

BOLETÍN

COMISIÓN DE
DERECHO
PRIVADO
VOLUMEN I

Nº 24

abril 2020

Juezas y Jueces
para la Democracia

ARTÍCULOS

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN
DE LA ACCIÓN DE
RESARCIMIENTO DE
EFECTOS DE LA NULIDAD
Juan Vacas Larraz

ANÁLISIS DE ALGUNAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS
EL AVAL CON RENUNCIA A
LOS BENEFICIOS DE
ORDEN, DIVISIÓN Y
EXCUSIÓN, LA "CLÁUSULA
CERO" Y EL SEGURO DE
IMPAGO
Diego Gutierrez Alonso

ALGUNAS CONSECUENCIAS
DE LA DECLARACIÓN DE
ABUSIVIDAD DE LA
CLÁUSULA QUE ATRIBUYE
TODOS LOS GASTOS A LA
PARTE PRESTATARIA
Ana García Orruño

Dirección y coordinación
Juan Vacas y Edmundo
Rodríguez

Edición
Juezas y Jueces para la
Democracia



EDITORIAL

Las VII Jornadas de la Comisión de Derecho Privado de nuestra asociación tuvieron lugar en Zamora.

Pese a las extraordinarias circunstancias que nos están tocando vivir, hemos elaborado un Boletín de la Comisión de Derecho Privado con dos Volúmenes, gracias a las ponencias y debates que tuvieron lugar.

El Volumen I contiene un par de artículos relativos a derecho de consumo en los que se analiza la jurisprudencia reciente relativa a las siguientes cláusulas abusivas: la de imputación de gastos al prestatario, la de aval con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, la cláusula cero o el seguro de impago; y otro en el que se analiza si la acción de remoción de efectos de la nulidad prescribe o no.

El Volumen II consta de un artículo en el que se valora el contrato de préstamo hipotecario surgido de la Ley de Crédito Inmobiliario; otro relativo a la STJUE sobre la Cláusula IRPH; un análisis sobre el uso de la vivienda familiar y los alimentos de los hijos en el régimen de guarda y custodia compartida; y, finalmente, un sorprendente estudio de instituciones jurídicas propias del derecho foral navarro.

No podemos dejar pasar por alto que la crisis que se está produciendo va a afectar muy intensamente a la jurisdicción civil. Indudablemente, estas circunstancias van a condicionar nuestro trabajo en esta Comisión y ello se manifestará, seguramente, en las Jornadas del año que viene.

En todo caso, en el corto plazo tenemos la obligación de efectuar un profundo análisis de las reformas legislativas procesales y sustantivas que se avecinan que, de ninguna manera, pueden suponer una merma en las garantías de los justiciables.

Ya nos hemos manifestado abiertamente en contra de todas las medidas que tienden a limitar la posibilidad de acceso a los recursos, de solicitud de medios de prueba, de recorte de alegaciones o las que pretenden introducir dificultades para el ejercicio de acciones.

Debemos, además, denunciar la precaria situación de la administración de justicia que se agravará si no se le dota de medios materiales y personales suficientes y no se amplía la planta judicial.

En todo caso y volviendo a las recientes Jornadas de Zamora, merece un especial agradecimiento nuestra compañera Esther González y las restantes compañeras y compañeros de la Sección Territorial de Castilla y León, cuyo entusiasmo y compromiso han resultado imprescindibles.

Sobre la prescripción de la acción de resarcimiento de efectos de la nulidad

Juan Vacas Larraz

Magistrado Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Lleida

1 Planteamiento del problema

El presente artículo pretende analizar si la acción de nulidad por abusividad es única y abarca tanto la declaración de abusividad como sus efectos o si, realmente, existen dos acciones diferentes: la propia de nulidad y la de remoción de sus efectos, que incluye tanto la restitución de prestaciones entre las partes del contrato (ante la existencia de una cláusula suelo, por ejemplo) como la acción de reembolso de cantidades percibidas por terceros (ante la existencia de cláusulas de imputación de gastos a los prestatarios).

Analizaré los argumentos a favor de las dos posiciones enfrentadas que existen en estos momentos, exponiendo, con carácter previo, una serie de afirmaciones sobre las que hay consenso.

2 Presupuestos a tener en cuenta

i) Es doctrina constante y casi unánime que la acción de nulidad (en toda su extensión, incluyendo la de nulidad de cláusulas abusivas, sean o no condiciones generales) es imprescriptible.

Así lo defiende la doctrina con escasas voces discrepantes.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002 dispone que: «La doctrina de esta Sala viene reiterando que los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del

tiempo... (Sentencias, entre otras, 19 de diciembre de 1951, 20 de diciembre de 1975, 13 de febrero de 1985, 6 de junio de 1986, 14 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 8 de marzo y 15 de junio de 1994, 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000) por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles».

Lo mismo declaran las siguientes resoluciones de Audiencias Provinciales: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 28 de abril de 2017; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, de 15 de marzo de 2017; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 16 de febrero de 2017; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, de 24 de noviembre de 2016; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 10 de enero de 2013, entre otras.

ii) La acción para solicitar la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, que puede ostentar o no la categoría de condición general, tiene su base jurídica en los arts. 83 TRLCU y 8.2 de la LCGC, en tanto que contraviene norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que prohíbe la incorporación a los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas.

Por tanto, el origen de estas acciones no se encuentra en el Código Civil.

iii) Aunque la prescripción de las acciones no es, en nuestro Derecho, una cuestión estrictamente procesal, el TJUE ha considerado los plazos de prescripción en el contexto del principio de efectividad como límite de la autonomía procesal de los Estados.

iv) Esta problemática se extiende también a los supuestos de contratos extinguidos, respecto de los cuales el Tribunal Supremo ha declarado la posibilidad de instar las acciones de nulidad de cláusulas abusivas.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 declara que la extinción del contrato de préstamo no impide que el prestatario ejercite una demanda para obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por una cláusula suelo que reúne los requisitos para ser calificada como abusiva.

v) En la fecha de redacción de este artículo, no hay pronunciamientos del TJUE ni del TS sobre esta cuestión y las resoluciones de juzgados y audiencias provinciales son discordantes.

En la agenda pública de señalamientos del TS, tampoco está previsto ningún recurso que permita abordar estas cuestiones en un plazo breve.

En todo caso, el TJUE está tramitando algunas cuestiones prejudiciales que pueden facilitar elementos de juicio novedosos:

Cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Alicante (AAP Alicante, Sección 8ª, de 2 de septiembre de 2019).

Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera instancia 17 de Palma, registrada como C-224/19, en uno de cuyos apartados pregunta «si a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (art. 6.1 y 7.1), los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una

cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional».

Además, otras dos cuestiones (C-698/18 y C-699/18), han sido publicadas en el DOUE de 11 de febrero de 2019, y han sido planteadas por tribunales rumanos, confrontando la legislación sobre prescripción interna (que parece guardar algunas similitudes con la española) directamente con la Directiva 93/13.

No obstante, la resolución de las mismas no se prevé próxima.

3

Tesis de la acción única e imprescriptible o de la extensión de la imprescriptibilidad a la acción de remoción de efectos.

Los argumentos favorables a esta tesis son los siguientes:

i) En los supuestos de nulidad absoluta, las relaciones afectadas por esa declaración son inexistentes en derecho y no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo.

- Así lo establece el TS en pronunciamientos sobre la nulidad “clásica” (STS 21 enero 2003, ROJ: STS 224/2003; 24 abril 2013, ROJ: STS 2753/2013; 6 octubre 2016, ROJ: STS 4283/2016; STS 19 noviembre 2015, ROJ: STS 4891/2015; y STS 496/2008, de 29 de mayo, ROJ: STS 2593/2008.
- Se cita también la sentencia de 25 de marzo de 2013 (ROJ: STS 2456/2013) que, en un supuesto de nulidad absoluta por simulación, afirmó que «en ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada -"ex nihilo nihil"-».

ii) La reclamación de las cantidades indebidamente pagadas se fundamenta en la nulidad que deriva de la infracción de una norma imperativa y prohibitiva, como es la legislación sobre protección de consumidores y usuarios nacional y comunitaria y no, estrictu sensu, en la regulación del Código Civil.

Así, ni el TRLGDCU ni la LCGC establecen plazos de prescripción o caducidad para las acciones de remoción de efectos de la nulidad.

iii) En todo caso, el artículo 1.303 del Código Civil dispone que: “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”.

Parece que el efecto de la restitución se produce por disposición expresa de la ley, sin necesidad de accionar esa pretensión.

iv) Frente al principio de seguridad jurídica que se impone al defender el carácter prescriptible de la acción de remoción, debe ponderarse, igualmente, el de justicia. Así, la prescripción debe interpretarse con carácter restrictivo y siempre y cuando esté justificada. Lo que plantea la duda de si lo está cuando su aplicación puede conllevar que

el consumidor no recupere las cantidades de dinero entregadas, con base en cláusulas abusivas y que se han declarado nulas.

v) La posibilidad de prescripción de una eventual acción de remoción conllevaría la convalidación de la eficacia de la cláusula nula y la contravención de los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13: principios de equivalencia y de no vinculación. Igualmente, podría conculcarse el principio de efecto disuasorio.

- Principio de Equivalencia: La STS de 25 de marzo de 2013 antes comentada dispone que “la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada - " ex nihilo nihil ".

Además, en la STS N° 558/2017 de 16 de octubre se indique con extraordinaria claridad que: “3.- (...) No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión europea”.

- Principio de No vinculación: La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, 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, lo que sería incompatible con la aplicación de plazos de prescripción. La retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos ex tunc, no sería posible si se estableciera un plazo de prescripción o de caducidad”.
- Principio de Efecto disuasoria: El tiempo que transcurre desde que una cláusula

puede ser declarada abusiva hasta que hay un pronunciamiento definitivo sobre dicha abusividad es amplio. Tener que litigar sin que exista certeza sobre el pronunciamiento definitivo, so pena de que la acción de restitución pueda ser declarada prescrita, supone obligar al consumidor a asumir unos riesgos excesivos, a la par que no desincentiva a las entidades de crédito para seguir usando esas cláusulas abusivas, dado que la institución de la prescripción jugará a su favor.

- vi) La doctrina del TS reconoce la unidad de acción y el carácter ex lege de los efectos de la nulidad en sus tesis más clásicas.

Son muy numerosas las sentencias de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias N° 105/1990, de 24 de febrero; 120/1992, de 11 de febrero; 772/2001, de 20 de julio; 81/2003, de 11 de febrero; 812/2005, de 27 de octubre; 934/2005, de 22 de noviembre; 473/2006, de 22 de mayo; 1385/2007, de 8 de enero de 2008; 843/2011, de 23 de noviembre, 557/2012, de 1 de octubre, y 265/2015 de 22 de abril, entre otras muchas) que recogen aquella doctrina con arreglo a la cual:

“no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, consecuencias que son aplicables de oficio como efecto "ex lege", como sucede con el efecto restitutorio del Art. 1303 del Código Civil”.

Lo cual “no solo resulta predicable cuando la declaración de nulidad afecta al negocio jurídico al completo, sino también cuando lo anulado es exclusivamente una cláusula concreta cuya aplicación hubiese conllevado efectos que habría que retroceder para restituir el estado de cosas a una justa situación”.

Por tanto, el efecto restitutorio constituye “una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual”, llegando a afirmar la STS de 11 de febrero de 2003 que esa consecuencia implícita “opera incluso con independencia de si se recoge o no en la parte dispositiva de la sentencia”.

vii) Los efectos de la nulidad no son únicamente restitutorios.

El Voto particular de la SAP Madrid, Sección 28ª, de 11 de septiembre de 2019 dispone a propósito de esto lo siguiente:

“La nulidad puede dar lugar no solo a la restitución de las recíprocas prestaciones, sino también a consecuencias indemnizatorias – y se plantea en la jurisprudencia y la doctrina cual debe ser el alcance de la indemnización en estos casos – o cancelatorias de las inscripciones practicadas en virtud de un título nulo. Resulta fácil adivinar, por otra parte, la multitud de controversias que surgirían además en la determinación del cómputo inicial de los diversos plazos prescriptivos, lo que afecta también a la necesaria seguridad jurídica, introduciendo unas controversias innecesarias en el régimen de nulidad, pues sus efectos son inherentes a la declaración.

De seguir el planteamiento meramente formal que consiste en que todas las acciones prescriben también habríamos de afirmar que la acción cancelatoria prescribe, lo que incluso podría afectar al principio de exactitud registral, de manera que el título sería declarado nulo pero la cancelación de la inscripción no se podría obtener si hubiera prescrito la acción. La Ley Hipotecaria también concibe la cancelación de las inscripciones como un efecto derivado de la nulidad, al igual que la restitución en el Código civil.”

viii) Son muchos los litigios en los que la parte demandante ha solicitado la declaración de nulidad y la restitución y la parte demandada ha invocado la prescripción de la acción.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, al proclamar el carácter imprescriptible de la acción de nulidad, no ha efectuado discriminación alguna entre la pretensión declarativa y la restitutoria.

Ha sucedido así, de manera reiterada, en todos los litigios en los que se han ejercitado acciones de anulabilidad por vicios del consentimiento causados por error/dolo contra productos bancarios complejos, como, por ejemplo, los swaps, las participaciones preferentes, la deuda subordinada o las acciones de algunas entidades bancarias, entre otros.

ix) A propósito, exclusivamente de la cláusula de imputación de gastos al prestatario, el hecho de que el pago de lo que se pretende recuperar se efectuara a un tercero y no a la entidad de crédito, tampoco justifica un tratamiento diferente.

La STJUE de 14 de marzo de 2019 nos dice, con cita de otras, que “el Tribunal de Justicia también ha resuelto que esa disposición (se refiere al Art.

6-1 de la Directiva 93/13) debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)”.

De lo que se trata, por tanto, es de restablecer una situación a su momento inmediatamente anterior a que dicha cláusula abusiva fuera firmada. No se trata simplemente de restituir, sino de restablecer de la manera que sea.

4 Tesis de las dos acciones con plazo de prescripción: autonomía de la acción de remoción de efectos de la abusividad.

Los argumentos favorables a esta tesis son los siguientes:

i) El art. 1930 párrafo 2º CC establece la regla general por la cual las acciones, “de cualquier clase que sean”, se extinguen por la prescripción.

Por tanto, la regla general es la prescriptibilidad de las acciones, excluyendo las acciones que el Código Civil u otras normas declaran imprescriptibles (algunas acciones de filiación, la acción de división de la cosa común o de partición de herencia, la acción de deslinde y amojonamiento...).

Ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico declara la imprescriptibilidad de las acciones de remoción de efectos

derivados de la nulidad por abusividad de una cláusula contractual. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación solo considera imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (artículo 19.1) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (artículo 19.4), pero no las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o de nulidad (artículo 8).

ii) La acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisa de un pronunciamiento judicial (la cláusula abusiva es nula porque la ley dice que lo es), salvo para deshacer la apariencia negocial o para vencer la resistencia de quien sostiene la validez, pero las acciones de remoción de efectos son pretensiones de condena a las que debe aplicarse la regla de la prescripción.

Así, el fundamento de la prescripción de las acciones no concurre en la acción de nulidad, pero sí en la acción de remoción de sus efectos.

iii) Existe Jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce esta tesis:

Así, la clásica STS de 27 de febrero de 1964 distingue entre la prohibición perpetua de accionar sobre la base de lo originariamente inválido y la creación de «situaciones de hecho que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción», lo que explica que los arts. 1295 y 1306 CC regulen las obligaciones de las partes en la remoción de los efectos de los contratos rescindidos o nulos por causa torpe.

Además, sostienen los defensores de esta tesis, el tratamiento que recientes resoluciones del Tribunal Supremo dan a las acciones colectivas y a sus efectos, como la STS de 15 de marzo de 2018 (ROJ: STS 848/2018), parece confirmarlo.

Ésta afirma que son los tribunales quienes deciden y concretan «en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación».

v) La jurisprudencia del TJUE convalida la existencia de plazos razonables de prescripción, lo que es el caso.

La STJUE Caso Gutiérrez Naranjo dispone que la prescripción no resulta contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, siempre que el plazo de prescripción resulte razonable, como ocurre en nuestro Derecho con los plazos de prescripción de las acciones personales (artículos 1964 del CC ó 121.20 del CCCat).

En semejantes términos se pronuncia la STJUE de 6 octubre de 2009 (Asunto C 40/08, apartado 41).

vi) El Artículo 4: 1 1 5 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en los que las cláusulas abusivas se regulan como un supuesto de anulabilidad, dispone a propósito de los efectos de la anulación:

“Efectos de la anulación: En caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio. Si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido.”

La redacción reconoce dos pretensiones bien diferenciadas: la de anulación y la de reclamación de la restitución.

vii) Esta tesis resulta mayoritaria en las Audiencias Provinciales que se han pronunciado hasta este momento: la SAP Burgos, Sección 3ª, 352/2018, de 28 de septiembre; la SAP Zaragoza, Sección 5ª, 479/2018, de 15 de junio; la SAP La Rioja, Sección 1ª, 59/2018, de 21 de febrero; la SAP Valladolid, Sección 3ª, 68/2018, de 13 de febrero; la SAP Valencia, Sección 9ª, 66/2018, de 1 de febrero; la SAP Barcelona, Sección 15ª, 923/2018, de 12 de diciembre; la SAP Murcia, Sección 4ª, 1070/2018, de 10 de enero de 2019; y la SAP Lugo, Sección 1ª, 283/2019, de 2 de mayo.

viii) La doctrina mayoritaria se inclina por esta tesis.

ix) En cuanto a la cláusula de gastos, específicamente: Declarada la nulidad de la cláusula de repercusión de gastos hipotecarios al prestatario, la acción no es restitutoria o de devolución de las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la cláusula, sino que se trata de una acción de reembolso de cantidades percibidas por terceros que pueden ser el notario, el registrador, el gestor o la Agencia Tributaria.

ix) En todo caso, una consecuencia muy relevante de esta tesis es que las partes demandantes habrán de ejercitar, necesariamente, ambas acciones de manera acumulada. El olvido de la pretensión de restitución o remoción puede dar lugar a ulteriores problemas de cosa juzgada. No obstante, esta polémica excede del objeto de este análisis.

5

Tesis de las dos acciones: plazo de prescripción

Sin perjuicio de lo anterior, la segunda de las tesis expuestas sigue planteando varias cuestiones controvertidas que merecen ser analizadas.

Por una parte, hay que analizar cuál sería el plazo de prescripción que se aplicaría a dicha acción.

i) BASE JURÍDICA:

El vigente artículo 1964 del CC establece que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años “desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”; y el art. 1969 del CC 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”.

Además, el artículo 121-23.1 del CCCat. dispone: “El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse.”

ii) TESIS EXISTENTES:

Si bien, se defiende por sectores minoritarios que el plazo de la acción de remoción ha de ser el de 4 años previsto en el artículo 1.303 CC, lo cierto es que esta tesis debe rechazarse, teniendo en cuenta que dicho precepto regula específicamente el plazo de caducidad/prescripción de la acción de anulabilidad.

Lo razonable es aplicar el plazo de 5 años (antes 15) previsto en el artículo 1.964 CC, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una acción individual que carece de uno específico.

Conviene destacar los problemas del régimen transitorio derivados de la reforma operada en el artículo 1964 CC por la Ley 42/2015, que redujo el plazo general de quince a cinco años. En estos supuestos, resulta de aplicación la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 42/2015 y el artículo 1939 CC, al que se remite, de modo que en los contratos celebrados antes del 7 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la reforma, si no estaban prescritos por aplicación del plazo de los quince años, se producirá la prescripción a los cinco años desde la entrada en vigor, es decir, el 7 de octubre de 2020.

La STS de 20 de enero de 2020 (ROJ: STS 21/2020) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el efecto de dicha reforma en los siguientes términos:

“La Ley 42/2015 entró en vigor el 7 de octubre de 2015. La aplicación de su Disposición transitoria quinta, en relación con el art. 1939 CC, al que se remite, puede dar lugar a diversas 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, esas situaciones pueden ser las siguientes:

(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.”

Por su parte, en Cataluña, el plazo que resulta de aplicación es el de diez años previsto en el artículo 121-20.1 del CCCat.

6

Tesis de las dos acciones: dies a quo

Resuelto el problema de del plazo de prescripción aplicable, resta por analizar el momento en el que el mismo empieza a contar.

i) BASE JURÍDICA:

El Artículo 1969 CC dispone 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”.

Por su parte, en Cataluña, el dies a quo se fijará conforme al art. 121-23 CCCat, que dispone que “el plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse”.

ii) TESIS:

Se pueden distinguir tres posiciones enfrentadas. Procede valorarlas una a una:

a) Un primer sector de la doctrina jurisprudencial y científica se inclinan por contar el plazo desde la fecha de realización de los pagos indebidos que son objeto de pretensión de restitución.

Son favorables a esta tesis la SAP Valencia, Sección 9ª, 66/2018, de 1 de febrero, y las SSAP de Madrid, Sección 28ª, de 11 de septiembre y de 7 de noviembre de 2019 (ROJ: SAP M 15074/2019)

Los partidarios de esta tesis sostienen que el abono cuya restitución se pretende es el que determina efectivamente la disminución patrimonial para el consumidor. Por tanto,

desde ese momento puede ejercitarse la acción.

b) Otro sector defiende que el plazo debe computarse desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo declarativa de la nulidad de la cláusula en cuestión:

Para la cláusula suelo, la de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, luego el TJUE corrigió la interpretación de los efectos retroactivos y el Tribunal Supremo corrigió su primer pronunciamiento mediante la STS de 24 de febrero de 2017 (previa STJUE de 21 de diciembre de 2016).

Para la de gastos, la de 23 de diciembre de 2015. Sin embargo, luego ha dictado la de 23 de enero de 2019, que crea doctrina jurisprudencial.

Esta divergencia jurisprudencial parece desaconsejar la aplicación de esta tesis. Así, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ya determinó que la sentencia de 9 de mayo de 2013 no podía tomarse como referencia para fijar la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

c) Finalmente, otro sector defiende que el plazo debe empezar a contarse desde la declaración de nulidad de la concreta cláusula.

Son argumentos favorables a esta tesis los siguientes:

1) Es la única forma de no contravenir el artículo 1969 CC en lo relativo a la acción nata: Cuando el consumidor paga, desconoce la nulidad de la cláusula en virtud de la cual se paga.

Si el dies a quo del cómputo de la prescripción comienza antes de que el interesado conozca que puede ejercitar la acción, se está castigando indebidamente la inactividad del titular del derecho al que se le reprocha no haberlo accionado cuando no conocía tan siquiera el

fundamento para ello. En este sentido, destaca la STS de 25 de marzo de 2009.

2) Se evita vaciar de contenido la acción de nulidad, que no tendrá consecuencias jurídicas si es la única que resulta estimada.

3) Se evita una situación de enriquecimiento injusto de la entidad bancaria y de empobrecimiento doble del consumidor: la no recuperación de lo pagado indebidamente y, además, debe hacerse cargo de los gastos del proceso al no haber condena en costas.

4) La acción de restitución es accesoria de la de declaración de nulidad.

La declaración de nulidad es la que fundamenta y permite el ejercicio de la acción de reclamación de cantidad, por lo que el plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción ha de quedar subordinado a la declaración judicial de nulidad.

Como antes he indicado, en estos términos se pronuncia el Artículo 4: 1 1 5 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

5) Es la única forma de no contravenir el principio comunitario de no vinculación y de conseguir un efecto disuasorio del empleo de cláusulas abusivas.

No vinculación: La STJUE de 31 de mayo de 2018 (Asunto C-483/2016) establece: «34. (...) 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».

Efecto disuasorio, teniendo en cuenta el tiempo que transcurre desde que una cláusula puede ser declarada abusiva por primera vez, hasta que hay un pronunciamiento definitivo sobre la misma que genera seguridad jurídica.

6) Son resoluciones favorables a esta tesis las siguientes:

En este sentido se pronuncia el Acuerdo publicado el 8 de mayo de 2019 adoptado en el Pleno no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, “al ser la declaración de nulidad la que fundamenta y permite el ejercicio de la acción de cantidad subsiguiente”.

En parecidos términos se pronuncia la SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 22 de marzo de 2018 que considera “que, encontrándonos ante un supuesto de nulidad absoluta, las relaciones afectadas por la misma, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, considerando que el plazo para la reclamación de los efectos restitutorios derivados de la acción de nulidad comienza una vez obtenida ante los tribunales la declaración de nulidad, pues hasta entonces no podría haber formulado su reclamación por mantener apariencia de eficacia la cláusula nula”.

Finalmente, la SAP La Rioja, Sección 1ª, de 21 de febrero de 2018 afirma que “el dies a quo para la reclamación de cantidad de una cláusula declarada nula comienza con la firmeza de la declaración de nulidad, pues en este sentido reza el artículo 1971 del CC conforme al cual: «El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme»”.

i) Nos encontramos ante una controversia jurídica y judicial de la que depende el resultado efectivo de un gran número de pleitos cuyo objeto son acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación por contener los contratos en cuestión cláusulas abusivas. En los mismos, son partes demandantes sujetos que ostentan la condición de consumidores.

ii) No parece que la misma vaya a resolverse de manera definitiva, favoreciendo la seguridad jurídica, en breve. Ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea van a pronunciarse en los próximos meses.

iii) La protección de los consumidores se erige como principio rector de la política económica de nuestro Estado, de acuerdo con el artículo 51 de la Constitución.

iv) Las tesis favorables al reconocimiento de un plazo de prescripción cuyo cómputo se inicie en un momento anterior al de la concreta declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva contenida en cada contrato conculca los principios de derecho comunitario de equivalencia, de no vinculación y de efecto disuasorio.

v) Estas mismas tesis suponen, en la práctica, impedir a millones de consumidores la posibilidad de recuperar sumas de dinero abonadas con base en cláusulas abusivas y, en consecuencia, nulas de pleno derecho.

vi) La normativa protectora de consumidores y usuarios ha comenzado a aplicarse, con todo su rigor en nuestro país, muy recientemente, habiendo utilizado las entidades bancarias cláusulas abusivas masivamente desde hace varias décadas sin que, hasta este momento, los tribunales hayan dado una respuesta adecuada.

7

Conclusiones

Análisis de algunas cláusulas abusivas

El aval con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión, la “cláusula cero” y el seguro de impago

Diego Gutiérrez Alonso

Magistrado Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Lleida

1. El aval con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.

La STS de 27 de enero de 2020 ha resuelto sobre la posible nulidad de una cláusula dentro de un préstamo hipotecario en la que se pacta un aval con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión.

Desestimada la nulidad de la cláusula, la parte demandante y consumidora recurre en casación y plantea al Tribunal Supremo si las resoluciones del TJUE de 3 de septiembre de 2015 y de 19 de noviembre de 2015, alteran la doctrina de la Sala, que considera el aval como una obligación autónoma, accesoria y subsidiaria. El TS considera que esas sentencias no alteran la naturaleza del aval como contrato diferenciado pero ello no excluye que se pueda aplicar la directiva sobre cláusulas abusivas y por lo tanto el control de incorporación y de transparencia sobre su

redacción (a diferencia de la instancia que no les aplicó la LCGC ni la normativa sobre protección de consumidores, por ser un contrato autónomo).

También resulta interesante que el TS considera de aplicación a este contrato de aval el artículo 88.1 del TR, que no permite la imposición de garantías desproporcionadas. Indica el Alto Tribunal que “la *tacha de abusividad se predica en este caso respecto de las “cláusulas o estipulaciones” que constituyan imposición de garantías desproporcionadas, y no del íntegro contrato de garantía que las contenga (salvo que se dé el supuesto previsto de inviabilidad del contrato, conforme al art. 9.2 LCGC, por afectar la nulidad de la cláusula a uno de los elementos esenciales del contrato”*. Sin embargo se lleva a cabo una interpretación extensiva “conforme al principio pro consumatore que inspira la moderna legislación sobre las relaciones de consumo, principio que en nuestro Ordenamiento tiene arraigo constitucional

(art. 51 CE), estriba en la necesidad de atender a la finalidad tuitiva que subyace en esta concreta materia en la jurisprudencia del TJUE antes reseñada, en relación a un contrato (fianza) que expone eventualmente al fiador a un riesgo elevado, y que se refleja en particular de forma destacada en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcău)". A ello se suma la estrecha dependencia del contrato de fianza respecto al contrato del que surge la obligación principal garantizada.

Es interesante la referencia al principio *pro consumatore* y sería deseable que se utilizase en futuras decisiones como la relativa a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad derivada de la nulidad de cláusulas. Así, de entre las diferentes posibilidades sobre el *dies a quo* en el cómputo de la prescripción debería atenderse a la más restrictiva y favorable al consumidor.

Se indica en esta sentencia, eso sí, que es preciso que pueda apreciarse con claridad la desproporción entre la garantía impuesta y el riesgo asumido por el acreedor, y para ello enumera una serie de factores que pueden tenerse en cuenta:

- a) el importe de la totalidad de las cantidades garantizadas por todos los conceptos mediante la hipoteca (capital, intereses y costas),
- b) la tasación de los inmuebles hipotecados,
- c) las cantidades no cubiertas por dicha cifra de responsabilidad por la hipoteca (vid. v.gr. las limitaciones que respecto de los intereses de demora impone el art. 114 LH),
- d) las limitaciones que impone la legislación del mercado hipotecario en cuanto a la proporción máxima entre la tasación de los inmuebles hipotecados y el capital prestado,
- e) la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC y 105 LH),
- f) la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor,
- g) su ajuste o no a su normativa específica (disposición adicional 1.18ª LGDCU: "[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica"),
- h) el riesgo de depreciación del inmueble hipotecado (por razón de daños materiales, limitaciones urbanísticas u otras), etc.

Se trata por lo tanto de una enumeración ejemplificativa de factores que podrían tenerse en cuenta para valorar si la garantía es desproporcionada. El carácter abusivo de una garantía desproporcionada debería apreciarse de oficio si es posible, si bien parece que para ello sería necesario recabar elementos o datos de los que no se dispone normalmente en el momento inicial del procedimiento. Cabría aplicar la doctrina del TJUE (**Caso Pannon, STJUE de 4 de junio de 2009, nº C-243/2008**) con la finalidad de obtener

todos los elementos de hecho necesarios para valorar si la garantía es desproporcionada antes del despacho de ejecución. Para ello podría solicitarse de la entidad financiera el informe del departamento de valoración de riesgos o la aportación de informes relativos a préstamos en los que se ha exigido aval y otros informes en los que no se ha exigido, para constatar los criterios seguidos para ello.

El momento conveniente para controlar de oficio el carácter abusivo de la garantía por excesiva, será cuando la ejecución se dirija frente al garante, una vez que ejecutado el inmueble, el importe del remate no permita cubrir toda la deuda reclamada.

El artículo 682. 2, 1º de la LEC establece que el precio en el que se tase el inmueble para que sirva de tipo de subasta no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación establecido conforme a la LMH. Por lo tanto, partiendo del valor de tasación del inmueble, el tipo de partida para la subasta podría ser un 75% y respecto de ese tipo el artículo 671 de la LEC establece para los supuestos de subasta sin ningún postor que *“Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien”*. Así, desde un punto de vista estrictamente formal podría decirse que la entidad prestamista, al menos en los primeros años del préstamo, no sería casi nunca capaz de recuperar todo el importe prestado en una ejecución si no obtiene alguna garantía adicional. Sin embargo para concluir si el valor del inmueble es suficiente para poder recuperar el capital prestado y los intereses, no ha de atenderse tanto a esas reglas formales sino al efectivo valor del inmueble en el momento de la contratación. Es en ese momento en el que la entidad financiera, partiendo de dicho valor, concede un

capital prestado. De otro modo estas normas de ejecución siempre justificarían la exigencia de garantías adicionales.

Finalmente el TS concluye que la garantía no es desproporcionada en este caso concreto atendiendo a los factores indicados. También añade esta sentencia que *“la mera existencia de varias garantías respecto de un mismo crédito no supone per se incurrir en la situación de sobregarantía proscrita por la disposición adicional 1ª.18 LGCU, pues el art. 1844 CC admite la existencia de dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, y del art. 1860 CC se deduce la admisión de que para el aseguramiento de un mismo crédito se den varias cosas en prenda o hipoteca, y que la posibilidad de la concurrencia cumulativa de garantías personales y reales deriva del art. 105 LH al prescribir que la hipoteca “no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil”*.

Respecto al control de incorporación y transparencia de esta cláusula o contrato de afianzamiento, el Tribunal Supremo concluye que *“se observa que la redacción de los términos de la fianza son claros, pues no contiene una exposición farragosa e innecesariamente extensa u oscura; se encabeza con un epígrafe breve e inequívoco (“Afianzamiento”) que aparece destacado en mayúsculas y negrita; y su contenido no se limita a referirse a la renuncia de los reiterados beneficios de excusión, orden y división, sino que incorpora una explicación breve y clara sobre sus consecuencias jurídicas y económicas al afirmar que “[...] afianzan, con carácter solidario, de suerte que la Caja pueda dirigirse indistintamente contra el acreditado, contra todos los fiadores o contra uno solo de ellos, [...]”*.

Finalmente hay que tener en cuenta que el artículo 1822, párrafo segundo, del CC prevé expresamente la fianza solidaria, de manera que es un tipo de fianza que las

partes pueden pactar “y que el pacto de solidaridad excluye por sí mismo, sin necesidad de renuncia, tanto el beneficio de excusión (art. 1831.2º CC), como el de división (art. 1837, párrafo primero, del CC). Por lo que la nulidad de dichas renunciaciones por su eventual abusividad, en caso de que pudiera estimarse posible a pesar de estar expresamente prevista en el Código, carecería de todo efecto útil, al coincidir sus efectos con los propios de la fianza solidaria con arreglo a la regulación dispositiva prevista en el propio Código”. En definitiva si la fianza solidaria excluye esos beneficios, su renuncia no es relevante porque se renuncia a unos derechos que no se tienen por lo dispuesto en la propia ley.

2. La “cláusula cero”.

Con motivo de la bajada de los tipos de interés es habitual empezar a oír comentarios sobre si las entidades financieras deberían pagar intereses a los prestatarios cuando los tipos sean negativos. Puede parecer un comentario jocoso y desde luego opino que la naturaleza del préstamo no podría dar lugar en ningún caso a que el prestamista pagase al prestatario por haberle dejado dinero.

Sin embargo, a pesar de ello, empezamos a tener noticias y a ver cláusulas redactadas por las entidades financieras para evitar que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sea inferior a cero. Es lo que se viene a denominar “cláusula cero”. Podemos distinguir, siguiendo a la doctrina entre cláusula cero pura y cláusula cero mixta.

La cláusula cero pura es aquella actúa sobre toda la suma del Euribor (o el índice pactado) y el diferencial, de manera que se evita en todo caso que el interés

remuneratorio sea inferior a cero. Esta cláusula no afecta al precio del préstamo sino que pretende evitar una eventual remuneración a favor del prestatario si el interés fuese negativo. Por ello no afecta al elemento esencial del contrato y no sería de aplicación la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013, es decir, no afecta al precio estrictamente puesto que no implica una mayor carga económica para el prestatario. Es muy dudoso que el prestatario se haya representado mentalmente que podría llegar a recibir dinero como prestatario por lo que no puede decirse que no tenga adecuada información sobre el alcance económico del mismo (en este sentido se han pronunciado la **SAP Valladolid de 7 de junio de 2018**, **SAP Álava de 16 de mayo 2019** y **SAP Girona de 20 de septiembre de 2019**).

La cláusula cero mixta solo actúa sobre el Euribor (o el índice pactado), de manera que el diferencial se sigue sumando y se convierte en un suelo. Se trata de un suelo en algunos casos bajo, pero impide que en cierto momento los intereses sean cero y por lo tanto cabe aplicar plenamente la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013. Por ello debería informarse de la carga económica que supone que ese diferencial siempre se vaya a sumar y nunca se vaya a conseguir un interés cero.

3. El seguro de impago o de protección de pagos.

Es habitual que en determinados tipos de préstamo personal nos encontremos con cláusulas o referencias a un seguro de impagos. En ocasiones se trata de una simple cláusula descriptiva, con dos cuadrados para rellenar o seleccionar aceptando o rechazando dicha cobertura.

La contratación de un seguro para cubrir contingencias como el fallecimiento,

desempleo o incapacidad temporal o permanente no supone en sí mismo un desequilibrio que genere algún perjuicio patrimonial ya que la prima satisfecha se corresponde con la cobertura de esos riesgos. Ahora bien, lo que es necesario es que ese seguro no se haya impuesto como condición para contratar. En efecto, el artículo 89.4 del TRLGDCU considera cláusula abusiva *“La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”*. Obviamente deberá acreditarse esa imposición por la parte prestataria.

Además es necesario que se haya prestado el consentimiento a dicho seguro de forma expresa. No es infrecuente encontrar reclamaciones de entidades financieras en las que se incluyen las primas impagadas y sin embargo no consta aceptado el seguro por no estar marcada la casilla correspondiente. Como ha señalado la **SAP de Pontevedra de 7 de octubre de 2019**, no basta con haber ido efectuado el pago de las primas como una suerte de consentimiento tácito, sino que es preciso haber aceptado de forma expresa dicho seguro.

Partiendo de la aceptación de esa cobertura, hay que tener pasar a analizar la incorporación y transparencia de esa cláusula o cláusulas. En cuanto a la incorporación hay que tener en cuenta que es de aplicación la LCGC y la Ley de Contrato de Seguro. El artículo 7 de la LCGC establece que es necesario que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer las condiciones por lo que no será suficiente con una cláusula insertada dentro de todo el clausulado de un préstamo. Un prestatario no puede pensar ni conocer que dentro de un préstamo se está contratando al mismo tiempo un seguro si ello no se resalta o se indica de forma clara. Es importante por lo tanto el lugar dónde se ubica la firma en el contrato o el tamaño de la letra. También ha de tenerse en cuenta que al tratarse de un seguro es de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 LCS: *“El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca”*. En la misma línea el artículo 63 del TRLGDCU establece la obligación de entregar las condiciones generales.



Análisis de algunas cláusulas abusivas

La carga de la prueba de la entrega de las condiciones le corresponde a la entidad prestamista. Es discutible que baste con la firma de una cláusula estereotipada en la que se indique que el asegurado ha recibido las condiciones generales.

En cuanto al control de transparencia es importante que el cliente tenga conocimiento del alcance o carga económica que supone el seguro. Es decir, debería de informarse de forma clara y expresa del importe que implica la devolución del préstamo, y de la cantidad adicional que se suma a la cuota por la contratación del seguro. Ha de evitarse que el prestatario piense que dentro de la cuota del préstamo está incluido un seguro, como si no tuviese coste alguno.

Otro problema que deriva de este tipo de seguro asociado a los préstamos es su funcionamiento o forma de operar. En principio se trata de un seguro en beneficio del prestatario de manera que cuando se dejan de pagar las cuotas, normalmente por circunstancias como el desempleo, la entidad aseguradora debería cubrir ese impago. Sin embargo la entidad aseguradora suele pertenecer al mismo grupo que la entidad financiera por lo que se reclama al prestatario el importe de las cuotas en cualquier caso. Incluso en algún supuesto se ha negado la legitimación activa del asegurado por no ser el beneficiario de la póliza. No obstante la **STS de 5 de abril de 2017**, en un seguro vinculado a un préstamo hipotecario, reconoce la legitimación activa del asegurado ante la pasividad de la entidad beneficiaria para reclamar la cobertura por invalidez permanente absoluta.

El prestatario demandado se encuentra con el problema de que no existe un trámite procesal que permita oponer la existencia de ese seguro o que le permita llamar al procedimiento a la entidad aseguradora. Así, el prestatario demandado debería acudir a otro procedimiento declarativo para conseguir que la aseguradora asumiese el pago del préstamo. Pero aun cuando se pudiera reclamar el pago en otro procedimiento a la entidad aseguradora, se da una contradicción interna, en el propio funcionamiento del seguro. En efecto, el impago de la cuota del préstamo, que comprende a su vez la prima del seguro, da lugar a que conforme al artículo 15 de la LCS se pueda suspender la cobertura pasado un mes después del vencimiento e incluso dar por resuelta la póliza de seguro trascurridos seis meses desde el vencimiento de la prima. De este modo, el seguro de impago no se puede hacer valer precisamente porque se ha producido el impago. Por ello el seguro de impago se convierte más en un coste adicional para el prestatario que en un auténtico beneficio para él.

Por último, en cuanto a las consecuencias de la falta de incorporación o transparencia de esta cláusula o contrato de seguro, es importante indicar que la nulidad de ese aseguramiento podría ser perjudicial para el prestatario si pretendiese hacerlo valer en un procedimiento. Por ello no es recomendable apreciar de oficio esa nulidad o al menos hacerlo sin antes haber recabado la opinión del prestatario asegurado.

Algunas consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye todos los gastos a la parte prestataria

Ana García Orruño

Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Bilbao

Tras la **STS 23-12-15, rec. 2658/2013**, que declaró la nulidad, de la cláusula que atribuye al prestatario en préstamos con garantía hipotecaria todos o la mayor parte de los gastos propios de la formalización, inscripción, gestión y tributación se inició un aluvión de demandas judiciales por las cuales se solicitaba la declaración de nulidad de dicha cláusula. Esta doctrina fue reiterada por el alto Tribunal en sus sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo. Sin embargo y aun cuando los pronunciamientos sobre la nulidad han sido prácticamente unánimes y concluyentes, lo cierto es que los efectos que dicha nulidad conlleva han sido objeto de discrepantes respuestas por la doctrina y los Tribunales en los miles de asuntos que cada año se resuelven por los juzgados de Primera Instancia, si bien tras **las sentencias 44, 46, 46. 48 y 49/2019 de 23 de enero, del Pleno** parte de la casuística que se observaba se

ha unificado. No obstante sectores doctrinales han considerado que tal doctrina jurisprudencial puede ser contraria al principio de no vinculación y la prohibición de moderación y por ello se han planteado una serie de cuestiones perjudiciales por parte del Juzgado Primera Instancia nº 6 de Ceuta (Asuntos C-732/19; C-523/19, C-522/19; C-482/19; C-455/19; C-452/19; y C-259/19) y el número 17 de Palma de Mallorca (C-224/19), Audiencia Provincial de Alicante AAP Alicante, sección 8 de 2/09/2019 (ROJ:AAP A 395/2019) C-691/19) y Juzgado Mercantil número 1 de Badajoz, relativas a la distribución de gastos, prescripción de la acción, costas...

1. PREMISAS DE LAS QUE PARTIR

Las SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, del pleno han establecido doctrina

jurisprudencial sobre concretos gastos (además de sobre la cláusula que contiene la comisión de apertura): impuesto de actos jurídicos documentados, aranceles de notario y registrador y gastos de gestoría. No obstante, nada se ha dicho por el alto tribunal en relación con los gastos de tasación.

El alto Tribunal establece dos premisas:

1. Son pagos que se han hecho a terceros, y no a la entidad bancaria prestamista, en concepto de honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. Por ello la declaración de abusividad de la cláusula que imponen con carácter general el abono de la totalidad de los gastos al prestatario no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

2. El pago de esas cantidades previamente abonadas por el prestatario son a cargo de la parte a la que correspondiera, según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato su abono si no hubiese existido dicha cláusula abusiva.

De esta jurisprudencia se extrae que una vez declarada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato y por ello cada parte, prestatario y prestamista deberán abonar cada uno de los gastos que conforme a nuestro ordenamiento jurídico le corresponde y ello por cuanto que el **efecto restitutorio previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable en estos supuestos** ya que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador etc...), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. **No se trata tampoco de una obligación indemnizatoria por el incumplimiento contractual que nuestro ordenamiento civil regula en el art. 1101 CCv** y ello porque no ha existido un incumplimiento en la prestación, sino que se dispuso una condición por el prestamista en términos que determinan su abusividad y acarrear la nulidad. *El art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho* en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, (STJUE de 31 de mayo de 2018) y “tenerse por *no puestas*” (art. 83 TRLGDCU), para que no produzca ningún efecto.

El Alto Tribunal considera que esta *situación es asimilable tanto al enriquecimiento injusto*, ya que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor, como al **pago de lo indebido**, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía (la *sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre*).

2. DISTRIBUCIÓN DE LOS CONCRETOS GASTOS (STS 44, 46, 47, 48 Y 49/2019, DE 23 DE ENERO.)

ARANCELES NOTARIALES

1.- los costes del otorgamiento de la escritura deben distribuirse por mitad.

2.- En el caso de la escritura de modificación del préstamo hipotecario también procede dicha distribución al cincuenta por ciento ya que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- Respecto de los gastos notariales de cancelación de la hipoteca, el único interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde éste el gasto.

4.- Las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quién las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

El criterio de la nueva ley de contrato de créditos inmobiliarios en su artículo 14. 1 e) II indica que es el prestamista quien asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y las copias serán abonadas por quien las solicite. Esta previsión no tiene aplicación retroactiva.

ARANCEL REGISTRAL

El Tribunal Supremo, indica que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto

La actual ley de contratos de créditos inmobiliarios en su artículo 14.1 e) III establece, que los gastos de inscripción de la garantía en el Registro son a cargo de la entidad prestamista.

IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Este es habitualmente el gasto de mayor entidad económica. La vigente ley de contrato de créditos inmobiliarios (artículo 14.1 e) IV) indica que el pago se realizará de conformidad con la normativa tributaria. El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado el 22 de noviembre), atribuyó su pago al prestamista. Esta norma, solo es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna. Por ello, en los supuestos anteriores a la modificación legislativa el gasto corresponderá al consumidor.

GASTOS DE GESTORÍA

La solución adoptada por el Tribunal Supremo es la misma que con respecto a los gastos notariales de tal manera que se abonará por mitad entre prestamista y prestatario. En la actualidad la vigente ley de créditos inmobiliarios atribuye estos gastos al prestamista (art, 14.1 e) I).

GASTOS DE TASACIÓN

En cuanto a los gastos de tasación, hay que tener en cuenta que, en la actualidad, la ley de créditos inmobiliarios en su artículo 14.1 e) I. los imputa al prestatario.

El Tribunal Supremo todavía no se ha podido pronunciar sobre este gasto y si analizamos la jurisprudencia menor observamos que existían diversas corrientes jurisprudenciales:

Para un sector, mayoritario, se imputaba el gasto al prestatario al considerar que era de aplicación el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (SAP de Barcelona, sección 15 del 30 de diciembre de 2019 (ROJ: SAP B 14689/2019 - ECLI:ES:APB: 2019:14689, SSAP Pontevedra Sección de 14 de mayo y , 6 de febrero de 2015 SAP La Rioja de 16 de junio de 2016, AP Baleares de 19 de abril de 2016, SAP Alicante de 4 de noviembre de 2016, SAP Ávila de 3 de marzo de 2017, SAP Asturias de 19 de mayo de 2017....;

Otro sector jurisprudencial considera que dicho precepto no impone el gasto al prestatario, sino que lo que hace es fijar unos porcentajes máximos que la garantía no puede superar y añaden que el artículo 3 bis I de la Ley 2/1981 impone a las entidades de crédito, a aceptar que el consumidor pueda aportar una tasación certificada por un tasador homologado que el propio consumidor hubiera contratado (SAP Girona 10 de marzo de 2016, SAP Palencia de 16 de octubre de 2017)

Por último, otro grupo de resoluciones, distinguen los supuestos en que la escritura o su novación era anterior a la entrada de vigor de la Ley 1/2013. Así se consideraba que si la escritura fue formalizada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que supuso la modificación del artículo 682.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicho gasto debía ser asumido por la entidad demandada y ello porque con anterioridad a dicha reforma, la tasación no era un requisito necesario para que la entidad prestamista accediese a la ejecución hipotecaria, por lo que la imposición de dicho gasto a la parte prestataria se considera abusiva de conformidad con lo preceptuado en el artículo 85.5 del TRLGDCU, que establece que se consideran abusivos “los

incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”. (Criterio de la SAP Bizkaia, 176/2018, de 22 de marzo)

Tras las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero la jurisprudencia ha considerado que el concepto debe ser objeto de “distribución equitativa” y atenderse por mitad entre las partes (SAP de Bizkaia de 17/09/2019, SAP Burgos de 5/03/2018, SAP Gipuzkoa de 19/03/201, SAP de Madrid de 11/06/2018, SAP Cantabria de 16/ 12/2019).

3. ABONO DE LOS GASTOS

La petición concreta de abono de gastos ha de estar basada en las facturas de pago. Para el supuesto en que no se *no se presentan facturas de pago*, un sector aboga por que se presenten en la Audiencia Previa o admitir el requerimiento a la entidad bancaria, para otro hay que estar a los aranceles de honorarios o recurrir a la propia escritura que en ocasiones contiene una referencia expresa a su importe. Además, se acude en ocasiones a los ingresos que se hacen desde la cuenta del consumidor a la entidad prestataria como “provisión”. Sin embargo, lo que más controversia suscita es decidir si cabe dejar para ejecución de sentencia la concreción del importe **con base en el artículo 219 de la LEC**. En estos supuestos una corriente jurisprudencial considera que no es posible diferir la determinación del importe a ejecución de sentencia ya que no se da el supuesto del artículo 219 de la LEC. Dicho artículo dice: *“1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase,*



no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética. 2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. 3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. ...". En base a dicho precepto se argumenta que, por tratarse de una cantidad fija no es posible la reserva de liquidación al trámite de ejecución de sentencia (p.e. SAP, Barcelona sección 15 del 4/12/2019 SAP, Salamanca sección 1 del 11/11/2019, SAP, Córdoba sección 1 del 29/10/2019, SAP, Navarra sección 3 del 4/10/2019, SAP, Bizkaia sección 4 del 19/09/2019). Por el contrario, el otro sector jurisprudencial considera que es posible diferir a ejecución de sentencia la cuantificación del importe de los gastos abonados por efecto de la cláusula nula. Estas resoluciones recalcan que el TS en sus sentencias de 26 de noviembre de 2.010 y de 16 de enero de 2012 advierten que *"un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso"*. Por ello entiende que el art. 219.1 LECiv se refiere a aquellos conceptos que permiten determinar inmediatamente una cantidad debida, sin necesidad de recurrir a posteriores operaciones periciales o de otro tipo semejante (SAP de Ávila 25/11/2019, SAP de Asturias del 12/11/2019, SAP de Pontevedra sección 1 del 4/11/2019).

4. INTERESES

Otras de las cuestiones en materia de efectos de la declaración de nulidad de la cláusula gastos es la procedencia de los intereses y desde qué momento se devengan. En la actualidad el problema se ha resuelto con la doctrina del **TS del Pleno 725/2018, 19 de diciembre** y la doctrina sentada por el **TJUE en su Sentencia de 21 de diciembre de**

2016, por lo que el interés legal procede desde la fecha de abono de los gastos que deberá entenderse desde la fecha de las facturas que se aporten (SAP Bizkaia 214/2018).

5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Una alegación habitual de las entidades bancarias es la prescripción de la acción de reclamación de cantidad al considerar que se encuentra prescrita por el transcurso del plazo previstos en el artículo 1964 del CC. *Para abordar esta cuestión hay que partir de dos conceptos diferenciados, primeramente que la acción ejercitada de nulidad de la cláusula gastos no prescribe ni caduca ya que es nula de pleno derecho (art. 83 TRLGDCU y 8.2 LCGC) y seguidamente si la imprescriptibilidad de la nulidad de la cláusula abusiva es aplicable o extensiva a la acción de restitución de los efectos derivados de la nulidad , es decir, los concretos importes abonados por gastos impuestos en la cláusula nula o si por el contrario es susceptible de prescribir y desde cuándo se ha de computar el plazo para su ejercicio. Todo ello teniendo en cuenta que el derecho de la unión no se opone al establecimiento de plazos razonables de prescripción. Sobre esta cuestión ha y diversas posturas doctrinales y básicamente las más relevantes son dos :*

A. Aquella que estima la posible prescripción de la acción de restitución con fecha de día inicial el de abono de facturas. Se insiste en la prescripción de la acción de resarcimiento desde la consideración de que el ejercicio es de dos acciones acumuladas, la de nulidad por abusividad y la acción de reintegro, acciones independientes y con sustantividad propia. Desde esta línea se indica que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación y por ello no precisa de un pronunciamiento judicial salvo para deshacer la apariencia de validez que se sostiene por la otra parte contratante. Pero las acciones que son de condena están siempre sujetas a un plazo de prescripción (artículos 1930 y 1961 cc), de tal manera que si un acto nulo ha agotado todos su efectos y son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, presunción de abandono y tolerancia frente a una situación de hecho explica que la acción para hacer desaparecer esos efectos, esté sujeta a un plazo (S del Pleno de la AP de Madrid de 11/09/2019-con un interesante voto particular- así como SAP Burgos, de 28/09/18, SAP Zaragoza de 15/06/2018, SAP La Rioja, de 21/02/2018, SAP Valladolid de 13/02/2018, SAP Valencia, de 1/02/2018J, SAP Barcelona de 12/12/2018J, SAP Murcia, 10/01/2019 y SAP Lugo, de 2/05/2018

B. El plazo de prescripción se ha de computar desde la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. A mi entender existen argumentos de peso y fundados para considerar que el plazo de prescripción se ha de computar desde la declaración de nulidad ya que mientras no se declara la nulidad de la cláusula gastos no es posible la reclamación de las sumas satisfechas indebidamente por la aplicación de dicha cláusula nula, de modo que no cabe apreciar ningún retardo malicioso en dicha reclamación ni la prescripción de esta ya que el reembolso de cantidades no es sino una consecuencia de la nulidad. Además, el art. 83.1 TRLGDCU establece que la consecuencia de la declaración de abusividad es que la cláusula afectada es nula y no produce efectos. La nulidad absoluta, ex lege, supone según la jurisprudencia antes citada que la acción es imprescriptible. Y si la indemnización que persigue el consumidor perjudicado tuviera plazo, la única forma de garantizar el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas que establece el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es considerar que **el plazo**

comienza una vez obtenida ante los tribunales la declaración de nulidad, pues hasta entonces no podría haber formulado su reclamación por mantener apariencia de eficacia la cláusula nula (SAP Bizkaia, Civil sección 4 del 29 de marzo de 2019). Parece avalar este planteamiento la reciente sentencia del TS 107/2020 - ECLI: ES:TS:2020:107 que si bien no trata expresamente la problemática de la cláusula gastos sí indica que la extinción del préstamo no impide ejercitar una demanda para obtener la restitución de lo indebidamente cobrado.

6. COSTAS Y DEVOLUCIÓN PARCIAL DE LOS GASTOS

Partimos de que en este tipo de demanda se, con carácter general se estima la acción de nulidad y no se concede la totalidad de los gastos. El *criterio general en la imposición de costas el de vencimiento* con la atenuación en los supuestos en que se suscitan dudas serias de hecho o de derecho (art. 394), así como con la doctrina de **la estimación sustancial** (STS de 9 de junio de 2006) que implica que el ajuste entre lo pedido y lo concedido en el fallo no ha de ser “literal” sino esencial o sustancial pues resulta contrario a los criterios de equidad y justicia material que la desestimación en aspectos meramente accesorios excluya una condena en costas al no existir razón de peso para que las costas sean asumidas por quien se vio obligado recurrir a los Tribunales para poder ver realizado su derecho. Por otra parte, hay que recordar que es doctrina jurisprudencial en materia de consumo (STS Pleno, 4 y 19 de julio de 2017) el **principio de no vinculación al consumidor** a las cláusulas abusivas y el **principio de efectividad** del derecho de la Unión. Con base en estos principios las soluciones adoptadas por los Tribunales han sido muy variados y diferentes según las Audiencias Provinciales y los concretos supuestos abordados. Podemos distinguir

fundamentalmente dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales, por una parte, aquella que considera que hay que estar al criterio del vencimiento y sólo atenuado si la devolución de los gastos no es inferior al 90% de lo pedido (SAP, Barcelona 23/12/2019, SAP Cantabria, del 11/12/2019, SAP Valladolid de 14/01/2019...) y por otra parte, aquella que aplica los principios de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas y el principio de efectividad del derecho de la Unión. De esta corriente, son exponentes las AAPP de Bizkaia, Araba, Girona, Palencia Y se afirma que:

- 1.^a) El principio del vencimiento supondría la aplicación de una salvedad al principio comunitario en perjuicio del consumidor.
- 2.^a) Si el consumidor tuviese que abonar las costas que le ha ocasionado la denuncia de una cláusula abusiva, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.
- 3.^a) La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

Dicha doctrina se apoya en la conocida STS del Pleno 419/2017, de 4 julio, rec. 2425/2015, y las que le siguen (las STS 554/2017, de 11 octubre, rec. 258/2017).