10 de mayo
- STS 1100/2000, de 30 de noviembre
- STS 80/2002, de 1 de febrero
- STS 230/2002, de 14 de marzo
- STS 682/2002, de 2 de julio
- STS 750/2002, de 13 de julio
- STS 32/2003, de 21 de enero
- STS 69/2003, de 6 de febrero
- STS 1012/2003, de 5 de noviembre
- STS 1152/2003, de 27 de noviembre
- STS 1097/2004, de 11 de noviembre
- STS 684/2005, de 29 de septiembre
- STS 739/2005, de 18 de octubre
- STS 934/2005, de 22 de noviembre
- STS 202/2007, de 22 de febrero
- STS 526/2008, de 5 de junio
- STS 311/2009, de 6 de mayo
- STS 340/2010, de 24 de mayo
- STS 352/2010, de 7 de junio
- STS 299/2012, de 15 de junio
- STS 406/2012, de 18 de junio
- STS 728/2012, de 11 de diciembre
- STS 12/2013, de 21 de enero
- STS 141/2013, de 1 de marzo
- STS 178/2013, de 25 de marzo
- STS 265/2013, de 24 de abril
- STS 249/2013, de 25 de abril
- STS 163/2015, de 1 de abril
- STS 654/2015, de 19 de noviembre
- STS 628/2015, de 25 de noviembre
- STS 705/2015, de 23 de diciembre
- STS 606/2016, de 6 de octubre
- STS 140/2017, de 2 de marzo
- STS 234/2017, de 6 de abril
- STS 669/2017, de 14 de diciembre
- STS 240/2019, de 24 de abril
- STS 463/2019, de 11 de septiembre
- STS 663/2019, de 12 de diciembre
- STS 149/2020, de 4 de marzo
- STS 595/2020, de 12 de noviembre

#### AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Sala de lo Penal) 13/2020, de 29 de septiembre

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Jaén 71/2015, de 17 de febrero

- SAP de Valencia 252/2015, de 15 de julio
- SAP de Murcia 138/2016, de 25 de febrero
- SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero
- SAP de Jaén 153/2016, de 7 de marzo
- SAP de Valencia 578/2016, de 27 de abril
- SAP de Valencia 617/2016, de 4 de mayo
- SAP de La Rioja 131/2016, de 16 de julio
- SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre
- SAP de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre
- SAP de Ourense 61/2017, de 21 de febrero
- SAP de Ávila 50/2017, de 3 de marzo
- SAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo
- SAP de Madrid 139/2017, de 31 de marzo
- SAP de Badajoz 115/2017, de 6 de abril
- SAP de Badajoz 186/2017, de 25 de mayo
- SAP de Cáceres 14/2018, de 12 de enero
- SAP de Valencia 62/2018, de 1 de febrero
- SAP de Palma de Mallorca 218/2018, de 15 de mayo
- SAP de Barcelona 549/2018, de 25 de julio
- SAP de Barcelona 560/2018, de 10 de septiembre
- SAP de Lugo 283/2019, de 2 de mayo
- SAP de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero
- SAP de Barcelona 1828/2020, de 10 de septiembre
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de octubre de 2020

#### DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 20 de julio de 2012 (núm. 12.353)
- RDGRN de 20 de septiembre de 2012 (núm. 13.246)

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009). Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2004). *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual del consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CAÑIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4 (octubre-diciembre), 103-123.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993). La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español. En AA.VV. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II. Barcelona: Bosch, 1187-1198.
- (2007). Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato. En J. Delgado Echevarría (coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 495-505.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997). El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 2831-2875.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- (1953). La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. *Anuario de Derecho Civil*, 1953-II, 1003-1016.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2007). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría). Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I. Madrid: Civitas.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1994). Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada. En A. Polo Díez (dir.). *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdera*, I. Madrid: Wolters Kluver, 651-674.
- DURÁN RIVACOBIA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 655-724.
- (1998). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisoria*. Barcelona: Bosch.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, 461-504.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2020). La prescripción de la acción de reclamación de cantidad vinculada a la nulidad de una condición general de la contratación. Tensiones entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario. *Diario la Ley*, núm. 9677.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). La prescripción de acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 86-99.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores. En C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex (pp. 422-434).
- MUÑIZ CASANOVA, N. (2020). *La cláusula suelo en el préstamo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo: una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- ORDUÑA MORENO, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios* (número especial: Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2020 sobre la usura en los créditos revolving), abril de 2020, 6-13.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. Madrid: Marcial Pons.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2003). Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales. *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2171-2183.
- REGLERO CAMPOS, F. (2000). Comentario al artículo 19. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 555-568.
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*. Madrid: Sepin.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002). *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2017). Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 87-96.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1998). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley). *Derecho Notarial*, núm. 86, 1-16.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid: Lex Nova.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La acción de restitución de los intereses remuneratorios si se declara usurario un crédito revolving está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código civil. *Diario La Ley*, núm. 9713.

## NOTAS

<sup>1</sup> Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999, 138); DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1994, 658); EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994, 473); PAGADOR LÓPEZ, J. (1999, 227 y sigs.); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000, 392); y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1998, 8). En un tono de duda sobre la cuestión, cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997, 2849).

<sup>2</sup> A juicio de PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2003, 1 y sigs.), ello se debe a que la Ley española de condiciones generales incurrió en el fallo de «la no transposición expresa de la importantísima previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva CEE 1993/13 sobre cláusulas abusivas, relativa al control de las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato, según la cual “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Esta previsión había sido recogida en el Proyecto de 1997 —concretamente en un párrafo quinto del artículo 10 bis de la LGDCU— pero fue torpemente suprimida del texto definitivo de la Ley en su tramitación parlamentaria». Nos parece su crítica discutible, ya que mezcla los diferentes mecanismos de control sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. Si por esencia perteneciese a esta última categoría, ineludiblemente puede fiscalizarse, pero solo en el ámbito de la defensa de los consumidores.

<sup>3</sup> En este sentido, prosigue, «la expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente».

<sup>4</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBIA, R. (2008, 699 y sigs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999, 336); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997, 2849); y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993, 1193). RUIZ MUÑOZ, M. (1993, 297) justifica la nulidad parcial en discutibles presupuestos técnicos, del estilo de la divisibilidad del contrato y ausencia de culpa en el actor.

<sup>5</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993, 1190 y sigs.) justifica la nulidad total en la causa falsa, que siempre traerá consigo indemnización de daños y perjuicios al adherente que sufra

la circunstancia sin su culpa. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999, 453) prefiere la rescisión como fórmula correctora para un contrato, cuya esencia decae así.

<sup>6</sup> Así, eran matizables las antiguas expresiones del artículo 83, párrafo *in fine*, TRLGDCU, a cuyo tenor «*solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineffectuación del contrato*». Por eso fueron eliminadas en su reforma por Ley 3/2014, de 27 de marzo.

<sup>7</sup> Dispone su fundamento 71 que «las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de objeto principal del contrato deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este».

<sup>8</sup> Con carácter previo, el artículo 3.1.2 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito disponía que «solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos».

<sup>9</sup> Sobre dicha cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia 684/2005, de 29 de septiembre, cuando concluye que «la actuación de la Caja de Ahorros demandada, con indicación al pacto de las comisiones, fue ajustada a la Orden de 12 de diciembre de 1989, la cual, en su artículo quinto dispone que las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente previo registro en el Banco de España de las correspondientes tarifas, sin distinción alguna según la naturaleza de la entidad de crédito, sea banco o caja de ahorros», «e igualmente cumplió la norma tercera apartado 1 de la Circular 8/1990 del Banco de España, donde se precisa que todas las entidades de crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la orden y en la presente circular». «En efecto, la entidad recurrida ha acreditado que la comisión estaba debidamente autorizada en su concepto e importe, según resulta del epígrafe 8.<sup>º</sup> de la Tarifa de Comisiones, condiciones y gastos repercutibles, sometidas al Banco de España y su comunicación a este, así como la recepción del mismo sin objeción alguna, mediante la copia del citado epígrafe acompañada al escrito de contestación a la demanda; y del contenido del propio contrato (cláusula 17) se desprende que la tarifa, comisiones, condiciones y gastos repercutibles a clientes, así como una copia de este contrato debidamente sellada y firmada por la Caja fueron entregados a AUSBANC, y no aparece en autos ninguna prueba de que la recurrente hiciera objeción alguna sobre este particular».

<sup>10</sup> Como la exposición de motivos de la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios alegaba, «esta Ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección»; «estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada».

<sup>11</sup> La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, introduce un nuevo segundo párrafo: «*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*». En tal sentido, las modernas Sentencias del Tribunal Supremo del pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, advierten que «en cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas».

<sup>12</sup> Nos referimos, en concreto, a la Sentencia del propio Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, C-618/10) cuando declaró: «el artículo 6, apartado

1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

<sup>13</sup> Sobre la cuestión por extenso, cfr. MUÑIZ CASANOVA, N. (2020, 391 y sigs.).

<sup>14</sup> Cfr. Disposición final duodécima, «*Entrada en vigor*», número 1: «*La presente Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial de Estado”*», que vio la luz el 6 de octubre de 2015.

<sup>15</sup> En el cómputo de dichos plazos ha de considerarse la suspensión operada como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid.*, Su disposición adicional cuarta estableció que «*los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren*». Esta excepcional tesitura concluiría el 4 de junio de 2020, tal y como declara el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma. En la práctica la suspensión supone añadir 82 días al plazo inicialmente aplicable.

<sup>16</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 451).

<sup>17</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017, 8).

<sup>18</sup> Más específicamente sobre la materia que aquí se trata, cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020, 1 y sigs.) y FERNANDEZ SEIJO, J.M. (2020, 1 y sigs.).

<sup>19</sup> Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002, 122 y sigs.).

<sup>20</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017, 8 y sigs.).

<sup>21</sup> Un argumento semejante, aun cuando la cláusula impugnada era la que regulaba los gastos del préstamo, es el utilizado por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia 283/2019, de 2 de mayo. «Para ello ha de partirse de la idea de que una acción sometida a plazo solo puede iniciar el cómputo prescriptivo desde que puede ejercitarse. Por ello, no compartimos la tesis de aquellas sentencias que fijan tal hito temporal cuando se abonaron los gastos, pues en aquel momento (cuando hablamos de hipotecas antiguas) no conocía el consumidor la abusividad de la cláusula, su nulidad, ni las acciones que de ello derivan. Tal solución interpretativa deja al consumidor en una situación de indefensión construyéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad estéril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico».

<sup>22</sup> Este criterio es seguido, aunque difiera en las fechas, entre otras, por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia 283/2019, de 2 de mayo, sobre la nulidad de una cláusula de gastos, pero con argumentos del todo extrapolables a la materia de nuestro análisis. Establece que «una opción es fijar, entonces, el día de inicio del plazo en la fecha de la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, que fue el momento de la declaración inicial de nulidad en el seno de una acción colectiva. Sin embargo, tal sentencia no marcó con la debida concreción los efectos de la nulidad que fue algo que no se produjo por nuestro Tribunal Supremo sino hasta la Sentencia de 23 de enero de 2019 en la que ya el Tribunal Supremo sienta en plenitud doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de gastos y los efectos derivados de la misma». «Por todo ello, esta Sala partiendo de que la acción de nulidad es imprescriptible sienta el criterio de que: a) La acción de restitución derivada de los efectos de la nulidad está sometido al plazo de prescripción genérico de 5 años. b) El inicio del cómputo en estos supuestos de gastos hipotecarios se sitúa en el 23 de enero de 2019».

<sup>23</sup> Propugna esta pauta, entre otras, la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.<sup>a</sup>, en su Sentencia 186/2017, de 25 de mayo: «el contrato ya agotó su finalidad económica y jurídica. De este modo se ha pronunciado esta Sala en su rollo de apelación núm. 123/2017, Sentencia de 6 de abril de 2017, y así lo imponen los principios de seguridad jurídica y de orden público económico, ambos inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, que se verían ciertamente conculcados en caso de acceder a la declaración de nulidad de cláusulas que con el conjunto de cualquier contrato suscrito han desplegado ya toda la eficacia hasta el punto

de que la relación negocial entre las partes contratantes se encuentra plenamente extinguida y consumada. Aparte del quebrantamiento económico que aparejaría si se permitiera, se generaría una inseguridad jurídica mayúscula en cualquier relación que, aunque finalizada por cumplimiento ordinario o a través del procedimiento pertinente, pudiera no obstante ser revisada». También coincide la Sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Jaén 71/2015, de 17 de febrero, cuando defiende que valorar la posible invalidez de la cláusula en un contrato cancelado vulneraría los principios de seguridad jurídica y orden público económico, aducidos por el Tribunal Supremo en otros supuestos de cláusulas abusivas. Advierte que, mantener lo contrario, «supondría nada menos que abrir la puerta y permitir la revisión, por lo que aquí interesa, de cualquier préstamo o crédito hipotecario o de otro tipo, independientemente de que el mismo hubiese sido cancelado y el tiempo en que lo hubiera sido, bien sea por cumplimiento cabal de lo pactado entre las partes y agotada la relación contractual o por su incumplimiento como es el caso, máxime en supuestos como el presente en el que como hemos expuesto, pese a haber tenido cumplido conocimiento de la declaración de vencimiento anticipado y posterior inicio del procedimiento de ejecución por haber sido notificado el mismo y requeridos de pago, notificada la fecha de la subasta para su posible participación y finalmente la adjudicación por parte de la acreedora, concediendo la posibilidad de mejorar la postura, es ya una vez totalmente finalizado el procedimiento, no solo cerrada el acta notarial y consumados todos los efectos del contrato, sino incluso otorgada la correspondiente escritura pública para su inscripción en el Registro».

<sup>24</sup> Sigue su estela, entre otras, la Sentencia 14/2018 de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 12 de enero de 2018. Mantiene que «para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2015, según la cual, la nulidad se define como una ineeficacia 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. Además es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca, ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013, aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte». «Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene».