

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

 LEFEBVRE

DOCTRINA

INDICE

PAG.

- 4. CONTROL JUDICIAL DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CONCERTADO CON CONSUMIDORES: ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN
- 19. LA MATERIA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA, ¿VENCIDA?
- 27. FORO ABIERTO: CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA HACER VALER LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL ABUSIVA
- 42. BIBLIOGRAFÍA



Descubre
lo que es estar
completamente
seguro

LEFEBVRE DOCTRINA

Lefebvre + Tribunal Supremo + Marcial Pons + Dykinson + Reus

Doctrina es la única herramienta con contenido exclusivo y de gran valor diferencial que te ofrece el **análisis doctrinal de la normativa realizado por los mayores expertos**, los Magistrados y Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, así como las obras de Lefebvre, realizadas por **prestigiosos redactores** de la editorial, libros de Marcial Pons, Dykinson y Reus, así como una **amplia selección de artículos de autor** en cada una de las materias.

Doctrina es una solución modular que te permite escoger entre **Doctrina Civil, Penal, Procesal, Mercantil, Administrativo, Social, Fiscal, Contable, Internacional o Constitucional**, además de una selección de **más de 4000 artículos de los mayores expertos** en la materia.

Información de alto valor añadido que permite comprender y dominar la aplicación práctica de cada norma.

Una solución online innovadora y práctica.

Una referencia imprescindible en cualquier despacho.



Solicita más información en el 91 210 80 00



www.lefebvre.es

LEFEBVRE

CONTROL JUDICIAL DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CONCERTADO CON CONSUMIDORES: ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Por: Ángel Marcos Gómez Aguilera, Juez sustituto adscrito al TSJ de Castilla y León

REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO. NÚMERO 91, DICIEMBRE 2020
Sección Tribuna.

La Directiva 93/13/CE de 5 de abril de 2013 -EDL 1993/15910- sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril -EDL 1998/43305-, amplió el marco jurídico de protección del consumidor en los casos de cláusulas abusivas, otorgándole, además, el carácter de derecho imperativo o *ius cogens*. Con el objetivo de dar cumplimiento efectivo a esas normas, en los procesos judiciales de ejecución hipotecaria se reguló en la LEC -EDL 2000/77463- el deber de control judicial que corresponde al Juez relativo a la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Respecto a la forma y modo de llevar a cabo dicho control judicial, ya sea a instancia de parte o de oficio, así como los efectos derivados del desarrollo de éste, se ha ido conformando una evolucionada jurisprudencia a través de las numerosas cuestiones prejudiciales llegadas al TJUE desde los órganos judiciales españoles, y asimismo por nuestro Tribunal Supremo, y de necesario conocimiento para los operadores jurídicos. El presente trabajo pretende concretar desde un punto de vista objetivo, a través del análisis de la legislación y la jurisprudencia, cuál es el estado actual de la cuestión en lo relativo al citado control judicial de las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria.

I.- CUESTIONES GENERALES RELATIVAS A LA LEGISLACION DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO

a) Sobre la legislación sustantiva

Hemos asistido en esta última década a una auténtica revolución en materia de control de cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios concertados con consumidores. Y así se han venido produciendo importantes cambios legislativos que han afectado intensamente a las relaciones contractuales en el ám-

bito crediticio, en general, así como en el ámbito de la protección del consumidor como parte prestataria del crédito, en particular. Dichos cambios, como diríamos en términos agrarios, no dejan de ser el fruto de una cosecha intensiva que desde los órganos judiciales se ha ido produciendo en interpretación de las normas nacionales y, sobre todo, de las Directivas europeas relativas a la protección de los consumidores y usuarios en la citada materia crediticia, y dónde resulta absolutamente relevante la incidencia de las Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tanto en resolución de recursos como de cues-

ciones prejudiciales elevadas por los Juzgados y Tribunales del orden civil en esta misma materia. En este sentido, como sostiene Blázquez Martín, podríamos decir que estamos ante “una convulsión tan profunda que ha sufrido el derecho privado, en lo sustantivo y en lo procesal, a causa de las decisiones del TJUE”[1].

La protección de los derechos del consumidor en materia de contratos toma como referencia básica el contenido de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 -EDL 1993/15910- sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y que en nuestro derecho interno fue traspuesta mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación -EDL 1998/43305-, norma que reguló de manera conjunta las condiciones generales y las cláusulas abusivas, “precisamente para deslindar con precisión el contenido de sus respectivos conceptos y aclarar las zonas de intersección que surgen entre ambos”[2].

Los once artículos de la mencionada Directiva marcaron, sin duda, un antes y un después en lo que respecta al control de las cláusulas abusivas en contratos de consumidores, pues con la intención de armonizar las legislaciones nacionales de los estados miembros se definieron conceptos como son el de consumidor y profesional, -artículo 2-; y se determinó cuando una cláusula puede ser declarada abusiva. De tal manera que la mencionada Directiva ha sido la que ha marcado durante todo este tiempo la línea jurisprudencial seguida por el TJUE, y por extensión la de nuestro Tribunal Supremo (TS) y la de los Juzgados y Audiencias Provinciales, sobre cuestiones tan trascendentales, como los conceptos de consumidor y profesional, o de la consideración de una cláusula abusiva; y que a día de hoy sigue siendo de rabiosa actualidad en lo que respecta a la jurisprudencia comunitaria relativa a las cláusulas de contratos bancarios (como puede comprobarse de las lecturas de las STJUE de 3/09/2020, asuntos acumulados C84/19, C222/19 y C252/19 -EDJ 2020/639168-, sobre comisiones bancarias).

Será el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la

Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGD-CyU) -EDL 2007/205571-, y que vino a derogar la originaria Ley 26/1984 el que adaptó al derecho interno las Directivas europeas en la materia con el objetivo de refundir en un único texto legal la normativa en materia de los derechos de los consumidores y usuarios. El mencionado Real Decreto Legislativo 1/2007 -EDL 2007/205571-, vino a ofrecer una legislación completa, adaptada a las Directivas europeas, representando papel, que “ha sido crucial para la efectividad de la protección del consumidor en nuestro país” [3]. Ley que se mantiene en vigor si bien fue parcialmente modificada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo -EDL 2014/35453-, para adaptar a su vez la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 -EDL 2011/260927-, sobre los derechos de los consumidores.

En lo que respecta al ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos bancarios celebrados con consumidores nos encontramos con la trascendental Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 -EDL 2014/13709-, sobre los contratos de créditos celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La citada Directiva está compuesta de 85 considerandos, 50 artículos y tres anexos, cuya finalidad es la armonización de la normativa en materia de los contratos garantizados por una hipoteca. Se trata, sin duda, de una Directiva destacada en el mencionado ámbito de los contratos bancarios celebrados con consumidores en tanto que la misma ha venido a establecer un nuevo sistema de contratación bancaria a la que los profesionales deben acogerse.

La trasposición de esta Directiva a nuestro derecho se ha producido con la aprobación de Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI) -EDL 2019/7993-, la cual tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad

sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (artículo 1).

Como resultado de todo lo anterior indicaremos que en la actualidad en lo que respecta al control de las cláusulas abusivas en materia de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores contamos con un escenario legislativo que le caracteriza por la protección de la una de las partes del contrato, esto es de la persona física que ostenta la condición de deudor, fiador o garante; quedando, en consecuencia, incluido en este ámbito protector el caso de las personas físicas que tengan el carácter de consumidoras, si bien la LCCI -EDL 2019/7993- ha ampliado el ámbito subjetivo a todas las personas físicas, sean o no consumidoras. Para lo cual, se regulan unas específicas normas de protección, de carácter irrenunciable, en el Capítulo II de dicha LCCI y que son calificadas de *ius cogens*, constituyendo, como expresa Adan Doménech, “una excepción a la autonomía de la voluntad de las partes, consagrada en el precepto de 1255 del CC” [4] -EDL 1889/1-.

b) Sobre la regulación procesal

Por su parte en cuanto a la forma en la que se ha de llevar a cabo dicho control judicial, mediante el correspondiente proceso judicial, nos hemos de remitir a la norma procesal específica en orden a la materia, que en este caso es la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) -EDL 2000/77463-. Será los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil (lo que incluye a los juzgados mercantiles en función de la competencia funcional que por su especialidad correspondiere) los que deberán llevar a cabo ese control aplicando al caso la norma sustantiva que corresponda al caso que se les presente, y atendiendo a los criterios interpretativos jurisprudenciales, que dicho sea de paso en esta materia se nutren de una extensa jurisprudencia tanto nacional como comunitaria[5].

En lo que a la norma procesal respecta resulta significativo que en la materia que nos atañe la LEC haya necesitado en los últimos años de intensas reformas sus-

tanciales sobre los procesos judiciales, en general, y los ejecutivos, en particular, encaminadas a la labor judicial de control de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios. Reformas que, en cualquier caso, han salido al paso de los criterios interpretativos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido dando sobre la forma en la que debe realizarse el citado control judicial.

Y así, hemos de referirnos a la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios -EDL 2013/53763-, reestructuración de la deuda y alquiler social, en tanto que dicha Ley, a través de su art. 7, vino a introducir sustanciales modificaciones en la LEC -EDL 2000/77463-, quedando modificados los artículos relativos al control judicial de las ejecuciones civiles que pudieran devenir de títulos ejecutivos no judiciales que contuvieran cláusulas abusivas, así como de aquellas ejecuciones despatchadas en el seno de créditos hipotecarios. La finalidad de la Ley 1/2013 era dotar al juzgador de herramientas jurídicas en los procesos judiciales de ejecución de préstamos hipotecarios para un eficaz control de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Es importante tener en cuenta que dicha Ley se publicó tras dictarse la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C 415/11) -EDJ 2013/21522- y derivada de la cuestión prejudicial sometida por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Barcelona por la posible vulneración del derecho de defensa del ejecutado en relación con la Directiva 93/2013 de 5 de abril -EDL 1993/15910-, al entender que conforme estaba regulado el proceso ejecutivo se impedía al ejecutado alegar, entre las causas de oposición el carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

La Ley 1/2013 -EDL 2013/53763-, como la mayoritaria doctrina recoge supuso un cambio en el rigor formalista de la ley procesal, en tanto que la misma, como mantiene Pérez Benítez, se releva a un papel “secundario” cuando lo que está en juego es “la tutela de los derechos de los consumidores” [6].

Como ya venimos manteniendo, ha sido la Jurisprudencia, primero del TJUE y posteriormente

del TS (sobre todo a raíz de la STS de 9 mayo de 2013 -EDJ 2013/53424-, que resuelve la demanda colectiva de AUSBANC) la que ha venido a establecer cuáles son los criterios que el Juzgador ha de tener en cuenta para desarrollar su labor de control sobre las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario, fijando, incluso, las bases que se deben emplear a la hora de que el órgano judicial deba enfrentarse a esa labor de control sobre las mencionadas cláusulas; como es el caso de los controles de inclusión, transparencia y abusividad.

En lo que respecta a los criterios a seguir en el control judicial de transparencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido estableciendo bajo una evolutiva doctrina jurisprudencial las reglas para el desarrollo de dicho control, con la finalidad de poder dar una solución más o menos armónica al conjunto de situaciones conflictivas que se presentan a diario ante los Tribunales de Justicia; si bien en algún caso, como el de los préstamos hipotecarios referenciados a IRPH, dicha finalidad hasta la fecha no se ha cumplido a la vista de las variadas Sentencias dictadas al respecto.

En definitiva, nos encontramos con una notable evolución jurisprudencial sobre la forma y modo en el que se debe desarrollar por los juzgados y tribunales el control judicial sobre las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo. Evolución de las que son fieles reflejos las Sentencias del TJUE, y las del TS que acogen su doctrina, y que ha servido, a su vez, para inspirar las reformas procesales de la LEC, con una finalidad claramente dirigida a posibilitar a los jueces y tribunales de herramientas procesales con el objetivo de que el juzgador tenga en todo momento un papel proactivo en ese control, con el objetivo de hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de los consumidores.

Como expresa Fernández Seijo: “el TJUE ha ido construyendo una doctrina muy sólida a partir del caso océano perfilando la actuación del juez como un deber no como una potestad permitiendo al juez realizar diligencias de oficio para constatar el carácter abusivo de una cláusula alterando las reglas sobre alegaciones al permitir la nulidad de la cláusula tan pronto como disponga de elementos de hecho o de derecho, es decir, no se limita ese deber al arranque del procedimiento”[7].

II.- EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN PROCESO JUDICIAL DE EJECUCION FORZOSA. ESTADO DE LA CUESTION

El art. 517 de la LEC -EDL 2000/77463- establece que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Uno de esos títulos ejecutivos no judiciales son las escrituras públicas, que reúnan los requisitos del art. 517.2. 4º de la LEC, entre las que se encuentran las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria[8].

El proceso judicial de ejecución de títulos no judiciales regulado en la LEC -EDL 2000/77463- dota de la posibilidad al acreedor hipotecante de que una vez verificado que se ha producido el incumplimiento de la obligación de pago que corresponde al deudor prestatario puede aquella parte acudir al proceso judicial regulado en los Títulos III y IV del Libro III de la LEC con el objetivo de poder conseguir el cobro de lo debido o, en su caso, ejecutar la garantía hipotecaria, lo que realizará mediante la oportuna demanda ante el Juzgado de Primera Instancia competente.

Una vez iniciado el proceso judicial la parte ejecutada y requerida de pago tendrá tres opciones: proceder al pago, oponerse al mismo en base a las causas legalmente tasadas en la LEC o no realizar acto alguno ni tenderse a cumplir con el requerimiento de pago ni a oponerse a la ejecución despachada. Sin perjuicio de que en función de la opción que elija el ejecutado la sustanciación del proceso seguirá un camino u otro, lo cierto es que en todo proceso de ejecución de títulos no judiciales basados en una escritura de préstamo hipotecario habrá una cuestión ineludible, tal cual es el control judicial sobre el contenido de las cláusulas de préstamo hipotecario, con la finalidad de que pueda apreciarse por el Juez de Primera Instancia la existencia o no de las mismas, se haya o no personado en la causa la parte ejecutada, y haya o no la misma indicado como causa de oposición dicho carácter abusivo. El citado control requiere de una labor activa por parte del Juez a la hora de examinar y comprobar la existencia o inexistencia de las causas. Labor que, además, como más

adelante desarrollaremos, requiere de su constancia en las actuaciones judiciales, en atención a las últimas Sentencias dictadas por el TJUE, y que de no llevarse a cabo podría acarrear la nulidad del proceso ejecutivo. Lo que ha supuesto que desde la esfera judicial se hayan producido no pocas críticas a ello, en atención al principio de justicia rogada del proceso civil.

Como ya apuntamos en el capítulo anterior, la base jurídica del control judicial de las cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario es la que fijada por las normas comunitarias reguladoras de la materia (Directivas 93/13/CEE -EDL 1993/15910-; 2011/83/UE -EDL 2011/260927- y 2014/17/UE -EDL 2014/13709-). Las mencionadas normas se caracterizan por considerar al consumidor como la parte débil del contrato necesitado de protección ante el hecho de que se produzcan desequilibrios en la contratación que puedan ser susceptibles de causar perjuicios a dicha parte. De tal manera, que la consecuencia de dicha tutela protectora será la declaración de nulidad de toda cláusula contractual que desequilibre desde un punto de vista objetivo la relación, por el principio de “no vinculación” de las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE: “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional”).

Es incontrovertido a estas alturas que lo anterior sirve de fundamento a la potestad del Juez para realizar el control de dichas cláusulas bajo la declaración de nulidad de ésta, o en cualquier caso del efecto integrador del contrato que al Juez le corresponde realizar [9], pues así ya lo estableció el párrafo primero del art. 83 TRLGDCU -EDL 2007/205571- al expresar que: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.



Una vez más ha de tenerse en cuenta como la jurisprudencia comunitaria ha influido no sólo en los cambios legislativos de orden procesal sino también de orden sustantivo, habida cuenta de que el citado art. 83 fue modificado por la Ley 3/2014 -EDL 2014/35453-, la cual, a su vez, traía causa de la Sentencia dictada por el TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012 -Banco Español de Crédito SA contra Joaquín Calderón Camino. Asunto C-618/10, EDJ 2012/109012-, que en interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/13/CE -EDL 1993/15910- se llegó a la conclusión de que es posible el control de oficio de las cláusulas abusivas.

a) Del control judicial a instancia de parte en la ejecución del préstamo hipotecario

Como ya expusimos, la Ley 1/2013 de 14 de mayo -EDL 2013/53763-, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social modificó a través de su artículo 7 la LEC -EDL 2000/77463-, e introdujo importantes novedades en lo relativo al control por el Juez del contenido del título ejecutivo, con la introducción de nuevos preceptos, y la modificación de otros, con la finalidad de poder llevar a la práctica dicho control judicial.

En lo que respecta al proceso ejecutivo de los títulos basados en préstamos hipotecarios se introdujo en la LEC como causa de oposición que la parte ejecutada alegara el carácter abusivo de las cláusulas contractuales (artículos 557.2 y 695.1.4ª LEC -EDL 2000/77463-). Así, corresponde a la parte ejecutada contra la que se dirige la acción ejecutiva en el proceso de ejecución oponer dicha causa de oposición “en el tiempo

y forma” establecidos en el artículo 556 LEC, esto es, mediante escrito firmado por Abogado y Procurador, y presentado “dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despacha ejecución”.

Estamos, por tanto, ante una causa de oposición de las que la LEC -EDL 2000/77463- denomina “por motivos de fondo”, que puede ser alegada como causa única de oposición o como una causa unida a otras causas de oposición tanto de fondo como de forma. Y que una vez alegada por la parte ejecutada, conllevará la sustanciación del incidente de ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 695.2, en relación con lo dispuesto en el artículo 560 de la LEC.

Ahora bien, conviene distinguir respecto a la causa de oposición basada en el carácter abusivo de las cláusulas que forman parte del préstamo hipotecario aquellas cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución o que sirvieran para determinar la cantidad exigible, de aquellas otras que no constituyen dicho fundamento o no son determinantes de las cantidades, dado que la resolución del auto judicial será distinta en función de lo anterior. De tal manera, que si se aprecia el carácter abusivo de las cláusulas que fundamentan la ejecución o determinan la cantidad exigible el artículo 695.3 de la LEC -EDL 2000/77463- establece que, en ese caso, el auto que se dicte deberá decretar el sobreseimiento de la ejecución, y si en cambio la cláusula abusiva no tiene ese fundamento o no determina la cantidad exigible el auto que estime la causa de oposición deberá decidir la continuidad de la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

Por su parte, la distinción anterior afecta también a la tramitación de incidente de ejecución, pues conforme al artículo 695.2 de la LEC -EDL 2000/77463-, en el primer caso -cláusulas que fundamenten la ejecución o determinen la cantidad exigible- procederá la celebración de una comparecencia judicial, y en cambio para el segundo caso el incidente no necesariamente llevará la celebración de una comparecencia, pues el Juez será el Juez quién decida la necesidad o no de la misma, en función de si la cuestión puede resolverla con la documentación unida a las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 560 de la LEC.

En definitiva, el auto resolutorio de la oposición basado en la causa de cláusulas abusivas conllevará un pronunciamiento al respecto de la apreciación o no por el Juez del carácter abusivo de las cláusulas, dictaminando, en su caso, las consecuencias de tal carácter y decretando bien la improcedencia de la ejecución, con el sobreseimiento del procedimiento, o bien la continuidad de la ejecución sin aplicación de aquéllas cláusulas consideradas abusivas (artículos 695.3 y 561.1. 3ª LEC -EDL 2000/77463-).

No hay que perder de vista que con anterioridad a la reforma la jurisprudencia comunitaria ya se había pronunciado a favor de esa causa de oposición, y del necesario control judicial que debería realizarse en el proceso de ejecución de títulos judiciales, mediante la resolución del caso Mohamed Aziz, C-415/11, en la Sentencia del TJUE de 14-3-2013 -EDJ 2013/21522-. En dicha Sentencia el TJUE consideró que debía ser posible ese control en el proceso de ejecución hipotecaria y que una norma, como la española de aquel momento, que no contemplara dicha posibilidad de que el Juez realizara el control judicial sobre el carácter abusivo de las cláusulas era una norma contraria a la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910-.

En definitiva, en dicha Sentencia el TJUE concluyó que tal y como estaba regulado el proceso de ejecución en la LEC, hasta entonces, éste resultaba contrario a la Directiva 93/13/CE -EDL 1993/15910-, en tanto que no permitía el control judicial sobre la existencia de cláu-

sulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario[10]. Esta Sentencia no era más que la continuidad de una evolución jurisprudencial del TJUE en este mismo sentido, que se remonta a anteriores Sentencias proclives a que el control judicial debiera realizarse tan pronto como el juez dispusiera de los elementos de hecho y derechos necesarios para ello, es el caso de la STJUE 4-6-2009, Pannon GS, C-243/08 -EDJ 2009/91752-[11].

También dicha Sentencia abordó otra cuestión trascendental para la sustanciación del proceso, como es el caso de la suspensión del proceso mientras se resuelve al respecto del contenido abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario [12]. La suspensión del proceso, evidentemente, está completamente unida al control judicial de las cláusulas abusivas pues del resultado de este dependerá la continuación o no del proceso o, incluso, la modificación del despacho de ejecución a consecuencia de la apreciación de dicho carácter abusivo.

Llegados a este punto, merece reflexionar sobre una cuestión importante que ya se había planteado la jurisprudencia comunitaria a ese momento, y de la que la doctrina se hizo eco, cuestión además muy relacionada con lo que seguidamente veremos al analizar el control judicial de oficio. Esto es, el hecho de que la jurisprudencia comunitaria en aquella época ya se había manifestado en sus Sentencias sobre el carácter imperativo o de *ius cogens* de la regulación normativa de las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. En aquellas sentencias del TJUE ya se decía que en atención a la labor judicial de control que debe desempeñar el Juez en materia de protección de los derechos de los consumidores el rigor de la norma procesal habría de decaer en favor de la aplicación de la norma sustantiva. Esto como seguidamente veremos tiene la consideración de absolutamente relevante en lo que respecta a la forma en la que se debe desarrollarse la labor judicial.

Como ya sostenía en el año 2013 Sánchez González, el control judicial debe responder a “un doble principio:

el principio de equivalencia y el principio de efectividad”[13]. Lo que, en síntesis, significa que la normativa procesal debe adaptarse a la normativa sustantiva en esta materia sobre la protección de los derechos de los consumidores, habida cuenta de su carácter de *ius cogens* normativo.

Se ha de destacar también en este artículo el estado de la cuestión sobre los efectos derivados de la declaración de nulidad de aquellas cláusulas abusivas que constituyen el fundamento de la ejecución hipotecaria, como es sobre todo el caso de la declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, habida cuenta de que dicha declaración conlleva conforme al artículo 695.3, párrafo segundo -EDL 2000/77463-, el sobreseimiento del proceso de ejecución, y con ello la posibilidad de que la parte acreedora inste el correspondiente procedimiento declarativo. Sin perjuicio de que corresponde, como ya ha dicho en reiteradas ocasiones el TJUE (entre otras, la Sentencia de 26-03-2019, en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 -EDJ 2019/9671-), al juez nacional que resuelva el asunto la consideración o no de si la cláusula abusiva constituye el fundamento de la ejecución para proceder al sobreseimiento, no obstante el Tribunal Supremo, a través de su Sentencia de 11 de septiembre de 2019, STS 463/2019 - EDJ 2019/682995- (en Pleno), ha fijado las siguientes “pautas u orientaciones jurisprudenciales”:

1.- Los procesos en que el préstamo se dio por vencido antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 -EDL 2013/53763-, por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

2.- Los procesos en que el préstamo se dio vencido después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 -EDL 2013/53763- (que exigió un mínimo de tres mensualidades impagadas), por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, si el incumplimiento del deudor no reúne los requisitos de gravedad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia, teniendo en cuenta como criterio orientador el artículo 24 ley de contratos de crédito inmobiliario

(LCCI -EDL 2019/7993-), deberían ser igualmente sobreseídos. Por el contrario, si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

3.- El sobreseimiento de los procesos no impedirá una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de LCCI”.

Que el control judicial sobre las cláusulas abusivas de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor deba realizarse de oficio por el Tribunal es un hecho que se considera superado, hoy en día. Así lo establece expresamente el artículo 552.1 LEC -EDL 2000/77463-, para el caso del despacho de ejecución de títulos no judiciales [14].

Como ya anticipamos anteriormente, el motivo al que obedece ese control judicial de oficio es precisamente al carácter de *ius cogens* del que se encuentran dotadas las normas que regulan la protección de los derechos de los consumidores, tal y como ha sido considerado por doctrina jurisprudencial de la Unión Europea. Convirtiéndose por lo tanto en materia de orden público el control judicial.

Que la materia es de orden público es algo que el TJUE siempre dejó meridianamente claro en sus resoluciones judiciales. Como hemos venido señalando, el TJUE ya consideró hace mucho tiempo que la regulación del art. 6 de la Directiva 93/13/CE -EDL 1993/15910- tiene contenido de norma imperativa y, en consecuencia, “debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público” (STJUE 30-5-2013, C-488/11 -EDJ 2013/71556-)[15].

Resulta significativa a este respecto la existencia de una dilatada jurisprudencia comunitaria, de la que resulta ejemplar la citada Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, en el asunto C 415/11 -EDJ 2013/21522-, que viene a fijar de manera consolidada su doctrina sobre el control de oficio[16], en el sentido de que el citado control debe realizarse por el Juez nacional in-



cluso en el caso de que no se haya solicitado expresamente por el deudor, consumidor, del préstamo.

Así mismo, como mantuvo la tan conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de mayo de 2013 (sobre la nulidad de la cláusula suelo), en el recurso 485/2012 -EDJ 2013/53424-, corresponde al deber del Juez entrar a realizar dicho control desde el mismo momento en el que se le presente, sin tener en cuenta otras circunstancias jurídicas, como fue en el caso la falta de legitimación activa de la parte demandante [17].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) tampoco ha sido ajena ni mucho menos a dicha doctrina, y entiende, además, que su aplicación es de obligado cumplimiento para los órganos judiciales de ámbito nacional, en base precisamente a la aplicación del derecho comunitario o de la Unión Europea, y en concreto a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -EDL 2000/94313-, con rango de derecho originario. Para el TC no hay duda de que debe realizarse dicho control judicial de oficio por el Juez y desde la más amplias facultadas para ello. Y así, parafraseando a Blázquez Martín, “casi podría decirse que (el TC) ha sido más tejuista que el propio TJUE al adoptar sus criterios e incluso ir un poco más allá”[18].

Tal y como al efecto dispone el párrafo segundo del artículo 552 de la LEC - EDL 2000/77463- en el caso del proceso de ejecución de un préstamo hipotecario el Juez deberá “examinar de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo (escritura de préstamo)puede ser calificada como abusiva”. Por consiguiente, conforme a lo anterior el control que corresponde al Juez de instancia va inducido a la comprobación por éste del posible contenido abusivo de las cláusulas del contrato, debiendo realizar para ello el pertinente “juicio de valor” sobre si dichas cláusulas son contrarias a las normas que regulan la protección de los consumidores y usuarios (TLGDUCU -EDL 2007/205571-). Posteriormente el Juez en caso de que apreciase la existencia de cláusulas abusivas dará “audiencia” a las partes por quince días, y seguidamente, se hayan o no realizado alegaciones, dictará resolución al respecto con las consecuencias inherentes a ello.

Que el control se ha de realizar no cabe ninguna duda, al igual que es indudable que el Juez deberá realizar una labor proactiva en dicho control, lo que es más dudoso y supone el punto mayor de conflictividad en la actualidad es hasta dónde dicho control de oficio puede llegar, o lo que es más importante si dicho control de oficio puede conllevar que la resolución que a tal fin se adopte sea ajena a la existencia o a la inexistencia, incluso, de alegaciones por las partes.

Que el control de oficio se ha de realizar de manera activa por el juzgador y que del mismo ha de quedar incluso constancia es algo que la jurisprudencia ha respondido en sentido afirmativo en alguna de las Sentencias más recientes. Y, así, resulta significativamente relevante el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2019 -EDJ 2019/515468-, que partiendo a su vez de la doctrina de la STC 232/2015 de 5 de noviembre -EDJ 2015/207061-, así como de la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García -EDJ 2017/1414-) llegó a otorgar a amparo constitucional al deudor consumidor que ostentaba la posición de ejecutado en un proceso de ejecución, declarando nulas las actuaciones del Juzgado de Primera Instancia, al no haber este órgano judicial tramitado el incidente de nulidad de actuaciones instado por el ejecutado una vez se había dictado ya el Auto despachando ejecución, al entender dicho juzgado que no procedía dicho incidente de nulidad al no haberse opuesto el ejecutado al despacho de ejecución.

La mayor relevancia del contenido de esta Sentencia es que el TC iguala el incidente de nulidad al incidente de oposición a la ejecución, en una interpretación de la norma procesal favorable al criterio jurisprudencial del TJUE relativo al control de oficio de la abusividad de las cláusulas, y con relación a la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910-. De tal manera, que el TC sostiene que, salvo que existiera en las actuaciones judiciales constancia de que dicho control de oficio al que está obligado el juzgador se ha producido en efecto, le corresponde al Juzgador atender al control que la parte le solicita.

Esta interesante Sentencia aborda en su fundamentación, además de las cuestiones referidas al amparo solicitado, otras muchas que continúan siendo hoy día materia de debate conflictivo, como es el caso de la retroactividad de los pronunciamientos judiciales en materia de protección de los derechos de los consumidores, o incluso de la obligación del Tribunal de controlar todo aquello que pueda contener el carácter de abuso en el contrato de préstamo hipotecario atendiendo al derecho de la Unión Europea y que no haya sido abordado por la jurisprudencia del TJUE hasta ese momento, debiendo en caso de duda del Tribunal tramitar la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Pero quizás haya de insistirse más sobre la importancia de esta Sentencia en lo que respecta a la forma en la que nuestro Tribunal Constitucional desarrolla como debe realizarse el control de oficio de las cláusulas abusivas, o, incluso, lo que todavía es aún más trascendental, como los jueces, que tienen el deber de dicho control, deben hacer constar en sus resoluciones judiciales que han procedido al control de manera efectiva; puesto que de no existir dicha constancia la presunción debe ser la de que dicho control judicial no ha tenido lugar. Y en este sentido el Tribunal Constitucional aboga por resoluciones judiciales con una motivación “adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto”, que debe recoger la resolución, indicativa de la forma en la que el Juez ha llevado a cabo el control judicial sobre el carácter abusivo de las cláusulas del contrato. Entiende el Tribunal Constitucional que dicha motivación “resulta una garantía esencial para el justiciable”, que, por ende, forma parte del derecho del derecho fundamental de defensa y de la tutela judicial efectiva, recogidos en el art. 24 CE -EDL 1978/3879-.

b) Los límites en el control judicial

Conforme a la normativa que hoy resulta de aplicación, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario -EDL 2019/7993-, se puede decir que los límites para el control sobre el carácter abusivo de las cláusulas se han ampliado desde un punto de vista subjetivo para los contratos de préstamo hipotecario. De tal manera que el artículo 2 de dicha Ley fija el ámbito de aplicación de ésta a todos los contratos de préstamo con garantía hipotecaria sobre un inmueble residencial (o sobre otro derecho real de garantía sobre un inmueble) que se celebren entre un profesional y cualquier persona -física y jurídica-, así como a cualquier contrato de préstamo hipotecario sobre un inmueble, sea o no residencial, en el que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor.

La citada normativa da solución a la conflictiva situación acaecida con anterioridad, en tanto que era objeto de discusión si el alcance del control judicial de las cláusulas abusivas no debía abarcar a aquellos contratos de préstamo hipotecario en los que el prestatario no tuviera la condición de consumidor o usuario. Dicha circunstancia obligaba a realizar un juicio previo sobre los requisitos subjetivos de la figura del consumidor o usuario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero 2017 - EDJ 2017/6893- vino a establecer que a diferencia de lo que ocurre en con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas tras la reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente, es decir se introduce un requisito negativo únicamente respecto a las personas jurídicas de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen una actividad empresarial es consumidora aunque tenga ánimo de lucro.

La jurisprudencia ha venido a determinar en algunos casos que ocurre con la persona física en la que concurre una doble condición de consumidor y profesional. Lo importante en este supuesto es discernir en qué condición actúan el contrato pues su actividad profesio-

sional no puede ser causa directa de exclusión, sino que será necesario diferenciar si actúa a nivel profesional a nivel personal, teniendo en cuenta que tal y como sostiene la sentencia del Tribunal justicia Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 -EDJ 2015/145407- que proceda a su vez recordar que la misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional.

En lo que respecta al ámbito objetivo de los límites del control judicial, no puede dejar de desconocerse que el control judicial de las cláusulas abusivas en la ejecución de los contratos de préstamo hipotecario no puede ser de todo punto ilimitado hasta el punto de poder ir más allá de lo requerido por la propia parte ejecutada durante la sustanciación del procedimiento de ejecución. En este aspecto conviene destacar que desde el sector judicial se han levantado algunas voces críticas que abogan por una concreción en los criterios judiciales a aplicar en la práctica de este tipo de control judicial[19]. De tal manera que no quede todo al albor personal del Juez al que le es turnado el asunto.

Las dudas sobre los límites del control son lógicas habida cuenta que el carácter ilimitado de dicho control puede llegar a suponer la transgresión de principios básicos de la justicia civil, como es el caso del principio justicia rogada, y la vulneración en este sentido del art. 218 LEC -EDL 2000/77463-, por no hablar de la posibilidad de que con dicha actuación de control ilimitado se pudiera llegar a vulnerar el derecho fundamental a la defensa y a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutante en el proceso de ejecución, máxime si se tiene en cuenta que el control judicial puede llegar a realizarse con el proceso ejecutivo terminado.

No en vano puede plantearse la duda de que si alegado en fase de oposición el carácter abusivo de una o algunas de las cláusulas el Juez únicamente podrá resolver limitándose a lo estrictamente alegado por la parte ejecutada - consumidor- sobre este extremo, o, en su caso, podrá entrar a resolver al margen de los alegado por ella. Por poner un ejemplo práctico, suponiendo que la parte se limitara a alegar el carácter abusivo de la cláusula suelo, nos podemos preguntar si

podría el Juez entrar a resolver sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo o sobre los intereses de demora, cuando dichas cuestiones no han sido alegadas, aun a pesar de la ausencia de alegación sobre el carácter abusivo de dicha cláusula. O por poner otro ejemplo sería el caso en el que la parte ejecutada solicitara unos efectos determinados respecto a la nulidad de la cláusula que interesa y el Tribunal otorgue otros distintos.

Pues bien, sin olvidar que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en el sentido de que el principio de congruencia y el de carácter dispositivo también tiene lugar en los procedimientos en los que se resuelven cuestiones relativas a la protección de los derechos de consumidores y usuarios[20], lo cierto es que aún queda por delimitar más aún los linderos del control judicial en materia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores.

En este sentido cabe destacar que existe pendiente de resolución por el TJUE la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el Auto de 27 de noviembre de 2019, recurso 806/2017 - EDJ 2019/744707-, en el que la parte recurrente consumidora entiende que la Sentencia recurrida debería haber declarado de oficio la restitución íntegra del préstamo al haberse ya dictado a la fecha de la sentencia recurrida la Sentencia Gutiérrez Naranjo -EDJ 2016/226005- por el TJUE [21].

La respuesta afirmativa a lo anterior podría resultar sencilla si únicamente se atiende al principio transversal del “orden público”, partiendo de un ámbito subjetivo como es la protección de los derechos del consumidor, siendo precisamente dicho principio el que permite que el control judicial de oficio. Sin embargo, dicha sencillez no debe confundirnos hasta el punto de que la misma se convierta en una simplicidad jurídica que sobrepase los límites de otros principios procesales como el de congruencia de las resoluciones judiciales, con riesgo de que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de la otra parte del proceso [22]. O como el principio de justicia rogada que impone el art. 216 de la LEC -EDL 2000/77463- a los Tribunales civiles, los cuáles “decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa”.



III.- CONCLUSIONES

El control judicial, como labor encomendada por el legislador al Juez, se desarrolla mediante una actuación de éste proactiva, encaminada al “examen” no solamente del contenido literal de la cláusula o de la forma adoptada para la introducción de la misma en el contrato sino también de comprobación de la posible existencia del desequilibrio que la cláusula pudiera representar a la parte consumidora, así como de los posibles perjuicios que a dicha parte pudiera producir, exigiendo del juzgador que en caso de ser apreciadas dichas circunstancias proceda al juicio de calificación de las mismas y en su caso adopte una decisión tendente a eliminar el efecto perjudicial. Dicha actividad judicial se enmarca en lo que se denomina tutela judicial protectora de los derechos de los consumidores.

Conforme a las Directivas comunitarias 93/13/CEE -EDL 1993/15910- y 2014/17/UE -EDL 2014/35453-, así como la normativa de derecho interno Real Decreto Legislativo 1/2007 -EDL 2007/205571- y Ley 5/2019 -EDL 2019/7993-, y la interpretación de la jurisprudencia, los derechos irrenunciables de los consumidores tienen el carácter de norma imperativa o de *ius cogens*. En tanto que el citado control judicial queda encuadrado dentro de la protección de los derechos irrenunciables de los consumidores, el mismo ostenta un carácter idéntico de norma imperativa o de *ius cogens*, por lo que la labor del control judicial encomendada por la Ley a los jueces, mediante el examen de las cláusulas abusivas del contrato de préstamo es una cuestión de orden público, y que como tal forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

La labor del Juez respecto al control judicial del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario durante el proceso judicial de ejecución de títulos no judiciales se encuentra expresamente regulado en los artículos 552 y 557 de la LEC -EDL 2000/77463-, estando regulados los efectos que conlleve la apreciación judicial de dicha abusividad en el artículo 561 de la misma LEC. La regulación actual es fruto de una intensa reforma legislativa al respecto que tiene su fuente de inspiración en los criterios jurisprudencialmente tenidos en cuenta en este ámbito por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y cuya

evolución jurisprudencial destaca hacia una progresiva amplitud de la labor judicial del control sobre las cláusulas abusivas, tanto en su aspecto sustantivo u objetivo como en su aspecto puramente formal o procesal.

El citado control judicial puede instarse por la parte ejecutada al Juez al ser considerado dentro de la LEC como una causa de oposición de fondo al despacho de ejecución, sustanciándose en caso bajo los trámites del incidente de ejecución. Pero sin perjuicio de lo anterior el control judicial debe, en cualquier caso, realizarse de oficio durante la sustanciación del proceso de ejecución.

En atención a lo anterior, el control judicial que debe realizar el juzgador no debe condicionarse al cumplimiento formal de las normas que regulan la tramitación del proceso judicial de ejecución. Las normas del proceso judicial juegan un papel secundario sobre las normas sustantivas que regulan la materia sustantiva que es objeto de enjuiciamiento.

Como tiene indicado el Tribunal Constitucional, en atención al orden público procesal que representa la labor de control judicial en este ámbito analizado, la inexistencia del citado control o, en su caso, la ausencia en actuaciones de la constancia de un control activo del Juez encargado de ello conllevará la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutada que ostenta el derecho al control judicial de las cláusulas abusivas, y por consiguiente la declaración de nulidad de las actuaciones para la reposición de las mismas al momento exacto en el que se hubiera debido producir dicho control para que se proceda al mismo, y ello aun cuando la parte ejecutada no se hubiera opuesto al despacho de ejecución o no hubiera alegado como causa de oposición en el mismo el carácter abusivo. Lo que será posible instarlo a través del incidente de nulidad de actuaciones.

El control judicial no es de carácter ilimitado. Si bien se ha de partir de una concepción jurisprudencialmente amplia sobre el control judicial y la posibilidad de que éste abarque la realización efectiva por el juzgador del examen de las cláusulas incluidas en el contrato, no obstante, dichas circunstancias encuentran

su límite, a su vez, en los principios procesales de congruencia y de cosa juzgada, pues los mismos forman parte también del derecho a la tutela judicial efectiva de todas las partes del proceso.

[1] BLAZQUEZ MARTÍN R., La incidencia del TJUE en la jurisdicción civil y mercantil, *Formación y Debate, Jueces para la Democracia*, 96, 2019, p. 22.

[2] <https://www.hispanicolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/proteccion-consumidor-contratos-bancarios>. (consulta 02/11/2020).

[3] LÓPEZ JIMENEZ J.M., Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria, tesis doctoral, Universidad de Málaga, 2015, p. 64.

[4] ADAN DOMENECH F. A., El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE. Bosch Editor. 2020, p. 38.

[5] BLAZQUEZ MARTÍN R., La incidencia del TJUE, *Formación y Debate Jueces para la Democracia*, 96, 2019, p. 23: “Dichas resoluciones judiciales, como arriba ya apuntábamos, parten del principio de efecto directo del Derecho de la Unión Europea que se traduce en que “los jueces nacionales pueden y deben aplicar directamente las normas comunitarias si son claras, incondicionales y suficientemente precisas”.

[6] PÉREZ BENITEZ J.J., El control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, *Cuadernos digitales de Formación, CGPJ*, 4, 2018, p. 2: “se ha venido interpretando que las normas procesales internas presentan un cierto carácter secundario, de manera que no pueden erigirse en un obstáculo para la tutela de los derechos de los consumidores. Se postula, por tanto, un criterio “antiformalista” de interpretación y aplicación de la norma procesal.”

[7] Véase el Prólogo de Fernández Seijo al Libro de Adan Doménech- F. A., El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias, J.M. Bosch Editor, 2020, pp. 22-23.

[8] Para un estudio de mayor profundidad sobre la jurisprudencia de los requisitos del art. 517.2. 4º LEC ver MARTIN FABÁ, J.M.: Sobre la fuerza ejecutiva de la Escritura Pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 1- 16.

[9] Díez García H: La Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su trasposición a nuestro derecho interno, *Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ*, 2016, p. 41: “Pero ello no ha excluido la integración de lo omitido con la aplicación de lo previsto en el Derecho dispositivo en el caso de que exista, si así queda salvaguardada la conservación del negocio”.

[10] Apartado 64 STJUE 14/03/2013 C-415/11 -EDJ 2013/21522-: “...La Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro... que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

[11] Para un estudio mayor sobre las Sentencias del TJUE dictadas sobre el control judicial ver PÉREZ BENITEZ J.J., El control de oficio de las cláusulas abusivas, *Cuadernos digitales de Formación, CGPJ*, 4, 2018.

[12] Apartado 59 STJUE 14/03/2013 C-415/11 -EDJ 2013/21522-: «un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva». En el mismo sentido, sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05 -EDJ 2007/8201-, Rec. p. I-2271, apartado 77.

[13] SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P., Incidencia del carácter abusivo de una cláusula contractual sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria, *Revista de*

Derecho Comunitario, 2013, p. 331.

[14] También en el proceso monitorio el artículo 815.4 de la LEC - EDL 2000/77463- regula el control judicial de oficio para el caso de reclamaciones de deuda entre empresario o profesional y un consumidor o usuario.

[15] En este mismo sentido las SSTJUE: Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 - EDJ 2009/216356-, apartado 52, y el Auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost', C-76/10, apartado 50.

[16] STJUE 14-03-2013, -EDJ 2013/21522 -apartado 41: “..conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva -EDL 1993/15910-, una visión de conjunto de las otras cláusulas del contrato a que se refiere dicha cuestión puede tener también repercusiones en el examen de la cláusula objeto del presente litigio y, por otra parte, el juez nacional está obligado, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso en el caso de que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08 -EDJ 2009/91752-, Rec. p. I 4713, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito -EDJ 2012/109012-, antes citada, apartado 43).

[17] En este sentido se recomienda la lectura del Fundamento Jurídico Sexto de la citada STS de 09/05/2013 -EDJ 2013/53424-.

[18] BLAZQUEZ MARTÍN, La incidencia del TJUE, Formación y Debate Jueces para la Democracia, 96, 2019, p. 26.

[19] HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA L.R., Aspectos procesales de interés en la litigiosidad de condiciones generales, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, Vol. 2, 2020, p. 3: “De hecho, con las últimas reformas legales, a impulso de la doctrina del TJUE, contamos

ya con procedimientos donde el principio dispositivo queda relegado y donde el juez cobra iniciativa con o sin la colaboración del demandado”.

[20] La STS 425/2019, de 16 de julio -EDJ 2019/646276- y STS 376/2018, de 20 de junio -EDJ 2018/505404-.

[21] La cuestión prejudicial Auto TS 27/11/2019, rec. 809/2017 -EDJ 2019/744707-: “El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de reformatio in peius, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?”.

[22] El Tribunal Constitucional tiene declarado que el principio de congruencia de las resoluciones judiciales se encuentra dentro del alcance y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE -EDL 1978/3879- (STC 32/1992 de 18 de marzo -EDJ 1992/2678-, STC 136/1998 de 29 de junio -EDJ 1998/8721-): “...hemos declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal...”.

Lefebvre - El Derecho no comparte necesariamente ni se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores o colaboradores de esta publicación

LA MATERIA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA, ¿VENCIDA?

Por: Enrique Emilio Martínez Fernández, Juez sustituto del Juzgado Mixto número 1 de Cazalla de la Sierra (Sevilla)

REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO. NÚMERO 91, DICIEMBRE 2020 Sección Tribuna

Cuando parecía que una materia tan controvertida como importante tanto desde el punto de vista jurídico, económico como, especialmente, social, como es la relativa a la cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamos de garantía hipotecaria parecía finalmente resuelta, sin embargo la discutible redacción del art. 24 LCCI -EDL 2019/7993- junto a la cuestionable aplicación retroactiva concedida a la anterior norma por parte de la STS nº 463/19 -EDJ 2019/682995- ha permitido reabrir esta materia que tanto el legislador español como la jurisprudencia parecían que habían dejado atrás.

Y ello es debido principalmente a el modo en el que el citado art. 24 LCCI -EDL 2019/7993- y la mencionada STS nº 463/19 -EDJ 2019/682995- han interpretado y aplicado la DIRECTIVA CEE 93/13 -EDL 1993/15910- y de la DIRECTIVA CEE 2014/17/UE -EDL 2014/13709- así como las STJUE de 14/03/13 -EDJ 2013/21522-, de 26/01/17 -EDJ 2017/1414- y de 27/03/19, interpretación y aplicación que han motivado al aquí exponente, actual Juez sustituto del Juzgado Mixto nº 1 de Cazalla de la Sierra, a interponer una Cuestión Prejudicial al TJUE para que aclare cuál debe ser el modo de interpretar tales DIRECTIVA CEE 93/13 y DIRECTIVA CEE 2014/17/UE así como las STJUE de 14/03/13, de 26/01/17 y de 27/03/19.

Situando el escenario, primeramente debemos recordar que la legislación y jurisprudencia española está obligada a someterse a la legislación y jurisprudencia

por imperativo legal manifestado en el art. 4 bis 1 de la LOPJ -EDL 1985/8754- y el art. 280 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Así el Artículo 4 bis 1 LOPJ -EDL 1985/8754- establece lo siguiente: “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.” Asimismo el art. 280 TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA (TFUE) - EDL 1957/52- establece lo siguiente: “Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299.”

Por tanto en el modo y forma que el legislador español no adapte su normativa a tal legislación y jurisprudencia comunitaria se está en el riesgo permanente de que tanto la ciudadanía a través de las denuncias ante la Comisión Europea como, especialmente, los órganos judiciales a través de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE soliciten el auxilio de las instituciones comunitarias para escalear como deben proceder.

Así es como el art. 695 LEC -EDL 2000/77463- sufrió 3 modificaciones en apenas un plazo de 2 años o como el vigente art. 693 LEC mantener un tenor literal que ha sido expresamente desacreditado por el TJUE.

En segundo lugar la cláusula de vencimiento anticipado es la cláusula básica e imprescindible para permitir a la parte prestamista, generalmente una entidad bancaria,

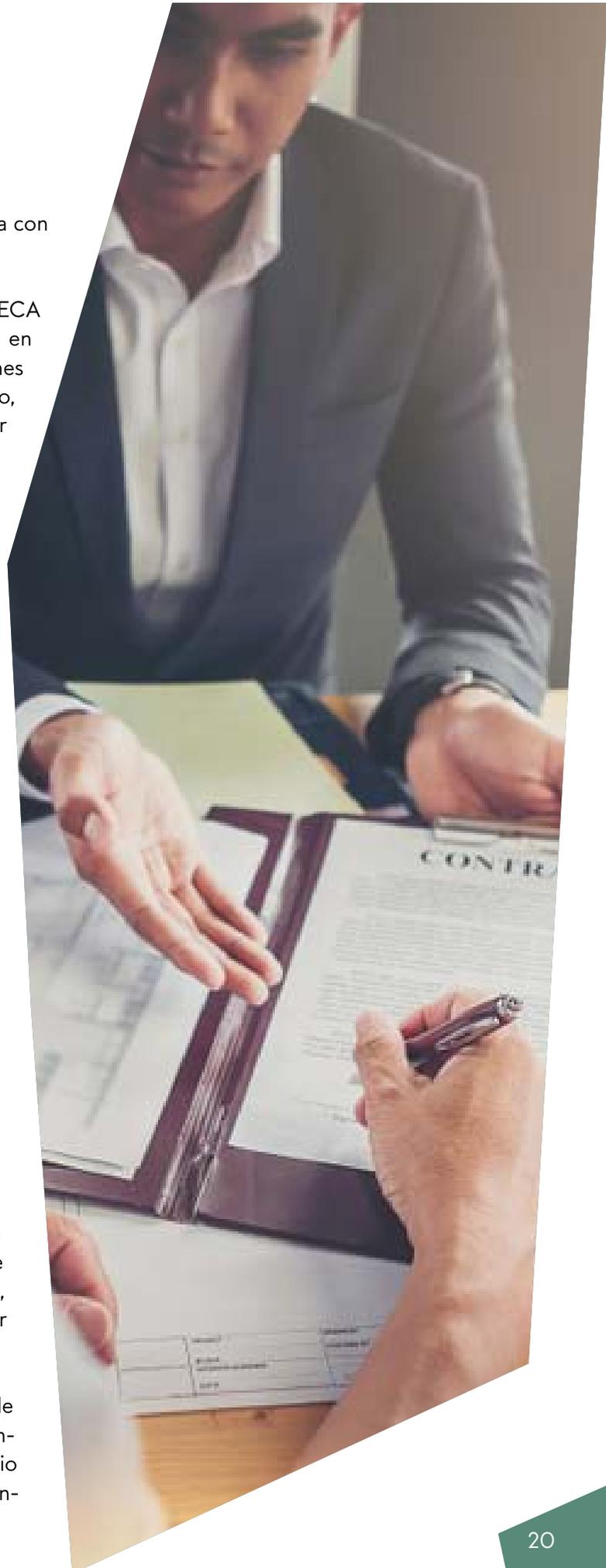
un contrato de préstamo, y más aún cuando este cuenta con la garantía hipotecaria.

Este contrato comúnmente conocido como la HIPOTECA y que millones de ciudadanos comunitarios residentes en España tienen suscritos suponen una de las operaciones comerciales más importantes por volumen económico, por actividad financiera y por trascendencia social al ser el tipo de contrato al que los ciudadanos acuden para comprar el inmueble que generalmente constituye su domicilio y hogar.

Pues bien, dicho contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en base al cual un banco concede un préstamo dinerario a un consumidor para que este invierta tal capital en la adquisición del bien inmueble y que en el caso de que el consumidor no atienda puntualmente sus obligaciones de pago permite la resolución del contrato y la reclamación de todo el capital impago más el capital pendiente de pago con la garantía de que si el prestatario no puede abonar la deuda generada esta será satisfecha con el valor de la venta del inmueble que constituye su garantía, se ha demostrado con la evolución normativa y jurisprudencial comunitaria, que no nacional, que está repleto de cláusulas que se han declarado abusivas y por tanto nulas, hasta el punto de que las únicas cláusulas cuya validez ha permanecido inalterable son únicamente dos, la del capital prestado y la del periodo de amortización, esto es los 2 únicas cláusulas en las que el prestatario interviene directamente.

En las demás cláusulas como son la cláusula del tipo de interés a aplicar (caso IRPH), la cláusula suelo (caso que establece un mínimo al tipo de interés a aplicar), la cláusula de intereses de demora, la cláusula de gastos de constitución de hipoteca y, finalmente, la cláusula de vencimiento anticipado, han sido de modo inexorable, incontestable y en cadena declaradas susceptibles de ser abusivas y nulas.

Analizado en profundidad la temática de la cláusula de vencimiento anticipado, dicha cláusula permite a la entidad bancaria resolver el contrato cuando el prestatario no ha cumplido con sus obligaciones, generalmente men-



suales, de pagar el recibo hipotecario que se le pasa al cobro.

La cuestión es que el tenor de las escrituras públicas ante Notario de préstamo con garantía hipotecaria literalmente permite al banco resolver el contrato en los supuestos de impago de una, alguna o cualquiera de sus cuotas.

A modo de ejemplo en un préstamo de 300.000 euros a devolver en 420 meses el mero impago de una sola cuota de 500 euros permitía al banco resolver el contrato y reclamar la cantidad efectivamente impagada y, lo más importante, el resto de cantidad pendiente de pago hasta la finalización del contrato y aun no devengada.

La cronología temporal es la siguiente:

1º.- El 14/03/13 el TJUE -EDJ 2013/21522- dicta sentencia en cuyo apartado nº 73 establece lo siguiente: "73 En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo."

Por tanto, ya en esa fecha se establece que para resolver el citado contrato tiene que valorarse de modo

conjunto un doble requisito, esto es que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto tanto a la duración como a la cuantía del préstamo.

2º.- El Tribunal Supremo mediante su Sentencia de 23/12/15 - EDJ 2015/253610- confirmó que las anticipado son abusivas y consiguientemente nulas y que deben eliminarse de los contratos PERO que aun así las Ejecuciones Hipotecarias deberían continuar ya que tal hecho resulta más beneficioso para el consumidor.

3º.- El 26/01/17 el TJUE -EDJ 2017/1414- dicta sentencia en cuyo FALLO apartado 3 establece lo siguiente: Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Es decir, el TJUE ante la respuesta de la STS de 23/12/15 -EDJ 2015/253610- se reiteraba en lo ya expuesto en la STJUE de 14/03/13 -EDJ 2013/21522- y no acepta el criterio del TS.

4º.- El Tribunal Supremo, a resultas de la STJUE de 26/01/17 - EDJ 2017/1414- de modo inmediato y urgente planteó CUESTIÓN PREJUDICIAL a través de la

Sala 1ª del Tribunal Supremo al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, mediante AUTO de 8 de febrero de 2017 -EDJ 2017/4965- en el recurso número 1752/2014 para que el TJUE le determinara cómo debe proceder en la materia de la cláusula de vencimiento anticipado.

5º.- El legislador español antes de que el TJUE resolviera tal cuestión prejudicial dictó la LEY 5/19 DE CONTRATOS DE CREDITOS INMOBILIARIOS (LCCI) de 5/03/19 -EDL 2019/7993-, y con entrada en vigor 3 meses después, en la que con el fin de armonizar la legislación española a la DIRECTIVA CEE 93/13 - EDL 1993/15910- y de la DIRECTIVA CEE 2014/17/UE -EDL 2014/13709- en su art. 24 establece lo siguiente:

1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
 - i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.
 - ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al

impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Obsérvese que su tenor literal que si bien existe una doble obligación de valorar que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto tanto a la duración como a la cuantía del préstamo, sin embargo la única referencia al incumplimiento suficientemente grave con respecto a la duración del préstamo únicamente viene expuesta de forma subsidiaria y no al mismo nivel ni con idéntica prevalencia que el criterio sobre incumplimiento grave respecto a la cuantía, ya que se considerará cumplido este requisito (el del incumplimiento grave respecto a la cuantía) cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales.

Es decir, que la única mención al incumplimiento grave en relación a la duración del préstamo tiene como fin complementar la interpretación del criterio del incumplimiento grave en relación a la cuantía del préstamo.

6º.- Finalmente la STJUE de 26/03/19 -EDJ 2019/9671-, es decir 21 después de la Ley 5/19 LCCI -EDL 2019/7993-, ratifica no solo la abusividad y nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado sino además indica que el TJUE no se opone a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

7º.- La respuesta final a esta cuestión la esta-

blece la Sentencia del T.S. nº 463/2019 de 11 de septiembre - EDJ 2019/682995- que en su FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO, apartado 11.-, folios 14 y 15, establece y aplica las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente.

11.- Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

- a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 -EDL 2013/53763-, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.
- b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 -EDL 2013/53763-, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.
- c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI -EDL 2019/7993-, podrán continuar su tramitación.

Por tanto los órganos judiciales tienen 2 normativas y sus correspondientes hechos a ponderar:

1º.- La obligación de valorar que las cuotas del préstamo impagadas tienen un carácter suficientemente grave con respecto tanto a la duración como a la cuantía del préstamo, en base a las DIRECTIVA CEE 93/13 -EDL 1993/15910, DIRECTIVA CEE 2014/17/UE -EDL 2014/13709-y las STJUE de 14/03/13 -EDJ 2014/13709-, 26/01/17 y 26/03/19 -EDJ 2019/9671-.

2º.- La obligación de comprobar que las cuotas impagadas suponen una cuantía superior al 3% del capital prestado en base al art. 24 LCCI -EDL 2019/7993- y a

la STS nº 463/19 -EDJ 2019/682995-.

A lo anteriormente expuesto se une el hecho que este juzgador tiene conocimiento de múltiples resoluciones de diferentes Juzgados y Secciones de Audiencias Provinciales pertenecientes a distintas Provincias del Estado español en las que se está atendiendo únicamente al criterio del incumplimiento grave respecto a la cuantía del préstamo, en aplicación del art. 24 LCCI -EDL 2019/7993- respecto al incumplimiento que supere el 3% del capital prestado, pero no al criterio del incumplimiento grave respecto a la duración del préstamo que imponen las STJUE de 14/03/13 -EDJ 2013/21522- y de 26/03/19 -EDJ 2019/9671- en aplicación de la DIRECTIVA 93/13CEE, y que solo viene expuesto en el art. 24 LCCI respecto al incumplimiento de pago de 12 cuotas en la forma anteriormente señalada como elemento subsidiario para determinar cuándo se produce un incumplimiento de la cuantía.

Como consecuencia de lo anterior este juzgador, aquí informante, tiene dudas de cómo deben aplicarse las Directivas 93/13CEE -EDL 1993/15910- y 2014/17/UE -EDL 2014/13709- y las STJUE de 14/03/13 -EDJ 2013/21522-, de 26/01/17 y de 26/03/19 -EDJ 2019/9671- ya que no queda claramente determinado si el juez nacional debe ponderar la concurrencia simultánea de ambos requisitos, esto es un incumplimiento grave en relación tanto a la cuantía como a la duración del préstamo, o debe ponderar únicamente la concurrencia de uno solo de esos dos requisitos.

Y en base a lo anterior se plantea la cuestión prejudicial en el Procedimiento Ejecución Hipotecaria nº 80/2011 tramitada por el Juzgado Mixto nº 1 de Cazalla de la Sierra en los siguientes términos: ¿Es necesario que el incumplimiento de pago deba ser simultáneamente grave tanto respecto a la cuantía del préstamo como respecto a la duración del préstamo o basta con que lo sea solo respecto a uno solo de dichos criterios? En el caso de deberse tener en cuenta ambos criterios (duración y cuantía del préstamo) y entender que deben concurrir y apreciarse conjuntamente, surgen dudas sobre si legislación nacional (art. 24 de la Ley 5/19 -EDL 2019/7993-) y la jurisprudencia nacional



(STS nº 463/19 -EDJ 2019/682995-) exigen ponderar ambos criterios.

En el caso de ser ambos criterios (duración y cuantía del préstamo) los que deben concurrir y apreciarse conjuntamente, surgen dudas sobre cómo deben resolverse aquellos supuestos en los que se produce un incumplimiento grave únicamente respecto a la cuantía del préstamo, conforme al art. 24 de la Ley 5/19 -EDL 2019/7993- por un impago del 3% del capital prestado, pero no se produce un incumplimiento grave respecto a la duración del préstamo, conforme a las únicas referencias temporales recogidas en el art. 24 de la Ley 5/19 al producirse un impago inferior a las 12 cuotas.

Como consecuencia de tal cuestión prejudicial planteada los órganos judiciales españoles pueden conforme al art. 43 LEC -EDL 2000/77463- apreciar la prejudicialidad que la consulta elevada al TJUE supone y en base a la misma suspender los procedimientos de ejecución hipotecaria existentes en los que el inmueble aún está en posesión del consumidor, situación que ya se produjo anteriormente cuando los órganos judiciales españoles suspendieron la tramitación de tales procedimientos en base a la cuestión prejudicial que el TS planteó el 8/02/17 -EDJ 2017/4965-.

Por último añadir dos circunstancias legislativas más que se estiman relevantes.

La primera es que si bien la LEY 5/19 DE CONTRATOS DE CREDITOS INMOBILIARIOS (LCCI) de 15/03/19 - EDL 2019/7993- solo rige a partir de la fecha de su publicación, esto es a los 3 meses de su publicación, por tanto el 15/06/19, sin embargo la STS nº 463/19

-EDJ 2019/682995- le concede efectos retroactivos a la misma.

La STS nº 463/19 -EDJ 2019/682995- es una única sentencia y por lo tanto no constituye Jurisprudencia; además la Jurisprudencia no es fuente del Derecho y, conforme al art. 1.6 del C.C. -EDL 1889/1-, únicamente complementará el ordenamiento jurídico, y además, y muy importante, el art. 2.3 del C.C. establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, por lo que se plantean dos dudas jurídicas:

1ª.- ¿Puede una sola Sentencia del TS, que no es fuente del Derecho, extender el ámbito de aplicación de una fuente del Derecho, como es la LEY 5/19 DE CONTRATOS DE CREDITOS INMOBILIARIOS (LCCI) -EDL 2019/7993-?

2ª.- ¿Puede aplicarse una norma con carácter retroactivo en perjuicio del consumidor?

A esta última conclusión se llega en base al hecho incontestable de que, con anterioridad al 15/06/19, fecha de entrada en vigor de la LEY 5/19 de CONTRATOS DE CREDITOS INMOBILIARIOS (LCCI) - EDL 2019/7993-, el juez nacional tenía que comprobar, conforme a la STJUE de 14/03/13 -EDJ 2013/21522- y 26/01/17 -EDJ 2017/1414-, que en la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado existía un incumplimiento lo suficientemente grave atendiendo a los dos extremos del préstamo, tanto su duración como su cuantía, mientras que con posterioridad al 15/06/19 y en aplicación del art. 24 LCCI y la STS nº 463/19 de 11 de septiembre -EDJ 2019/682995- el juez nacional tiene el deber de comprobar que en la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado existía un

incumplimiento lo suficientemente grave con respecto a un único hecho, la cuantía del préstamo, y además en un porcentaje, el 3% del capital prestado, que no solo es un porcentaje muy bajo en abstracto sino que, además, no tiene en cuenta otros aspectos en los que la voluntad de la entidad bancaria influyó decisivamente en su concreción.

Ese hecho no está ponderando que tales cuotas son más altas en los supuestos de menos años de amortización en comparación con los préstamos celebrados con un mayor número de años de amortización.

Por tanto en los contratos de menor duración la cuota mensual es más alta que en los contratos de mayor duración.

En consecuencia, los consumidores con préstamos de más corta duración resultan injustificadamente perjudicados en comparación a los consumidores con préstamos de mayor duración, ya que el incumplimiento tanto respecto a la cuantía como respecto a la duración del préstamo serán más elevados, resultando, por tanto más favorables a los consumidores en los contratos con un extenso periodo de amortización en comparación con los contratos de reducido periodo de amortización, y todo ello en atención a la citada Ley 5/19 -EDL 2019/7993-.

Por lo tanto, si el consumidor conociera ese dato siempre optaría por el periodo más extenso posible de amortización ya que así su porcentaje de incumplimiento siempre sería menor tanto respecto a la cuantía del préstamo, al ser una cuota mensual más baja, como respecto a la duración del mismo, al ser más pequeño el porcentaje resultante por ser mayor el número de años/meses de duración del contrato sobre los que efectuar dicho cálculo, extremos ambos que se ajustarían a las Directivas Comunitarias y a la STJUE 14/03/13 -EDJ 2013/21522- y STJUE 29/03/19.

A su vez, las entidades bancarias también resultan beneficiadas de tal modo de proceder ya que sus beneficios son mayores cuanto más extenso en el tiempo sea el periodo de amortización del préstamo al abonar-

se los conceptos de intereses durante un mayor plazo temporal.

Y la segunda es la siguiente circunstancia procesal que, si bien no es susceptible de plantear una cuestión prejudicial al TJUE por tratarse del texto de la legislación española, sin embargo este juzgador entiende que resulta relevante y a la que están expuestos todos los consumidores con independencia de su nacionalidad que se encuentren en el estado español.

Dicha situación procesal deriva de la potencial vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 47 de la CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA - EDL 2000/94313- y de la potencial vulneración del derecho al domicilio previsto en el art. 7 de la CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA por parte de la LEC española.

Así los procesos especiales de Ejecución Hipotecaria únicamente tienen prevista una doble instancia, la primera ante el Juzgado de Primera Instancia y la segunda ante la Audiencia Provincial, sin que, conforme al art. 477 LEC -EDL 2000/77463-, quepa recurso de casación ante el TRIBUNAL SUPREMO (TS) contra las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial.

Así, el TS ha adoptado un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 -EDJ 2017/5345- en el que ha venido a revisar los criterios de admisión de los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal que se adoptaron en el anterior Acuerdo del Pleno de la Sala I del TS de 30/12/2011 -EDJ 2011/300554-, y concluye que solo pueden ser objeto de recurso de casación y en su caso del extraordinario por infracción procesal las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales y no los autos salvo que lo sean conforme a los Reglamentos, Tratados o Convenios Internacionales o de la Unión Europea (art. 477.2 LEC - EDL 2000/77463- , en relación con la norma aplicable en cada caso). Por lo tanto, y a "sensu contrario", los autos dictados por las Audiencias Provinciales en segunda instancia no son susceptibles de recurso de casación ya que el

derecho al domicilio carece de rango de derecho fundamental conforme a la Constitución.

Por tanto, en los procesos de Ejecución Hipotecaria no está previsto el recurso de casación ante el TS.

Sin embargo, conforme al art. 7 de la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE de 18/12/2000 - EDL 2000/94313-, el domicilio es un derecho fundamental del ciudadano comunitario, hecho este que, sin embargo, se contradice con la Constitución Española donde el derecho a la vivienda se ubica en el art. 47 -EDL 1978/3879-, de modo que no se considera derecho fundamental por hallarse extramuros del Título que regula tal categoría de derechos.

Esta situación implica que, conforme al art. 477 LEC -EDL 2000/77463- y al art. 47 de la Constitución Española -EDL 1978/3879-, no cabe acudir al recurso de casación ante el Tribunal Supremo ya que el derecho al domicilio carece de la consideración de derecho fundamental para la legislación española.

No se puede obviar que, conforme al art. 47 de la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE de 18/12/2000 -EDL 2000/94313-, los consumidores españoles tienen derecho a la tutela judicial efectiva.

Por tanto en base a lo anteriormente expuesto surge la duda de si, con base en los arts. 7 y 47 de la CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE -EDL 2000/94313-, el consumidor español debe tener derecho a la máxima protección procesal que la legislación nacional establezca y que en el caso del Estado español supondría el acceso al recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Lefebvre - El Derecho no comparte necesariamente ni se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores o colaboradores de esta publicación

FORO ABIERTO: CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA HACER VALER LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL ABUSIVA

Por: D. Luis Antonio Soler Pascual Magistrado de la Audiencia Provincial de Alicante

REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO, NÚMERO 88, SEPTIEMBRE 2020
Sección FORO ABIERTO

A tenor de lo dispuesto en la STJUE de 16 de julio de 2020 -EDJ 2020/596738-, no es contrario a la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- que la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometida a plazo de prescripción.

La acción de restitución de los efectos de la nulidad de una condición general de la contratación que sea nula por abusiva puede ser, y si así lo dispone el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, prescriptible.

La STJUE -EDJ 2020/596738- señala que el momento de nacimiento de la acción y de inicio del plazo de prescripción no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar la restitución, habiendo argumentado -apartado 91- que la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula, puede dificultar el ejercicio de los derechos del consumidor.

Parece por tanto que el Tribunal acoge en este ámbito, atendido el principio de efectividad, la teoría de la "actio nata" que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es

posible, coyuntura que se perfecciona cuando se unen los dos elementos, del conocimiento de la posible abusividad de la cláusula y de los derechos que tiene el consumidor.

Todo esto nos reconduce al tema del dies a quo. La acción de restitución es prescriptible, pero para ser compatible con la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- debe de tener una estructura que no perjudique los derechos del consumidor. La cuestión es en qué se traduce todo esto en relación a la fijación del dies a quo y, en particular, si es posible concretarlo en algún momento dado que permita unificar una respuesta judicial compatible con la doctrina del TJUE como, por ejemplo, se ha hecho en materia de lesiones donde es doctrina judicial que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria se inicia en el momento en que quedan determinadas las lesiones o secuelas que se padecen, o, de otra manera, cuando se conocen la magnitud y trascendencia del quebranto padecido.

Pues bien, en la materia que nos ocupa, y dando por hecho que será imposible disponer de prueba para determinar cuándo conoce el litigante la abusividad, sus consecuencias económicas y los derechos que le corresponden, en aras de la seguridad jurídica y tomando en consideración siempre el principio de equivalencia (que el plazo no sea menos favorable que el aplicable a

recursos similares) y que no parece razonable que la acción sea prácticamente imprescriptible ¿se podría acudir a la fecha de la firma del contrato?. ¿Mejor a la fecha del pago de los gastos en el caso de las cláusulas de gastos a la que se retrotrae el pago de los intereses legales?. ¿A la de conclusión del contrato?. ¿Quizá a la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión? ¿Y a la fecha de alguna STS que contuviera la doctrina de la que desprender el conocimiento de la posible nulidad?.

Comentario:

Dado que en la propia exposición de la cuestión formulada ya se hacen las reflexiones que justifican la cuestión, no me extenderé en el comentario que merecen las respuestas que se han formulado.

Lo cierto es que de la lectura de las opiniones de nuestros autores resulta evidenciada la dificultad del tema que, sin embargo, tiene un planteamiento notoriamente simple, dualidad que también cabe desprender de la doctrina del TJUE que, expresando cierta lógica en su planteamiento, resuelve la cuestión de forma sencilla sin que por ello pueda evitar las dificultades de concretar su doctrina.

En efecto, partiendo de un análisis inicial siempre común, y con exposición de las ideas que se desprenden de la STJUE de 16 de julio de 2020 -EDJ 2020/596738-, las conclusiones sobre el dies a quo para el ejercicio de la acción resarcitoria derivada de los efectos económicos negativos de la aplicación de una cláusula abusiva, obtiene distintas soluciones que podríamos resumir en básicamente tres, a saber, bien desde la fecha en que se declara la nulidad de la cláusula contractual correspondiente, bien desde que se conoce la doctrina del Tribunal Supremo sobre las cláusulas y sus efectos económicos - con referencia, en esencia, a la STS de 23 de enero de 2019, EDJ 2019/501276-, bien desde la fecha del pago cuya recuperación se pretende.

A ello debe añadirse que dos autores hacen una importante matización desplegada a partir del principio de seguridad jurídica y para eludir situaciones absurdas e ilógicas con respecto de los contratos consumados para los que proponen que, en estos casos, el dies a quo se compute desde la fecha de la consumación.

A poco que se reflexione sobre tales planteamientos se constatará las muy diversas consecuencias que la adopción de uno u otro puede tener en la viabilidad de la acción. Y qué no decir respecto de los contratos ya consumados.

En realidad, no podemos adelantar qué respuesta será la que se imponga en la jurisprudencia y la que, en su caso, asuma el Tribunal Supremo. Es probable que, dadas las características de los contratos con consumidores, se opte por una cierta variedad de respuestas tendentes en general, y sin duda para contratos vigentes, a garantizar la viabilidad temporal de la acción.

Sí nos sumamos a la necesidad de planteamientos diferenciados respecto de los contratos consumados pues sin duda, no debe admitirse en derecho planteamientos que conduzca al absurdo, como sería de nuestro punto de vista anudar en todo caso la acción resarcitoria, prescriptible, a otra imprescriptible, la de nulidad de la cláusula contractual por, por ejemplo, abusividad, admitiendo reclamaciones económicas derivadas de negocios jurídicos extintos muchos años ha.

D. Francisco Berjano Arenado.
Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Sevilla

Efectivamente, con fecha 16 de julio de 2020 se dictó sentencia por el Tribunal de Justicia Europeo en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 -EDJ 2020/596738-, que da respuesta a las cuestiones planteadas por los Juzgados de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca y Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, respectivamente.

Con respecto a la prescripción de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva resolvió “El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- 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”.

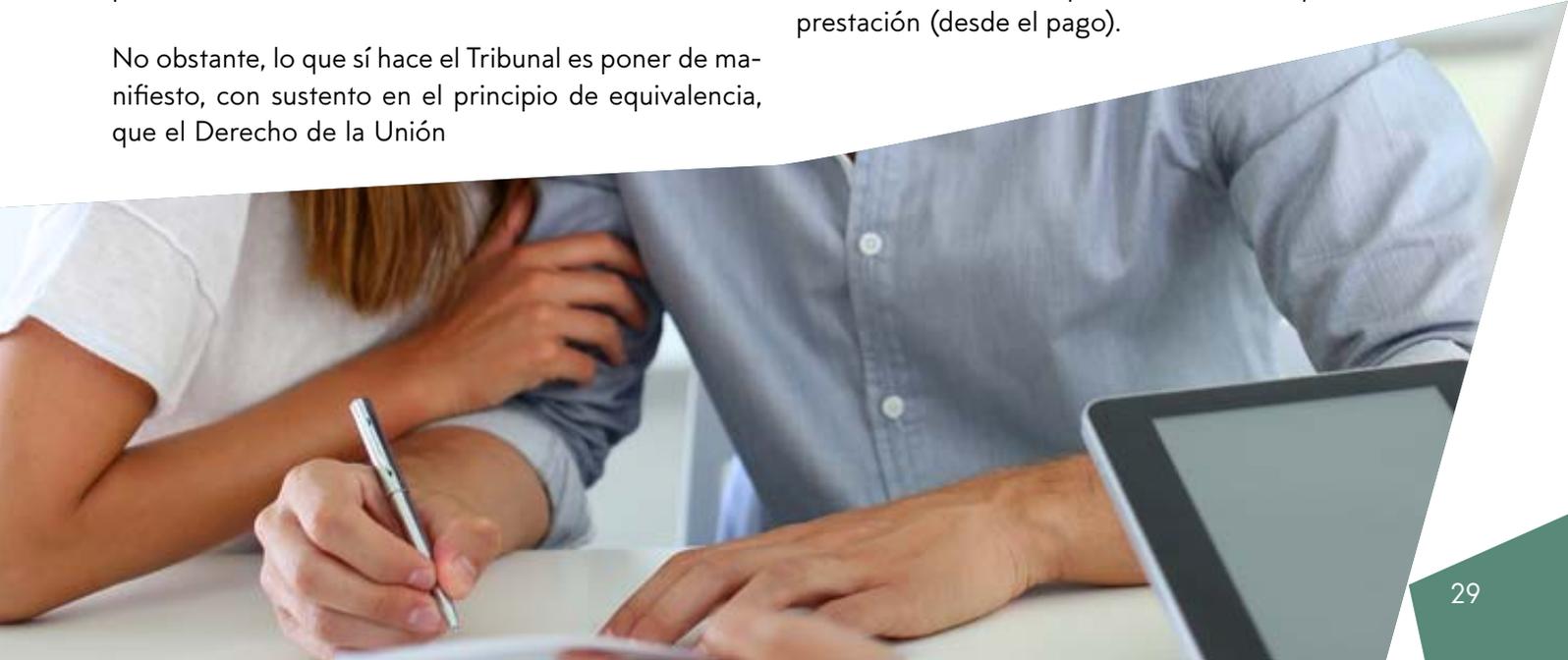
En cualquier caso, como se ve, la sentencia citada no establece cuál pudiera ser el plazo prescriptivo ni el momento en que el mismo pudiera empezar a computarse.

No obstante, lo que sí hace el Tribunal es poner de manifiesto, con sustento en el principio de equivalencia, que el Derecho de la Unión

no se opone a “la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica”, si bien, con base en el principio de efectividad, el Tribunal señala que tal limitación no debe hacer “imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos”.

Pues bien, partiendo de lo anterior y tratando de ser sencillos o casi esquemáticos en nuestra exposición y conclusión, podemos decir que en la actualidad no se dispone en nuestro derecho interno de una norma que establezca cuál pueda ser el plazo de prescripción para ejercitar la acción restitutoria nacida de la nulidad declarada de una cláusula abusiva y, por ende, tampoco que establezca el plazo de comienzo de dicho plazo.

Hay quien ha sostenido que, siendo imprescriptible la acción que pretende la declaración de nulidad de una cláusula, por tratarse de una nulidad radical – algo que no es discutido –, la acción restitutoria también lo sería. Otras opiniones señalan que, aunque no exista una norma específica al respecto, resultaría de aplicación el art. 1964.2 CC -EDL 1889/1- que establece, para las obligaciones personales que no tuvieran fijado un plazo especial, el de cinco años para las obligaciones nacidas tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre -EDL 2015/169101- (a las anteriores quince años) e incluso entienden que dicho plazo comenzaría a computarse desde la fecha del contrato, aunque otros lo hacen desde que comenzó a cumplirse con la prestación (desde el pago).



Al respecto creo que se puede indicar que, en cuanto a que el plazo pueda ser el de cinco años referido, no existe discusión ya que no existe otra norma que específicamente lo establezca; ahora bien, si se considera que el inicio de su cómputo es el del contrato se estaría contraviniendo lo establecido por el TJUE en la sentencia mencionada -EDJ 2020/596738- ya que el mismo vino a indicar que el hecho de que “comience a correr a partir de la celebración 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”.

Esta conclusión del Tribunal concuerda con lo que dispone el art. 1969 CC - EDL 1889/1-, en cuanto señala que el tiempo para la prescripción de las acciones “se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”, teniendo en cuenta que no siempre se tiene constancia – basta ver la casuística y la práctica diaria en los juzgados – desde el momento de la contratación, ni siquiera al momento en que se efectúa el pago (de los gastos en este caso), de la nulidad de la cláusula en base al cual de paga.

Sentado lo que antecede cabe preguntarse: desde qué momento debe comenzarse a computar el plazo de prescripción de esos cinco años.

Al respecto hay quienes, igualmente, sostienen que debe hacerse desde el momento en que se dictó por el Tribunal Supremo la sentencia de 23 de diciembre de 2015 -EDJ 2015/253610- donde por primera vez se resolvía la cuestión relativa a la abusividad de la cláusula que imponía el abono de todos los gastos generados por la escritura de préstamo, pues dada la publicidad que se dio a dicha resolución, desde la referida data resultaba conocido para la generalidad la posibilidad de instar la mencionada nulidad.

Otros entienden que debe iniciarse el cómputo desde las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 - EDJ 2019/501276-, en las que incide sobre tal nulidad por abusividad de dicha cláusula de gastos, estableciendo y armonizando criterios definitivos acerca

de cuáles y en qué porcentaje podrían ser reclamados por el consumidor. Tales resoluciones quizá tuvieron más repercusión mediática que la anterior de 2015.

Algunos de los partidarios de esta teoría alegan que, de no sostenerse esta conclusión y entender que el plazo debe comenzar a contar desde la declaración de nulidad, la acción restitutoria devendría imprescriptible pues se dejaría en manos del consumidor el inicio de su cómputo, toda vez que podría plantear la acción de nulidad – como antecedente de la de restitución – cuando quisiera (por ser ésta imprescriptible).

A pesar de lo expuesto, y aun compartiendo en parte dicha conclusión, entiendo que el plazo ha de computarse desde que la sentencia que declara la nulidad de la cláusula en cuestión adquiere firmeza, ya que esta posibilidad es la que mejor se compadece con el art. 1971 CC -EDL 1889/1-, en cuanto indica que “El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme”.

Con independencia de que la acción restitutoria pueda o no ser considerada como autónoma de la declarativa de nulidad, lo que también es cierto es que aquélla necesita de ésta, es decir, no es factible reclamar la restitución de lo pagado si no hay previamente una sentencia que declare la nulidad de la cláusula que motivó el pago; o sea, la acción restitutoria no deja de ser consecuencia de la declaración de nulidad (art. 1303 CC -EDL 1889/1-). De otro lado, si se fijase el dies a quo en cualquiera de las sentencias referidas del Tribunal Supremo - ya fuera la de 23 de diciembre de 2015, EDJ 2015/253610, o las de 23 de enero de 2019, EDJ 2019/501276 –, de alguna manera, también se estaría haciendo prescriptible la acción de nulidad, que por naturaleza no lo es, ya que se obligaría al consumidor a ejercitar dicha acción con tiempo suficiente como para después poder ejercer la acción de restitución antes del transcurso de los cinco años desde el dictado de dichas sentencias (diciembre de 2020 o enero de 2024).

Por tanto, concluyendo, creo que el dies a quo deberá ser el de la firmeza de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula en base a la cual se pagaron los gastos, toda vez que dicha resolución es presupuesto imprescindible para instar la restitución de lo indebidamente abonado. Antes no es factible, pues no es posible reclamar directamente los gastos abonados derivados de la aplicación de una cláusula que no ha sido previamente declarada abusiva.

D. Juan Ángel Moreno García
Magistrado de la Sección 9ª Audiencia Provincial de Madrid

Antes de resolver sobre la cuestión sometida a debate, debe hacerse una reflexión sobre las características de estas cantidades que se han abonado por parte del prestatario, como consecuencia de la cláusula de imposición de gastos que es declarada nula, toda vez que estas cantidades, como reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otras en sentencia nº 44/2019, de 23 de enero -EDJ 2019/501276-, no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones, son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde, que es atribuir a una u otra parte el pago de los gastos; Tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato; El restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula declarada nula por abusiva comporta, pues, la restitución de las cantidades indebidamente

abonadas por este último, doctrina que por su parte ratifica la STJUE examinada.

La propia Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, asuntos C-224/2019 y C-259/2019 -EDJ 2020/596738-, viene a admitir que la acción para reclamar los gastos que se han cargado al prestatario en virtud de una cláusula nula por abusiva, y que de acuerdo con estos criterios legales y jurisprudenciales debían ser abonados por la entidad prestamista, puede prescribir; la propia sentencia, viene a reconocer, no solo que no es contrario al derecho de la unión europea y en concreto a la directiva sobre consumidores, que un plazo de prescripción de cinco años que con carácter general establece el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil -EDL 1889/1-, para las acciones personales que no tengan un plazo especial de prescripción, plazo de prescripción que sería aplicable a este tipo de reclamaciones, per se no es contrario a esa tutela especial de los consumidores en virtud de la directiva 93/13 -EDL 1993/15910-, puesto que el propio tribunal en otras resoluciones ha entendido que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193 -EDJ 2010/25835-, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C 427/10, EU:C:2011:844 -EDJ 2011/284516-, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad.

El propio tribunal en la citada sentencia -EDJ 2020/596738- introduce un matiz importante, aunque no es una novedad con relación al derecho español, al señalar que ese plazo de prescripción no es contrario al principio de efectividad, salvo que el inicio del cómputo del plazo, o su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.

Como se recoge en el planteamiento de la cuestión sometida a debate, esta cuestión lleva necesariamente a la aplicación del artículo 1969 del Código Civil -EDL 1889/1-, que dispone: «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya

disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.»

Por lo tanto de acuerdo con la doctrina del TJUE y el artículo 1969 del C. Civil -EDL 1889/1-, el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe fijarse en el momento en que el consumidor pudo ejercitar la acción. Por lo tanto se hace necesario acudir a la doctrina de *actio nata* del derecho español, y que además responde a lo que pretende el Tribunal de Justicia con esa doctrina en la interpretación que hace sobre la prescripción.

Conforme a reiterada doctrina legal de la que es muestra la STS nº 94/2019 de 14/02/2019 -EDJ 2019/508639-, que señala con referencia a la sentencia núm. 544/2015, que «el principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción implica, que el día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004 ; 24 de mayo de 2010 -EDJ 2010/113262-; 12 de diciembre 2011 -EDJ 2011/340848-). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar».

Partiendo que el *dies a quo* del plazo de cinco años de prescripción, debe fijarse en el momento en que el consumidor tiene todos elementos fácticos y jurídicos en base a los cuales pueda ejercitar su acción.

A la espera de que se fije jurisprudencia por la Sala I del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, y siempre que la misma no sea modificada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario examinar las tres soluciones e interpretaciones que se vienen dando por los tribunales españoles:

1º) Fijar el *dies a quo* en la fecha de firma de la escritura de préstamo, o del pago de los gastos, criterio que debe descartarse a tenor de la sentencia del

TJUE -EDJ 2020/596738-, en la medida que sería fijar el *dies a quo*, en un momento anterior a que el consumidor tenga todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, para reclamar la devolución de las cantidades que por gastos ha abonado el consumidor y cuyo pago correspondía al prestamista, que dejaría al consumidor en una situación de indefensión.

2º) Fijar el *dies a quo* en la fecha de la firmeza de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula abusiva, lo que de facto implicaría entender que la acción sería imprescriptible. Solución que tampoco es acorde, ni con la doctrina que fija el Tribunal de Justicia en la sentencia, ni tampoco es conforme al artículo 1969 del C. civil -EDL 1889/1-.

3º) Fijar el *dies a quo* en un momento intermedio entre la firma de la escritura o pago de los gastos, y la sentencia que declare la nulidad en su caso de la cláusula, siendo el *dies a quo* el momento en que el consumidor tenga todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción.

Esta tercera opción que es la más acorde con la doctrina del TJUE y de la doctrina de la *actio nata*, y que a nivel teórico parece la más adecuada, tiene un importante problema fáctico, cual es determinar el momento en que el consumidor y usuario tiene o pudo tener conocimiento de todos esos elementos fácticos y jurídicos.

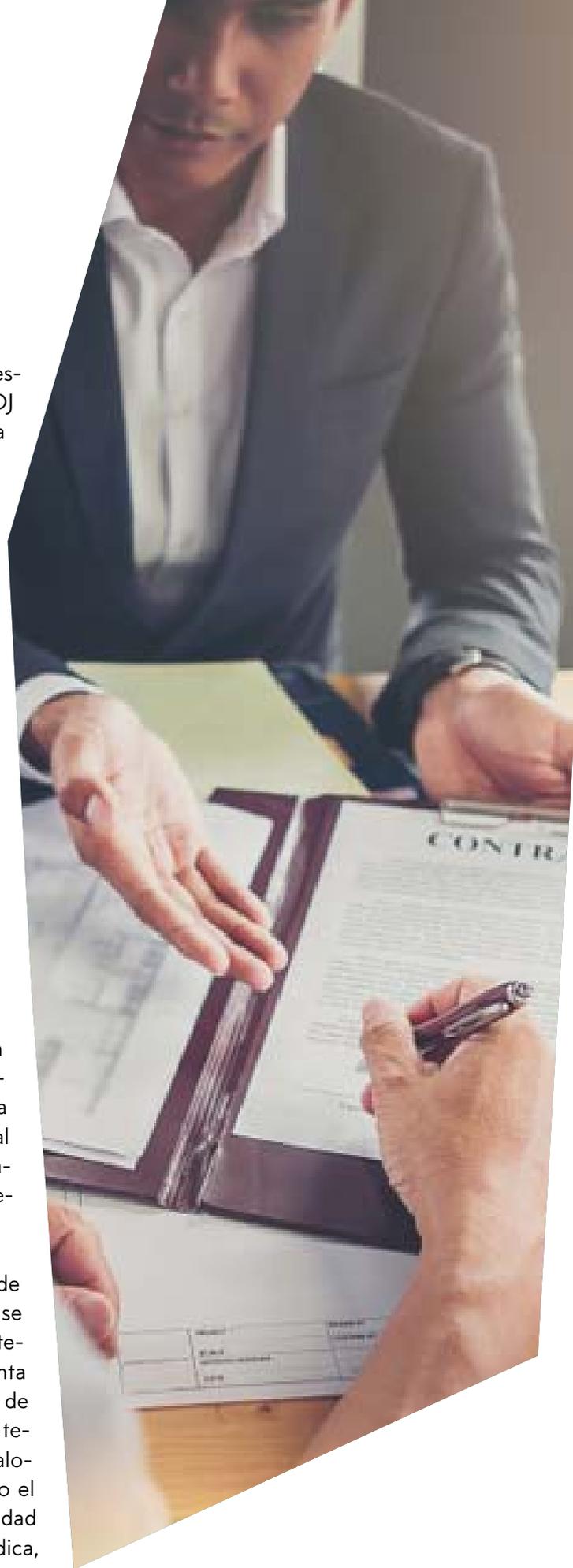
Es necesario por lo tanto buscar elementos o datos que permitan fijar ese momento en el que el consumidor tiene los datos y elementos necesarios, a fin de entender que el consumidor puede ejercitar la correspondiente acción.

Sobre esta cuestión un criterio que responde a esta idea y con estos requisitos es el recogido en la SAP de Lugo N.º 275/2020 de 28/05/2020 -EDJ 2020/584047-, que fija el *dies a quo* en el 23 de enero de 2019, fecha de la sentencia de la Sala I nº 49/2019 -EDJ 2019/501276-, en la medida que entiende que es en esa sentencia en la que fija con claridad y precisan la distribución de los gastos hipotecarios entre el prestatario y

el prestamista, distribución que no ha sido discutida o puesta en entredicho por la Sentencia del TJUE examinada -EDJ 2020/596738-, señalando a este respecto la citada sentencia de la Audiencia provincial de Lugo “ Una opción es fijar, entonces, el día de inicio del plazo en la fecha de la sentencia de 23 de diciembre de 2015 -EDJ 2015/253610-, que fue el momento de la declaración inicial de nulidad en el seno de una acción colectiva. Sin embargo, tal sentencia no marco 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.”

A pesar de esta conclusión debe hacerse alguna matización con relación a los contratos de préstamo hipotecario que ya hayan sido consumados en su totalidad, en los cuales el prestatario haya procedido al pago de todas las cuotas, o bien porque se hayan agotado todos los efectos jurídicos derivados del contrato, pues llevando a las últimas consecuencias la fijación del dies a quo en la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo citada -EDJ 2019/501276-, podrían formarse reclamación en relación a préstamos hipotecarios que ya estuvieran consumados y agotados desde hace mucho tiempo”.

Este criterio debe ser matizado en relación a los contratos de préstamo cuyos efectos ya estén agotados, no solo porque se ha producido su perfección sino también su consumación íntegra, pues en relación a tales contratos debe tenerse en cuenta no solo el derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio de efectividad del derecho de la unión europea, sino también tenerse en cuenta otra serie de elementos que han de ser valorados por un lado es también un elemento esencial, no solo el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de efectividad del derecho comunitario, sino el principio de seguridad jurídica, la doctrina de los actos propios, e incluso el principio del agotamiento de los efectos del contrato o negocio jurídico, pues si bien la acción para pedir la nulidad por abusiva de la cláusula del gastos es imprescriptible, es evidente que al ser susceptible de prescripción la



acción de enriquecimiento injusto, en base estos principios y elementos debe entenderse que en relación a los contratos de préstamos cuyos efectos estén agotados y extinguidos, el plazo de prescripción de cinco años debe contarse a partir de la consumación total del contrato, puesto que otra interpretación permitiría que se formulara reclamación de gastos hipotecarios por todos los préstamos celebrados incluso *illo tempore*, con independencia de la fecha de celebración del contrato y su agotamiento, aunque no se desconoce las dificultades que esta conclusión puede tener con la interpretación tan extensiva, e incluso excesiva que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene haciendo de los derechos de los consumidores con relación a la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910-.

D. Miguel Ángel Larrosa Amante Presidente Audiencia Provincial Murcia.

Se plantea en la pregunta formulada un aspecto problemático, con una difícil y controvertida respuesta, como es la cuestión relativa al día inicial del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de restitución de las cantidades abonadas por un consumidor como consecuencia de la nulidad, por abusivas de las cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

La reciente STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 -EDJ 2020/596738-) aborda la cuestión de la prescripción y alcanza dos conclusiones muy concretas, reflejadas en el apartado 4º de la parte dispositiva en relación con los epígrafes 80 a 92, especialmente del 90 al 92: a) que es admisible la existencia de un plazo de prescripción en las acciones de restitución como consecuencia de la nulidad de una cláusula contractual abusiva, plazo que deberá quedar sometido a la legislación nacional; y b) que ni el día inicial de dicho plazo ni la duración deben impedir el ejercicio de dicha acción por el consumidor. Estas conclusiones implican la necesidad de valorar ambos aspectos. La respuesta a la primera cuestión es clara, pues se aplica el plazo general de prescripción de las acciones personales para las que no se fija un plazo diferente, en este caso el plazo de cinco años previsto

en el artículo 1964 CC -EDL 1889/1-, plazo que en el epígrafe 87 de la STJUE de 16 de julio de 2020 -EDJ 2020/596738- se considera como adecuado para garantizar el ejercicio por el consumidor de los derechos reconocidos en la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910-.

El segundo aspecto es el que va a generar sin duda polémica, pues siguiendo el criterio habitual de las resoluciones del TJUE, no se da una respuesta directa y clara, sino que remite al juez nacional la valoración de este extremo, desde el parámetro interpretativo que apunta, esto es, que el inicio del plazo legal de prescripción no haga imposible o excesivamente difícil para el consumidor el ejercicio de los derechos reconocidos al mismo en la normativa comunitaria.

Para dar respuesta a esta cuestión, como bien se apunta en la pregunta, son distintas las posibilidades que se plantean. Entiendo que la interpretación más razonable, de acuerdo con los criterios fijados por el TJUE, es que el inicio del plazo de prescripción para la acción de resarcimiento de lo abonado por cláusulas abusivas, debe comenzar a contarse desde que se declara la nulidad de la citada cláusula por parte del tribunal correspondiente. De los diferentes criterios que se han señalado en la pregunta es el único que se ajusta al criterio interpretativo apuntado por el TJUE. Entiendo que no es posible acudir a la fecha del contrato ni a la fecha del pago de los gastos derivados de la cláusula posteriormente anulada, pues en dicho momento el consumidor no es consciente de la abusividad de dicha cláusula ni de los derechos reconocidos por la legislación comunitaria y nacional en relación a cláusulas abusivas, pues lógicamente, de ser consciente no hubiera firmado el contrato con dichas cláusulas. Además ello primaría la posición de la entidad de crédito, que sí es consciente de su deber de no incluir en el contrato cláusulas que puedan ser abusivas para los derechos del consumidor, vulnerando el efecto disuasorio para el profesional que se deriva de la legislación comunitaria al iniciar el cómputo en un momento que daría lugar a la prescripción de la acción, haciendo imposible la recuperación de las cantidades abonadas, a pesar de la nulidad de la cláusula contractual impuesta por la entidad de crédito.

Tampoco se puede aceptar la fecha de la jurisprudencia que fije la doctrina relativa a la nulidad de la cláusula discutida. No debe de olvidarse que el ejercicio de la acción y el conocimiento de los derechos reconocidos es una previsión dirigida al consumidor, normalmente lego en Derecho, por lo que sería un plazo que dejaría abiertas muchas incógnitas para su determinación (publicación de noticias en prensa, consulta con abogados, etc.).

El plazo, por tanto, debe de iniciarse desde que se declara la nulidad de la cláusula abusiva. Las razones son varias. Permite ponerlo en relación con el artículo 1969 CC -EDL 1889/1-, que fija el día inicial desde que supo el daño el perjudicado, y es claro que la declaración previa de nulidad de la cláusula es imprescindible para poder reclamar lo indebidamente pagado por el consumidor, pues mientras no se declare judicialmente o se reconozca extrajudicialmente dicha nulidad, la cláusula produce sus efectos. En segundo lugar, es una solución semejante a la que se aplica en sede de responsabilidad contractual y extracontractual, como ocurre en el ejemplo de las lesiones a partir de su curación o estabilización, lo que permite aplicar un cuerpo de doctrina jurisprudencial plenamente consolidado. Por último, garantiza la eficacia del efecto disuasorio propio de la normativa de protección de los consumidores.

La única excepción que podría ser aplicable a este criterio sería en los casos en los que el contrato de préstamo hipotecario ya haya concluido ordinariamente en la duración pactada. En estos casos, parece más razonable que el día inicial sea el de la finalización ordinaria del plazo contractual. El contrato se ha extinguido, de acuerdo con lo pactado por las partes, de forma que el consumidor goza un plazo de una cierta extensión temporal, cinco años, para ejercitar las acciones de todo tipo derivadas de dicho contrato, incluidas las de recuperación de las cantidades indebidamente abonadas por cláusulas abusivas, pasado el cual debe entenderse prescrito el derecho del consumidor, sin perjuicio de que pueda ejercitar, por ser imprescriptible, la acción de nulidad de cláusulas. Esta conclusión es conforme con la finalidad propia de la institución de la prescripción, esto es, sancionar la inactividad del titular de la acción.

D. Luis Alberto Gil Noguerras Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Zaragoza

La cuestión ya ha sido abordada en el seno de las distintas Audiencias Provinciales, si bien partiendo de un criterio ya largamente asentado por el Tribunal Supremo (S 27 de febrero de 1964), de diferenciar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, con la prescriptibilidad de la acción para reclamar lo debido en virtud del negocio nulo.

Ahora bien, no se ha dado por los Tribunales una respuesta única. Quizás la tesis más extendida y que entronca tanto con la idea tradicional de la prescripción como instrumento de seguridad jurídica, así como con las resoluciones que han venido a solventar estos problemas en otras materias (por ejemplo, la sucesoria) es la que sostiene que el cómputo de toda acción personal (art 1964 CC -EDL 1889/1-) debe iniciarse desde que el pago cuya devolución se pretende, se realizó. Este es el criterio que cabe encontrar en múltiples resoluciones de las AP Barcelona (sec 15) (25 de julio de 2018 -EDJ 2018/581246-), AP Zaragoza (sec 5) (14 de junio de 2018 -EDJ 2018/576470- o 17 de octubre de 2019 -EDJ 2019/733787-) o AP Valencia (sec 9) (1 de febrero de 2018 -EDJ 2018/62903-).

A este respecto el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada venía a decir que «si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que lo originariamente inválido cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalence por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nues-

tro Código Civil -EDL 1889/1- la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del artículo 1.930 se declara la prescriptibilidad de los “- derechos y acciones, de cualquier clase que sean”; en los artículos 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1.965; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca -y dicho queda que este Tribunal la estima acertada- no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y admitida en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción el recurrente denuncia.»

Hay otras opciones que se han barajado como la fecha en su caso de estimación de la previa acción de nulidad de la acción (SAP La Rioja de 21 de febrero de 2018 -EDJ 2018/73447-), o incluso de imprescriptibilidad de la acción SAP Alicante (Sec 8) (26 de marzo de 2018 -EDJ 2018/102843-).

No parece razonable utilizar en este caso un mecanismo contrario a la regla general de la prescripción, y permitir la reclamación de tales gastos con sus intereses legales originados desde tiempos inmemoriales por el ejercicio de la acción de nulidad que se reconoce imprescriptible, incluso con el conocimiento del propio usuario. Ello vendría a ser contrario a toda seguridad jurídica. Otra cosa es que como advierte el TJUE el consumidor afectado disponga de un plazo razonable para ejercer tal reclamación.

El plazo en principio para el ejercicio de la acción es razonable en la medida en que viene a ser el común o general para todo tipo de acciones personales, y su cómputo desde tal fecha entronca con el momento a partir del cual todo pago no debido (erróneo o no)

puede ser objeto de reclamación.

Personalmente sería por tanto la tesis por la que me decantaría y que encuentro más acorde con la controversia generada.

D. Salvador Vilata Menadas
Magistrado del Juzgado Nº 1 de lo Mercantil de Valencia

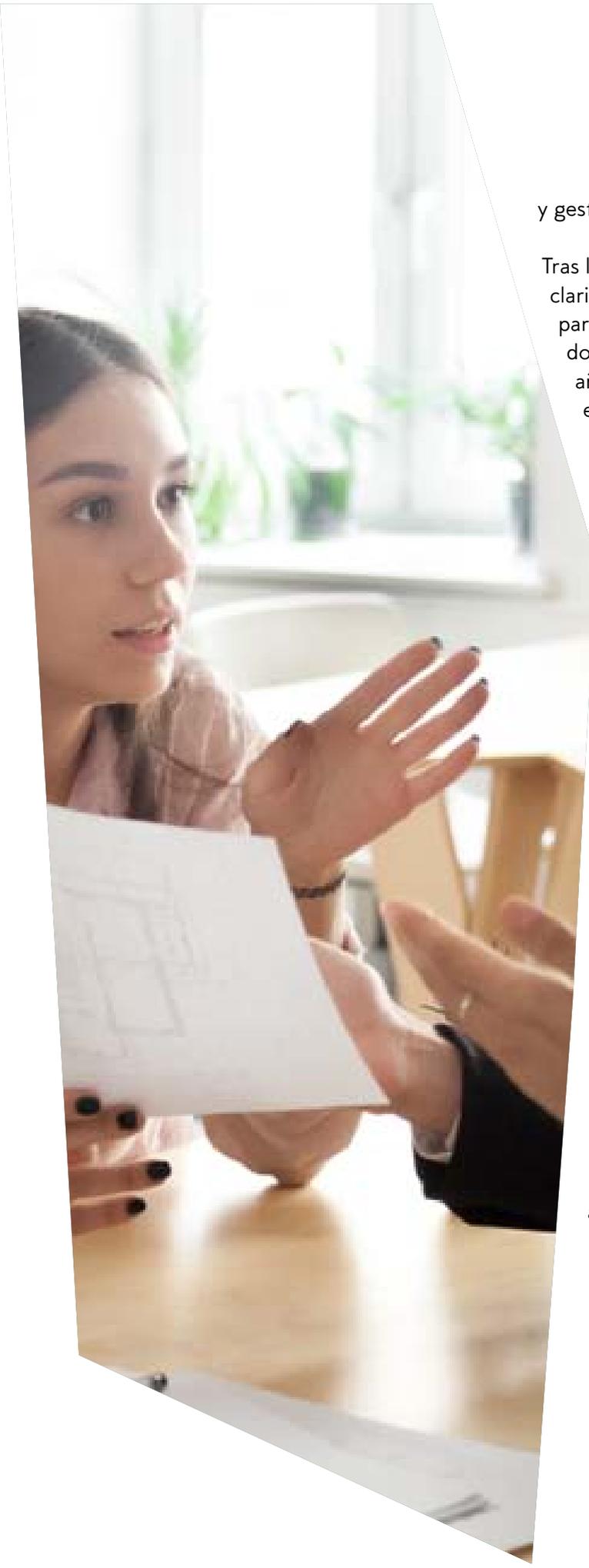
Diversos son los extremos que se suscitan en el marco de la cuestión planteada, a saber:

- 1.- Que existe acción para la reclamación del reembolso de los gastos atendidos por virtud de una cláusula declarada nula.
- 2.- Que esa acción puede prescribir.
- 3.- La determinación del plazo de prescripción. No parece controvertido que es de aplicación el art. 1964 del Código Civil -EDL 1889/1-. Esto es, se trata del ejercicio de acciones personales, y por ende el plazo de prescripción para su ejercicio hábil es de cinco años.
- 4.- Y la cuestión problemática es la determinación del dies a quo del plazo de prescripción para el hábil ejercicio de la acción.

Al respecto de la cuestión planteada, parece útil hacer mención a que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de julio de 2020 -EDJ 2020/613251-, esto es, dictada inmediatamente después de conocerse el pronunciamiento de la STJUE de 16 de julio de 2020 -EDJ 2020/596738-, viene a ratificar los mismos criterios que ya mantenía el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno de fecha 23 de enero de 2019 -EDJ 2019/501276-. En consecuencia, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario (consumidor), corresponde a cada parte el pago de los siguientes gastos relacionados con la escritura de préstamo hipotecario:

- Corresponde al consumidor el pago del 50% de los gastos de Notaría y gestoría, y el 100% del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

- El Banco debe pagar el 50% de los gastos de Notaría



y gestoría y el 100% de los gastos del Registro de la Propiedad.

Tras la STJUE de 16 de julio de 2020 - EDJ 2020/596738- está clarificado que la acción de la que disponen los consumidores para reclamar el reembolso de los gastos hipotecarios cobrados de manera abusiva puede prescribir. Y tal plazo de cinco años mencionado más arriba es acorde con el principio de efectividad, siempre que la datación del dies a quo pertinente sea adecuada. Pues bien, tal planteamiento nos lleva indefectiblemente a rechazar que el dies a quo pueda datarse en la fecha de la firma del contrato (y consiguiente pago indebido de gastos cuyo reembolso ahora se advierte procedente), pues ello llevaría a vaciar de contenido en perjuicio del consumidor la posibilidad de acción, dado el tiempo ya transcurrido desde entonces.

Lo más adecuado pasa por hacer recurso del criterio de la actio nata ex artículo 1969 del Código civil -EDL 1889/1-. Pero desde luego, parece que no tendría sentido pues además ello no se conciliaría con el principio de efectividad, que se quisiera sostener que el dies a quo pudiese datarse en la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015 -EDJ 2015/253610- en la que el Tribunal se pronunció sobre la nulidad de cláusula de gastos.

En este planteamiento parece que lo más correcto pasa por considerar que el plazo de 5 años ha de contarse desde que el consumidor conoció el criterio del Tribunal Supremo sobre los conceptos y porcentajes que podía reclamarle a los Bancos tras la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos. Y en esta tesis, cabe datar el dies a quo con la publicación de la citada STS, del Pleno, de 23 de enero de 2019 -EDJ 2019/501276-. Supuesto éste que sí se concilia adecuadamente con la posibilidad cierta de ejercicio de la acción en el plazo de cinco años conforme al artículo 1964 del Código Civil -EDL 1889/1-.

D. Eduardo Salinas Verdeguer Magistrado del TSJ de Castilla La Mancha

La sentencia del Tribunal de la Unión Europea -EDJ 2020/596738- resuelve multitud de preguntas planteadas en las cuestiones prejudiciales, instadas respectivamente por juzgados de primera instancia de Palma de Mallorca y de Ceuta, sobre la aplicación de los artículos 3 a 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores -EDL 1993/15910-. Resumidamente interpreta las cláusulas sobre: los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca; la comisión de apertura; el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes; la distribución de las costas judiciales y, en relación con la cuestión planteada, la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad de cláusulas calificadas como abusivas.

El Tribunal realiza afirmaciones aparentemente contradictorias, así en el número 81 explica, siguiendo un precedente, que la directiva “se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor”.

En el número 82 afirma que “ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta... y que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión”. En el número siguiente reconoce que la regulación de la prescripción corresponde al ordenamiento jurídico interno del Estado, con reglas que “no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

En el 87 expone que el Tribunal ha admitido que, en otras ocasiones, plazos de prescripción de tres años o de dos años han sido considerados en la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad y que el plazo de prescripción de cinco años aplicable “no parece, en principio ...que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910-”.

Sin embargo, tras razonar sobre el principio de efectividad, en el número 91, explica que “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 -EDL 1993/15910- confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica”, por ello declara, en el número siguiente, que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva... “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”.

De lo transcrito se deduce que la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- no impide una norma nacional, incluso con un plazo de solo tres años, para la prescripción del derecho a pedir el resarcimiento consecuencia de una cláusula abusiva, pero exige que la norma nacional proporcione al consumidor una oportunidad efectiva de solicitarlo.

Por tanto el plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil -EDL 1889/1-, de cinco años, cumple sobradamente con la directiva comunitaria y, solo en el supuesto de que el “dies a quo” del plazo fue-

ra inexorablemente la fecha del contrato (Como sorprendentemente parece suponer el Tribunal), se produciría la colisión entre el Código Civil y la Directiva -EDL 1993/15910- (como se explica en el texto transcrito), por lo que es preciso rechazar esa interpretación y limitarnos a interpretaciones de la norma de nuestro derecho civil común compatibles con el principio de efectividad, lo que coincide con la tradicional aplicación del principio “pro actione”, mayoritario en nuestra jurisprudencia.

Probablemente la más acertada de las opciones (todas plausibles) planteadas en la pregunta, sea asimilar el inicio del plazo de prescripción al de la reclamación por responsabilidad aquiliana: Mientras que el 1964.2 -EDL 1889/1- establece que el plazo de cinco años se computa “desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”, en el 1968.2, el plazo de prescripción, de un año corre “desde que lo supo el agraviado”. Son expresiones con un sentido semejante, que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, ha generado jurisprudencia que exige la efectiva oportunidad de ejercitar la acción de resarcimiento, (verbigracia posponiendo el inicio del plazo al fin del proceso penal por los hechos, a la curación de las lesiones o a la determinación del daño, a pesar del previo conocimiento del hecho por el agraviado).

Una interpretación conforme a la Directiva -EDL 1993/15910- puede realizarse en cualquiera de las opciones propuestas e, incluso, no se debe excluir el “dies a quo” en la fecha de la firma del contrato (cuando el consumidor disponga de efectiva oportunidad de accionar, verbigracia cuando al contratar esté asesorado por abogado).

D. Vicente Magro Servet **Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**

La respuesta se ubica desde la fecha de la declaración de nulidad de la cláusula, que bien puede venir por una sentencia firme del TS acerca de la nulidad de una cláusula similar a la del particular que evidencia que ya puede ejercitar su acción, lo que no ocurriría si se

conoce una sentencia de Audiencia que lo declara al no ser un pronunciamiento general, y debiendo valorar si se está, o no, ante el mismo caso, por cuanto hay que valorar el casuismo de cláusulas que pueden ser parecidas, pero no iguales a los efectos de la declaración de abusividad, por lo que solo en un caso particular en el que solo se demande la declaración de nulidad sin mayor especificidad podría empezar a contar, aunque lo normal es reclamarlo conjuntamente nulidad y restitución, o bien por un pronunciamiento del TS señalando la nulidad de las cláusulas de adhesión puestas por una determinada entidad bancaria en sus contratos, lo que lo haría extensivo al resto de los que se hallaren en la misma situación para operar el día 1 del plazo de prescripción.

Por ello, hay que comenzar señalando que el art. 1969 CC -EDL 1889/1- señala que «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.»

La tesis de cuándo empieza a contar el reloj es clásica en el derecho anglosajón bajo la pregunta de *When does the clock start?* Y lo achacan a la tesis del *Knowledge of the defect* cuando se trata de la existencia de la razón que le legitima para poder demandar dentro del plazo que la norma fija para ese caso concreto en la pregunta *What is a limitation period?* Ahora bien. La respuesta a la pregunta la conocemos en el de cinco años, pero ¿desde cuándo? Pues debemos entender que el “conocimiento del defecto” existe cuando se conoce la “declaración de nulidad de la cláusula abusiva, no desde la firma del contrato, porque si decimos que la cláusula es abusiva por falta de transparencia no podremos fijar el *dies a quo* en la fecha de la firma del contrato, porque en ese momento no sabíamos que era abusiva, y no podríamos firmar el contrato para empezar a contar el día 1 para poder pedir la restitución de lo indebidamente pagado si no se conocía que la causa que lo genera es nula.

El tema viene por la Sentencia TJUE del pasado 9 de julio de 2020 -EDJ 2020/591554- en los asun-

tos acumulados C698/18 SC Raiffeisen Bank SA/ JB y C-699/18 BRD Groupe Société Générale SA/ KC que apunta que la Directiva - EDL 1993/15910- no se opone «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».

La magistrada de Mallorca preguntaba si la Directiva -EDL 1993/15910- se oponía a la jurisprudencia nacional según la cual el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva est  sometido a un plazo de prescripción, aunque, en virtud de la legislación española, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.

El TJUE pone de relieve que estimó en sentencias anteriores que plazos de prescripción de tres años o de dos años eran conformes con el principio de efectividad, por lo que, sin perjuicio de la apreciación de la magistrada de Mallorca, no parece que el plazo de prescripción de cinco años del Código Civil español (art. 1964.2 CC -EDL 1889/1-) imposibilite en la práctica o dificulte excesivamente el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva -EDL 1993/15910-.

 Desde cuándo se computa el plazo? Desde que pudo conocer que era abusiva. Es decir, desde la nulidad de la cláusula abusiva.

El TJUE indica que ese plazo parece empezar a correr a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo que debe comprobar el Juez de Mallorca. Como ya había declarado antes y recientemente (sentencia de 9 de julio de 2020 -EDJ 2020/591554- en los asuntos acumulados C698/18 SC Raiffeisen Bank SA/ JB y C-699/18 BRD Groupe Société Générale SA/ KC), el

Tribunal de Justicia señala que debe tenerse en cuenta 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 -EDL 1993/15910-. La aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato aplicación que 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, al margen de que tuviese o pudiese tener razonablemente conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula puede dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva -EDL 1993/15910- confiere al consumidor y, por lo tanto, violar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

El TJUE vuelve a confirmar que si bien la devolución de las cantidades pagadas como consecuencia de la aplicación de una cláusula declarada nula se debe ejercitar en un determinado plazo de tiempo transcurrido el cual ya no hay derecho a esa devolución, ese plazo, que en España es de cinco años, ha de empezar a contar desde que esa declaración de nulidad se produzca por el juez. El plazo de cinco años para obtener la restitución de lo abonado indebidamente empezar  a contar desde que el juez declare la nulidad de la cláusula, o sea fijado como criterio por el TS respecto de esa misma cláusula y su declaración de abusividad.

En esta materia de declaración de nulidad de cláusulas abusivas hay que recordar la propuesta del CGPJ en su informe elevado al Ministerio de Justicia para la agilización de la justicia post estado de alarma acerca de que se pretende arbitrar la opción para el consumidor de obtener la extensión de efectos de resoluciones firmes sobre acciones individuales de cláusulas abusivas, mediante un breve procedimiento contradictorio. La redacción que se propone del Artículo 52.1.14  LEC -EDL 2000/77463- es: "En los procesos que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato, la nulidad de las cláusulas de condiciones

generales de la contratación o la extensión de efectos de sentencias condenatorias en esta materia, será competente...

Y del art. 519. 2 nueva redacción LEC -EDL 2000/77463- que señalaría: “Sin perjuicio de que se opte por acudir a un procedimiento declarativo, los interesados que aleguen estar en la misma situación jurídica que el favorecido por el fallo, podrán solicitar la extensión de efectos de las sentencias que, con fundamento en doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se dictasen en procesos en que se hayan ejercitado acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación, si hubieran adquirido firmeza tras haber sido recurridas ante la Audiencia Provincial.”

Con ello, señala el CGPJ que permitiría solventar un gran número de procedimientos de acciones individuales sobre cláusulas abusivas con todas las garantías sin tener que tramitar procedimientos ordinarios. Reducción de la litigación masiva sobre cláusulas abusivas.

La extensión de efectos reduciría considerablemente la litigación en masa, en especial, los procedimientos sobre nulidad por abusividad de las condiciones generales de la contratación.

Así, conocida la extensión de la abusividad y nulidad de la cláusula por esta vía se iniciaría el plazo para instar la restitución.

BIBLIOGRAFÍA

- 1. Claves Prácticas:** Hipotecas con índice IRPH (Lefebvre, 2020)
- 2. Guía Rápida:** Ejecución hipotecaria (Lefebvre, 2019).
- 3. Claves Prácticas:** Reclamación de los gastos hipotecarios (Lefebvre, 2018).
- 4. Claves Prácticas:** Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales (Lefebvre, 2017).
- 5. Memento Experto:** Compraventa inmobiliaria (Lefebvre, 2016).
- 6. Monografía:** El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas (Dykinson, 2019).
- 7. Monografía:** La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios (Reus, 2018).
- 8. Monografía:** La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia (Reus, 2018).
- 9. Monografía:** La resolución de conflictos con consumidores. De la mediación a las ODR (Reus, 2018).
- 10. Monografía:** Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del Derecho y la jurisprudencia comunitaria y española (Reus, 2018).
- 11. Monografía:** Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales (Reus, 2018).
- 12. Monografía:** Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial (Dykinson, 2017).
- 13. Monografía:** Cláusula suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal (Marcial Pons, 2015).
- 14. Monografía:** La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Reus, 2015).
- 15. Monografía:** La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Reus, 2015).
- 16. Monografía:** Consumidor vulnerable (Reus, 2015).
- 17. Monografía:** Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución (Marcial Pons, 2013).
- 18. Monografía:** Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos (Dykinson, 2013).
- 19. Monografía:** La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos (Reus, 2012)
- 20. Monografía:** Buena fe en los contratos (Reus, 2011).
- 21. Monografía:** Elementos de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Volumen I. Parte General. Teoría General del Contrato (Dykinson, 2011).

 LEFEBVRE
INTELIGENCIA JURÍDICA