

## LA SENTENCIA DEL TJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL DECLARADA ABUSIVA

**Autores:** Jesus M<sup>a</sup> Sánchez García y Cristina Vallejo Ros

**Cargo:** Abogados

**Resumen:** A través del presente artículo se analiza el apartado de la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia de Palma de Mallorca sobre la prescripción de la acción de restitución respecto de una cláusula contractual predispuesta declarada abusiva. ¿Podemos afirmar que estamos ante la imprescriptibilidad de la restitución de los efectos de nulidad o limita en el tiempo el TJUE los efectos restitutorios, declarando prescrita la acción transcurridos 5 años, aplicando el artículo 1964 del Código Civil?

**Palabras clave:** Prescripción, cláusula abusiva, efectos restitutorios, orden público comunitario, principio de equivalencia, principio de efectividad.

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS SENTENCIAS DEL TJUE DE 9 DE JULIO Y 16 DE JULIO DE 2020
- III. LOS PRINCIPIOS DE ORDEN PÚBLICO, EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO
- IV. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 1964 DEL CÓDIGO CIVIL
- V. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL ANTE UNA NULIDAD ABSOLUTA O RADICAL
- VI. CONCLUSIÓN

### I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, el TJUE ha resuelto las quince

cuestiones prejudiciales planteadas por los dos Tribunales españoles en cinco partes: (i) efectos de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca; (ii) comisión de apertura; (iii) desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes; (iv) limitación en

el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad y (v) distribución de las costas judiciales. En el presente artículo analizaremos solamente la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad.<sup>1</sup>

## II. LAS SENTENCIAS DEL TJUE DE 9 DE JULIO Y 16 DE JULIO DE 2020

El TJUE ha resuelto en dos recientes sentencias sendas cuestiones prejudiciales analizando la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción.

En la sentencia de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C698/18 y C699/18, el TJUE declaró que:

1) Los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece el carácter imprescriptible de la acción cuyo objeto es declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, siempre y cuando ese plazo no sea menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular por la Directiva 93/13 (principio de efectividad).

2) Los artículos 2, letra b), 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como

los principios de equivalencia, de efectividad y de seguridad jurídica, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisdiccional de la normativa nacional según la cual la acción judicial de restitución de las cantidades pagadas indebidamente a consecuencia de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional queda sujeta a un plazo de prescripción de tres años que empieza a correr desde la fecha de cumplimiento íntegro de ese contrato, cuando se presume, sin ser preciso verificarlo, que en esa fecha el consumidor debía tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula en cuestión o cuando, para acciones similares basadas en ciertas disposiciones del Derecho interno, ese mismo plazo únicamente empieza a correr a partir de la declaración judicial de la causa de esas acciones.

Para analizar la sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C224/19 y C259/19, creemos necesario transcribir los 13 apartados en los que el TJUE analiza la cuestión prejudicial planteada:

80 Mediante la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C224/19, que procede examinar antes de la duodécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que prevé 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, aunque, en virtud de la legislación nacional, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.

81 A este respecto, debe recordarse que la protección que la Directiva otorga a los

consumidores 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 (sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, C473/00, EU:C:2002:705, apartado 38).

82 No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta (sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 68) 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 (sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, apartado 41, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 69).

83 A este respecto, debe señalarse que, a falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones 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) (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada).

84 De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa na-

cional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

85 Por lo que se refiere, más concretamente, al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema judicial nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*, C407/18, EU:C:2019:537, apartado 48 y jurisprudencia citada).

86 En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea la eventual aplicación del plazo de prescripción de cinco años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva de un contrato de préstamo hipotecario.

87 Dado que plazos de prescripción de tres años (sentencia de 15 de abril de 2010, *Barth*, C542/08, EU:C:2010:193, apartado 28) o de dos años (sentencia de 15 de diciembre de 2011, *Banca Antoniana Popolare Veneta*, C427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

- 88 El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula.
- 89 Del auto de remisión se desprende que este plazo, fijado en el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil, parece empezar a correr a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente.
- 90 A este respecto, procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C176/17, EU:C:2018:711, apartado 69).
- 91 Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del con-

trato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato –con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula–, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.

- 92 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.

La sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 declara sobre la cuestión prejudicial planteada que:

"El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su du-

ración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución".

### III. LOS PRINCIPIOS DE ORDEN PÚBLICO, EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO

Para resolver esta cuestión el TJUE se apoya en los principios del orden público comunitario, el principio de equivalencia y el principio de efectividad.<sup>2</sup>

El TJUE, en virtud del principio de equivalencia, nos dice que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que sujete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios.

Pero en nuestro ordenamiento interno no existe ninguna norma que limite temporalmente la acción de restitución en los supuestos de una cláusula declarada abusiva y, que conforme, al artículo 83 de la LGCYU es nula de pleno derecho. En estos supuestos disponemos de una sólida doctrina jurisprudencial que nos dice que cuando estamos ante la infracción de una norma de orden público y de carácter imperativo, la acción es imprescriptible.

La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio rector tanto del ordenamiento jurídico español (artículo 51 CE), como del comunitario (art. 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (art. 8 TRLGDCU).

Y, sin duda, es de especial relevancia la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (C40/08) que resalta la importancia del "interés público" que fundamenta la protección

que la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores otorga a los consumidores y equipara el artículo 6.1 de esa norma comunitaria a las disposiciones de derecho interno con rango de norma de orden público.<sup>3</sup>

Efectivamente 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, como decimos, 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 C154/15, C-307/15 y C-308/15 y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

En la sentencia de 21 de diciembre de 2016 el TJUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha reiterado que el artículo 6, apartado 1 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 (apartado 54), así como una norma imperativa (apartado 55) y que dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad, en relación con los profesionales, conforme el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con su vigesimocuarto considerando, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Principios que el TJUE incide, una vez más, en la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, recordando que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición imperativa, que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (apartado 41) y que esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (apartado 42), debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (apartado 43).

Por tanto, esos principios del TJUE que otorgan al artículo 6,1 de la Directiva 93/13/CEE el rango de norma imperativa y de orden público deben ser observados por los tribunales nacionales, conforme el principio de primacía del derecho comunitario (art. 4 bis de la LOPJ) y el control de convencionalidad (art. 10,2 y 96 de la CE)<sup>4</sup>.

Las dos sentencias comentadas del TJUE, de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017, han provocado una auténtica "revolución" procesal en nuestro ordenamiento jurídico interno y como históricamente suele ocurrir en toda transformación de hechos relevantes con consecuencias jurídicas, una parte de la comunidad jurídica es reticente a aceptar las mismas.<sup>5</sup>

Nuestro sistema parte de la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– y exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303

del CCI, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

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<sup>6</sup>.

El TS en su sentencia de 2 de febrero de 2017<sup>7</sup>, nos recuerda que conforme al artículo 6.3 del CC "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distintivo para el caso de contravención". En la sentencia comentada el TS resuelve que la norma legal que introdujo los deberes de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia de su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Por tanto, *a sensu contrario* y siguiendo la doctrina fijada por la citada sentencia será de aplicación el artículo 6.3 del CC cuando una norma así lo establezca expresamente, como ocurre con el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE.

En nuestra 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.

En su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, asunto F-8/05 REV, el TJUE resuelve que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del artículo 47, párrafo primero de la Carta de los Derechos Fundamentales, no queda confinado a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión.

Por último, respecto al principio de efectividad, opera como límite de la jurisdicción nacional, y supone que los derechos reconocidos a un ciudadano de la UE deben ser ejercidos en condiciones que garanticen su plena y eficaz realización por los Tribunales de los países miembros, de modo que, la regulación procesal no puede estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario ([sentencias del TJUE de 8 de marzo 2017, asunto C-14/16](#); [26 de enero de 2017, asunto C-421/14](#); [26 de octubre de 2016, asuntos acumulados C-568/14 a 570/14](#); [9 de noviembre de 2016, asunto C-212/15](#); [15 de octubre de 2015, asunto C-310/14](#) y [14 de junio de 2012, C-618/10](#), entre otras muchas).

En la [Sentencia de 23 de diciembre de 2015](#) (Roj: STS 5618/2015) el TS (como ya tuvo ocasión de pronunciarse en su Auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj: ATS 10482/2013) resuelve que, en materia de protección de consumidores, el Derecho de la Unión Europea impone que se huya de indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad, propios de la normativa comunitaria protectora de los consumidores.

Lo esencial es que las partes gocen de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión.

El TJUE ya tuvo ocasión de pronunciarse con relación al principio de efectividad respecto de la preclusión de alegaciones y la cosa juzgada virtual regulada en el artículo 400, 2 de la LEC, en la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español (respecto de la Directiva 1999/44/CEE), resolviendo en el apartado 42 de su sentencia de 3 de octubre de 2013 (asunto C-32/12) que: "sentado lo anterior, incumbe al Juez remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el mismo, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta .

#### IV. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL ARTÍCULO 1964 DEL CÓDIGO CIVIL

El TS en su [sentencia de 20 de enero de 2020](#), se ha pronunciado sobre el plazo de prescripción del artículo 1964 del CC, con la reforma de la Ley 42/2015 y los efectos transitorios del artículo 1939, resolviendo al respecto que<sup>8</sup>:

"3.- Como la Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015, si conjugamos lo previsto en su Disposición transitoria quinta con el art. 1939 CC, al que se remite, tendríamos las siguientes posibles situaciones (sobre la base de que no hubiera actos interruptivos de la prescripción), teniendo en cuenta que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por el plazo anteriormente fijado (quince años), si bien, si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco

años) surtirá efecto la prescripción incluso aunque anteriormente hubiera un plazo de quince años:

(i) Relaciones jurídicas nacidas antes del 7 de octubre de 2000: estarían prescritas a la entrada en vigor de nueva Ley.

(ii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2000 y el 7 de octubre de 2005: se les aplica el plazo de 15 años previsto en la redacción original del art. 1964 CC.

(iii) Relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre de 2005 y el 7 de octubre de 2015: en aplicación de la regla de transitoriedad del art. 1939 CC, no prescriben hasta el 7 de octubre de 2020.

(iv) Relaciones jurídicas nacidas después del 7 de octubre de 2015: se les aplica el nuevo plazo de cinco años, conforme a la vigente redacción del art. 1964 CC."

En Cataluña, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121-20 de su Código Civil, el plazo de prescripción será el de 10 años, al ser de aplicación la prescripción de la legislación catalana, conforme resolvió la Sala de lo Civil y Penal del TSJC en su [sentencia de 10 de abril de 2014](#).<sup>9</sup>

## V. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL ANTE UNA NULIDAD ABSOLUTA O RADICAL

Si acudimos al derecho interno español cuando estamos ante una nulidad absoluta y radical no está regulado en nuestro Código Civil la prescripción de la acción restitutoria, lo que podría conllevar, con una interpretación extensiva de los principios de equivalencia y efectividad, que la acción es imprescriptible

a falta de regulación legal en el ámbito del derecho interno.

Cualquier limitación temporal que conozcamos hasta la fecha se debe a una construcción jurisprudencial, pero no a una norma de derecho interno que así lo establezca expresamente.

La [Sala 1ª del TS de 14 de julio de 2009](#),<sup>10</sup> de la que fue Ponente el Magistrado D. Antonio Salas, resolviendo sobre la prescripción extintiva en la que se analizaba la Ley de Usura, declaró que no cabía la prescripción extintiva, al retrotraerse la situación al momento inmediatamente anterior al préstamo, sin que haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución, ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido.

El [TS en la sentencia de 11 de diciembre de 2012](#), de la que fue ponente el Magistrado D. Javier Orduña, analiza el artículo 1969 del CC y el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción.<sup>11</sup>

Recordemos que la [sentencia de la Sala 1ª del TS de 19 de diciembre de 2018](#),<sup>12</sup> aplicando la doctrina del orden público comunitario,<sup>13</sup> respecto de la restitución de los gastos indebidamente pagados para la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, resolvió que cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido –en este caso, se produjo el beneficio indebido–.<sup>14</sup>

Y la [sentencia de 12 de diciembre de 2019](#), resolvió que la consumación o extinción del contrato de préstamo no impide que el prestatario pueda interponer una demanda para obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por aplicación de la cláusula.<sup>15</sup>



El Catedrático de Derecho Civil Manuel Jesús Marín López,<sup>16</sup> mantiene la tesis de que si prescribe la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de la cláusula de gastos, ya que en opinión del profesor Marín López, si bien la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, sí prescribe la acción de restitución de cantidades, avalando la jurisprudencia sentada por la [Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona en sus sentencias de 25 de julio de 2018](#),<sup>17</sup> y 23 de enero de 2019.<sup>18</sup>

La sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de julio de 2018, tras un profuso y argumentado estudio sobre la materia, en los apartados 18 y 19 de su fundamento segundo concluye:

"18. Por tanto, la prescripción de la acción restitutoria no resulta contraria al artículo 6.1º, de la Directiva 93/13, siempre que el plazo de prescripción resulte "razonable", como ocurre en nuestro Derecho con los plazos largos de prescripción de las acciones personales (artículos 1964 del Código Civil o 121-20 del Código Civil de Catalunya).

19. En definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción".

En nuestra opinión, la acción de restitución de una cláusula contractual predisuelta no prescribe, al tratarse de una cuestión de orden público comunitario y, por tanto, de derecho supranacional, de acuerdo con la doctrina comunitaria fijada por el TJUE desde la [sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08](#), donde rige el principio de primacía del derecho comunitario y de efectividad.<sup>19</sup>

Y sostenemos esta tesis porque en nuestro país no existe ninguna norma en esta materia que ponga un límite al plazo de prescrip-

ción, como ocurre en los supuestos que hasta el momento ha analizado el TJUE, donde existe una norma concreta que regula en el tiempo los efectos restitutorios.

Pero aún en el supuesto de que no se comparta nuestra tesis, es necesario analizar lo resuelto por el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020 y su posicionamiento respecto del principio de efectividad.

Nos dice el TJUE en los apartados 91 y 92 de la sentencia que puede resultar excesivamente difícil para un consumidor el ejercicio de sus derechos restitutorios estableciendo el *dies a quo* de dicha acción al tiempo de celebrarse el contrato, por lo tanto, se vulneraría el principio de efectividad, ya que harían imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a la restitución. Si dicho principio lo ponemos en relación con el primer tema resuelto, cuándo conocimos cuáles eran los efectos restitutorios para el consumidor, en relación a cuándo se fijó doctrina armonizadora a nivel nacional de cuánto podía reclamar el consumidor de forma restitutoria tras la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, el *dies a quo* lo situamos cuanto menos en el 23 de enero de 2019. Ello implicaría que los 5 años a los que se refiere la STJUE deben contarse a partir de dicha fecha, por tanto, no prescribirá la acción de restitución de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios hasta el 23 de enero de 2024.

El TJUE, desde su [sentencia de 7 de agosto de 2018](#), asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, nos recuerda que es el TS quien debe ejercer su función de armonización de la interpretación del derecho nacional respecto de la doctrina comunitaria: «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 derecho 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».

Doctrina que el TJUE reitera en su [sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17](#). No disponemos en la actualidad de norma de derecho interno que resuelva acerca de la prescriptibilidad de las acciones restitutorias que derivan como efecto de la declaración de nulidad de una cláusula contractual o de una condición general de la contratación, que es nula de pleno derecho.

Debe armonizarse con aquella legislación especial (derecho de los consumidores) en la que el legislador introduce especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad de restablecer la igualdad de posiciones y con el principio de primacía del derecho comunitario, formando parte de dichas fuentes del derecho.

La Sentencia dictada por el TJUE de 16 de julio de 2020 tiene que hacer reflexionar de nuevo al poder legislativo y no esperar que judicialmente nos sometamos a la inseguridad jurídica de los Juzgados de 1ª Instancia y Audiencias Provinciales que, con disparidad de criterios, hagan que una hipoteca en la que se declara una condición general nula, el deudor hipotecario tenga derecho a verse restituido de forma imprescriptible o bien sometido a los criterios de prescripción generales y, por tanto, la territorialidad de donde resida el consumidor le produzca la indemnidad de la nulidad de una cláusula abusiva o no. Cuanto menos si no se resuelve legislativamente, debería aplicarse el principio de efectividad del orden público comunitario y establecer como *dies a quo* el 23 de enero de 2019 y como *dies ad quem* el 23 de enero de 2024, para el supuesto concreto planteado en la cuestión prejudicial y analógicamente ese mismo principio para el

resto de supuestos, fijando como *dies a quo* la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020.

## VI. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, al no disponer nuestro ordenamiento jurídico interno de una norma relativa a la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción, salvo que la Sala 1ª del TS fije doctrina jurisprudencial sobre la acción de prescripción de una cláusula contractual abusiva, que es nula de pleno derecho, la acción de restitución de una cláusula contractual predispuesta declarada abusiva no prescribe, al tratarse de una cuestión de orden público comunitario y, por tanto, de derecho supranacional, de acuerdo con la doctrina comunitaria fijada por el TJUE desde la sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, donde rige el principio de primacía del derecho comunitario y de efectividad.

Ahora bien, en lo que a la cláusula de gastos se refiere, o la comisión de apertura, objeto de los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, es nuestra opinión que la prescripción de 5 años derivada del Art. 1.964 CC tiene su *dies a quo* en la fecha del 23 de enero de 2019, fecha en la que se fijó jurisprudencia conforme la Sala 1ª del Tribunal Supremo, reunida en pleno, mediante cinco sentencias, números 44, 46, 47, 48 y 49/2019, en virtud de la que lo restituido era el 50% del arancel notarial, el 100% del arancel registral al constituirse el préstamo y el 50% de los gastos de gestoría. Por tanto, acorde con lo establecido en el párrafo 91 de la STJUE de 16 de julio de 2020 *la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que*

*la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica.*

[1] Vallejo Ros, C y Sánchez García, J: "Líneas generales y comentarios a la STJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción y costas judiciales". Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE. <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/prescribe-la-accion-de-reclamacion-de-cantidad-de-los-gastos-abonados-en-un-prestamo-hipotecario-en-aplicacion-de-una-clausula-nula-por-abusiva/>

[2] Sánchez García, J: "El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC". Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1/2017.

[3] Pérez Daudi, V: "La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario". Editorial Atelier, 2018.

[4] Sánchez García, J: "La sentencia del TJUE de 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/CEE". Revista de Derecho vLex - núm. 152, enero 2017.

[5] Sánchez García, J: "El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada regulada en la LEC". Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1-2017, pp. 13-30.

[6] Sánchez García, J: "El control de transparencia y el juicio de abusividad tras la reforma operada por la LCCI del artículo 83 del TRLCU. Revista de Derecho vLex - núm. 190, marzo 2020.

[7] Roj: STS 358/2017 - ECLI: ES:TS:2017:358.

[8] Roj: STS 21/2020.

[9] Roj: STSJ CAT 4523/2014.

[10] Roj: STS 4672/2009.

[11] Roj: STS 9198/2012.

[12] Roj: STS 4236/2018.

[13] Sánchez García, J: "El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores". Revista de Derecho vLex, núm. 158, julio 2017.

[14] Sánchez García, J: "Incidencia de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento jurídico español: comentarios a la sentencia dictada por el Pleno del TS número 725/2018, de 19 de diciembre. Revista de Derecho vLex - núm. 175, diciembre 2018.

[15] Roj: STS 3911/2019.

[16] Marín López, MJ: "Si prescribe la acción de restitución de cantidades tras la nulidad de la cláusula de gastos (nota a SAP Barcelona 92/2019, de 23 de enero)". Centro de Estudios de Consumo, 1 de febrero de 2019. [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Si\\_prescribe\\_la\\_accion\\_de\\_restitucion\\_de\\_cantidades\\_tras\\_la\\_nulidad\\_de\\_la\\_clausula\\_de\\_gastos.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Si_prescribe_la_accion_de_restitucion_de_cantidades_tras_la_nulidad_de_la_clausula_de_gastos.pdf)

[17] Roj: SAP B 8760/2018.

[18] Roj: SAP B 270/2019.

[19] Sánchez García, J: "¿Prescribe la acción de reclamación de cantidad de los gastos abonados en un préstamo hipotecario en aplicación de una cláusula nula por abusiva?". Publicado en el Blog Derechos de los Consumidores del CGAE. <https://www2.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/prescribe-la-accion-de-reclamacion-de-cantidad-de-los-gastos-abonados-en-un-prestamo-hipotecario-en-aplicacion-de-una-clausula-nula-por-abusiva/>