

Jesus M^a Sánchez García.

@JesusFamilex

Publicado en el blog de derecho de los consumidores del CGAE. Enlace:

<https://www.abogacia.es/2019/04/03/prescribe-la-accion-de-reclamacion-de-cantidad-de-los-gastos-abonados-en-un-prestamo-hipotecario-en-aplicacion-de-una-clausula-nula-por-abusiva/>

¿Prescribe la acción de reclamación de cantidad de los gastos abonados en un préstamo hipotecario en aplicación de una cláusula nula por abusiva?

La Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 23 de enero de 2019 (Roj: SAP B 270/2019), siguiendo el mismo criterio que ya fijó en su sentencia de 25 de julio de 2018 (Roj: SAP B 8760/2018), resuelve que el carácter abusivo de la cláusula que desplaza al consumidor todos los gastos de la escritura puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula, pero cuando el consumidor ha abonado alguna cantidad y la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo.

Las sentencias comentadas tienen una especial relevancia, en primer lugar, porque analizan la acción de prescripción en las reclamaciones de cantidades derivadas de una cláusula de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria declarada nula por abusiva y, en segundo lugar, porque resuelve qué texto sustantivo debe prevalecer, si el Código Civil de Cataluña o el Código Civil

común, habida cuenta que los plazos de prescripción varían en función de que apliquemos uno u otro texto normativo.

Efectivamente en Cataluña el plazo de prescripción general de las acciones es de 10 años, mientras que en el Código Civil común es de cinco años, por aplicación de la reforma de la Ley 42/2015, que modifica el artículo 1964 del Código Civil, con el período transitorio previsto en el artículo 1939, de general aplicación a partir de 2020.

Aun cuando las sentencias que comento parten de la premisa de que existen serias dudas de derecho sobre la distinción entre imprescriptibilidad de la acción de nulidad de una cláusula abusiva y la prescriptibilidad respecto de la acción de remoción de sus efectos, se inclinan por sostener la tesis a favor de la prescripción de la acción restitutoria o de reclamación de cantidad de los gastos abonados en aplicación de una cláusula nula por abusiva (tesis que sostienen la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia de 1 de febrero de 2018 y la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, en su sentencia de noviembre de 2017 y respecto de la doctrina más autorizada, el Catedrático de Derecho Civil Manuel Jesús Marín López: “Sí prescribe la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de la cláusula de gastos (nota SAP Barcelona 92/2019, de 23 de enero) Centro de Estudios de Consumo - <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>).

En mi opinión, si bien es cierto que existen serias dudas de derecho en cuanto a la interpretación de nuestras normas sustantivas respecto del instituto de la prescripción en esta materia (máxime cuando podría analizarse si se está haciendo una utilización desproporcionada de este tipo de reclamaciones, por las ínfimas cuantías objeto de reclamación, especialmente desde las sentencias de la Sala 1ª del TS de 23 de enero de 2019, cuando solo se ejercita esta pretensión), como he sostenido en varias ocasiones en este mismo blog, el principio de primacía del Derecho comunitario, cuando se analiza la normativa que afecta a los derechos de los consumidores, exige una interpretación de nuestras normas sustantivas y procesales, conforme a la legislación y jurisprudencia comunitaria.

Y en el ámbito de los consumidores el legislador europeo ha querido otorgar rango de orden público al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE y desde la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, la Corte de Luxemburgo nos ha recordado que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público, así como una norma imperativa (sentencias de 21 de diciembre de 2016 el TJUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

El legislador español ha establecido en el artículo 83 del TRLGCU que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y el artículo 8 de la LCGC establece que serán nulas de pleno las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En mi opinión la aplicación del orden público comunitario en el ordenamiento jurídico interno, conforme los artículos 6,3 y 1255 del CC, supone la ineficacia contractual derivada de su incumplimiento, con la consecuencia jurídica de ser una nulidad absoluta o radical y que, por tanto, debe ser apreciada de oficio por los tribunales, sin que pueda beneficiarse de los institutos jurídicos de la prescripción o de la caducidad, ni, tampoco, de la confirmación tácita del contrato, regulada en los artículos 1309 y 1311 del CC, aun cuando el TS en su sentencia de 11 de abril de 2018 resuelve en sentido contrario en los supuestos de transacción, sentencia que ha motivado el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, asunto C-452/18 (y en el que la Comisión Europea en sus observaciones de 16/11/2018 presentadas ante el TJUE mantiene la misma tesis que el voto particular del Magistrado Sr. Javier Orduña en la sentencia del TS de 11 de abril de 2018).

Como ya tuve ocasión de comentar en este mismo blog, el propio TS en su sentencia de 19 de diciembre de 2018 (Roj: STS 4236/2018), acude a la figura jurídica del orden público comunitario para aplicar de forma analógica el Código

Civil y concretamente los preceptos del enriquecimiento injusto y el pago de lo indebido, condenando a restituir la cantidad de dinero pagada con abono del interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido, entendiendo que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente.

Conviene traer a colación el apartado 123 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 13 de septiembre de 2018, en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 (vencimiento anticipado), que citando la sentencia del TJUE del caso Gutierrez Naranjo de 21 de diciembre de 2016, nos recuerda que “la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Asimismo, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”

En aras a la seguridad jurídica y habida cuenta que el propio TJUE en el apartado 68 de su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, ha resuelto que “no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro –como es el Tribunal Supremo- estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales”, sería conveniente que el TS (acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de

28/11/2018 –BOE 7/12/2018–) pudiera atender con rapidez la función unificadora que le está encomendada, dando tratamiento urgente al primer recurso de casación que le llegue, a fin de poder fijar doctrina sobre esta materia.

Y en caso de existir dudas respecto de la doctrina fijada por el TJUE, en cuanto a la interpretación de los efectos derivados de la declaración de abusividad de una cláusula, conforme el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, a fin de evitar una sentencia como la del TJUE de 21 de diciembre de 2016, plantee cuestión prejudicial ante el TJUE, como ya hizo en sus Autos de 8 y 22 de febrero de 2018 (la sentencia de 7 de agosto de 2018 del TJUE, resuelve la cuestión prejudicial del TS de 22 de febrero de 2017).