

NULIDAD DE CLAUSULAS ABUSIVAS: EL REEMBOLSO AL CONSUMIDOR, A EXAMEN

¿Cuándo empieza a correr el plazo para que el consumidor reclame a la entidad financiera las cantidades pagadas al amparo de una cláusula que se ha declarado nula por abusiva? Esta es la pregunta que ha planteado recientemente el Tribunal Supremo español ("TS") al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"). La respuesta podría introducir una importante novedad en la litigación bancaria de consumo.

¿De dónde partimos?

Durante los últimos años los juzgados españoles se han colapsado a base de demandas de consumidores ejercitando acciones de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de préstamo, por su carácter abusivo, y reclamando la devolución de lo pagado por efecto de esas cláusulas.

Estos litigios, que hasta ahora sólo habían recibido estímulos en los tribunales, podrían encontrar un límite temporal, derivado de un elemental principio de seguridad jurídica.

La diferencia entre la acción de nulidad y la acción de restitución

En materia de nulidad radical de cláusulas contenidas en préstamos, se distinguen dos acciones: (i) la acción declarativa de nulidad de una cláusula contractual y (ii) la acción de condena a la restitución de los efectos generados por la cláusula que se ha declarado nula.

Mediante la acción declarativa de nulidad se solicita a un órgano judicial que declare que la cláusula es nula de pleno derecho.

La acción de restitución se dirige a eliminar los efectos que haya podido desplegar la cláusula nula, esto es, a recuperar lo pagado.¹

La acción declarativa de la nulidad no está sujeta a plazo. Sin embargo, los tribunales entienden, de forma mayoritaria, que la restitución sí está sujeta a un límite temporal, de cinco años, que es el plazo de prescripción de la acción.²

Puntos clave

- La prescripción de la acción de restitución (acción distinta a la de declaración de nulidad) ha sido reconocida por nuestros tribunales, de forma mayoritaria
- El TS pregunta al TJUE sobre el día en el que empieza a correr el plazo de prescripción (de cinco años) de la acción para recuperar lo pagado al amparo de una cláusula abusiva.
- Las preguntas que se plantean al TJUE por el TS no necesariamente darán lugar a un pronunciamiento concluyente por parte del TJUE
- La cuestión prejudicial ha sido planteada en el contexto de una cláusula de gastos. Pero la respuesta sería *a priori* extrapolable a otras cláusulas abusivas, o incluso a otras acciones de nulidad.

¹ Sobre esta cuestión, desde una perspectiva técnica, "Nulidad de pleno derecho y prescripción", DEL OLMO, P. en el Almacén del Derecho (10 de marzo de 2021).

² Artículo 1964 del Código Civil, que establece el plazo para el ejercicio de acciones personales.

Efectos de esta doctrina en materia de cláusulas abusivas

Si la acción de restitución está sujeta a plazo de prescripción, existe la posibilidad de que el reconocimiento judicial de la nulidad de una cláusula nula no venga acompañado del reembolso al consumidor de los importes pagados al amparo de esa cláusula.

En consecuencia, si la acción de restitución -por la que se pide la devolución de las cantidades pagadas por el consumidor- estaba prescrita al tiempo de interponer la demanda, el Juzgado podrá declarar la nulidad de la cláusula, pero no podrá compeler al banco a devolver lo cobrado en virtud de aquélla.

¿Qué dicen al respecto nuestros Tribunales?

Aunque existen excepciones, la mayor parte de las Audiencias Provinciales han reconocido la distinción entre la prescripción de la acción de nulidad y la prescripción de la acción de restitución.

Pero el alcance práctico de esta doctrina judicial depende sobre todo del momento en que se considere que empieza a correr el plazo de ejercicio de la acción, esto es, del "*dies a quo*" del plazo de prescripción, de cinco años.

Dejando al margen un criterio "negacionista", que identifica la acción de restitución con la acción de nulidad (i.e., que conduce a la imprescriptibilidad de la acción de restitución, dado que la acción de nulidad no prescribe), que para el TS y el TJUE parece superado, los órganos judiciales han aplicado tres criterios:

- Aquellos que defienden que el plazo debe computarse desde la sentencia firme que declare la nulidad de la cláusula en concreto.
- Aquellos que defienden que el plazo debe computarse desde que se realizaron los pagos por el consumidor.
- Aquellos que defienden que el plazo debe computarse desde que una instancia superior (el Tribunal Supremo o el TJUE) ha expuesto su doctrina jurisprudencial entorno a la nulidad de la cláusula.

El primer criterio quiebra el principio de seguridad jurídica, ya que es equiparable al criterio "negacionista": si el consumidor no tiene plazo para entablar la acción declarativa -por ser imprescriptible-, y la acción de restitución está abierta cinco años más que la acción declarativa, la segunda sería también imprescriptible. El consumidor sólo perdería la posibilidad de reclamar en el (insólito) supuesto en que entablara primero una acción de nulidad y dejara después transcurrir cinco años hasta la acción de restitución. Esto es absurdo; lo normal es que las dos acciones se ejerciten al mismo tiempo.

El segundo criterio, radicalmente contrario, sería favorable a las entidades financieras, ya que implicaría neutralizar la posibilidad de restituir pagos realizados por consumidores antes del año 2016, salvo que se hubiera formulado reclamación antes de esa fecha.

El tercer criterio es el que parece ser preferido por el Tribunal Supremo y por el TJUE.

La cuestión prejudicial planteada ante el TJUE

El TJUE ya ha admitido en diversas sentencias (por ejemplo, las de 9 y 16 de julio de 2020 y 10 de junio de 2021) la distinción entre la acción de nulidad y la acción de restitución de cantidades. La primera no está sujeta a plazo (por concepto). La

segunda queda sujeta al plazo que establezcan los distintos Estados Miembros, que no podrá ser contrario al principio de efectividad³.

Sin embargo, seguimos sin saber en qué momento empieza a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución.

El 22 de julio de 2021, el TS planteó al TJUE una cuestión prejudicial al respecto.

El Auto del TS toma como punto de partida que no es contrario al Derecho de la Unión Europea sujetar la acción de restitución a un plazo de prescripción. Para ello, parte de los precedentes emitidos por el TJUE en la materia y lo asume como una cuestión superada.

El TS también descarta que se pueda entender que el plazo de prescripción empieza a correr el día de celebración del contrato o en la fecha en la que se hicieron los pagos indebidos (criterio pro-entidad financiera).

En consecuencia, quedarían dos posibles interpretaciones:

- Que el día inicial del plazo de prescripción sea el de la sentencia que declara la nulidad de una cláusula (criterio "pro-consumidor"). El propio Tribunal pone en duda esta solución, apuntando a que podría ser contraria al principio de seguridad jurídica, porque convertiría la acción de restitución en imprescriptible.
- Que el día inicial lo determinen las sentencias del TS o, alternativamente, del TJUE, que fijen doctrina jurisprudencial sobre la cuestión (en aquel caso, sería la doctrina relativa a las consecuencias económicas de la nulidad de la cláusula de gastos e impuestos).

Aunque el TS apunta que un consumidor medio no necesariamente conoce la jurisprudencia del TS o del TJUE, parece decantarse por esta alternativa. De entenderse así, la acción de restitución (que normalmente se formulará con la acción declarativa de la nulidad) tendría que ser presentada en los cinco años siguientes a la correspondiente sentencia.

El limitado marco del pronunciamiento del TJUE

El marco del que dispone el TJUE para resolver una cuestión prejudicial es limitado. Tan sólo puede (y debe) contestar a las preguntas que se le plantean, sobre la base del derecho de la Unión Europea, que son las siguientes:

- Si es contrario al Derecho de la Unión dejar abierto de forma indefinida el plazo de la acción de restitución (al venir determinada la prescripción de la acción por la necesidad de un pronunciamiento declarativo que sería resultado de una acción imprescriptible). Ahora bien, esta pregunta puede tener trampa, porque esa interpretación nunca sería contraria al Derecho de la Unión en materia de protección de consumidores; sería en todo caso contraria al principio de seguridad jurídica.
- Si es contrario al derecho de la Unión situar el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución en la fecha en que se fija la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, por ser este el momento en que el consumidor estaría en condiciones de reclamar. En tal caso, también se pregunta al TJUE cuál sería la doctrina a tener en cuenta en el caso concreto de la cláusula de gastos: la del TS o la del TJUE.

³ La sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 entendió que es contrario al Derecho de la Unión que una legislación nacional establezca un plazo de prescripción de tres años que empieza a contar desde la fecha de extinción del contrato. Entiende que en ese momento el consumidor no necesariamente estaba en condiciones de ejercitar la acción.

Si el TJUE declarara que el Derecho de la Unión **no impide** entender que la acción de restitución puede ser ejercitada a partir del momento en que se establece doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de una cláusula, lo más probable es que no se detenga a identificar la sentencia relevante a estos efectos.

En tal caso, el TS debería completar el análisis y aclarar en qué momento se estableció esa doctrina -si fue por efecto de la sentencia del TS de 10 de enero de 2019, o en otro momento. No tendría sentido que, habiendo planteado la cuestión en los términos que hemos visto, el TS luego vuelva sobre sus pasos y declare que el consumidor no estaba en condiciones de ejercitar la acción cuando se establece la doctrina.

Ahora bien, también existe la posibilidad de que el TJUE interprete que es **contrario** al Derecho de la Unión fijar el inicio del plazo para reclamar en la fecha en que se fija doctrina jurisprudencial sobre la materia, en atención al hecho de que el consumidor medio no está al tanto de la evolución de la jurisprudencia.

Si así fuera, estaríamos de nuevo en la casilla de salida y nos veríamos arrastrados a la imprescriptibilidad de la acción, posibilidad que -recordemos- había sido negada por ambas instancias (TS y TJUE).

Alcance del pronunciamiento del TJUE

La cuestión prejudicial ha sido planteada en el contexto de una cláusula de gastos. Pero la respuesta del TJUE (y la elaboración posterior de esta doctrina por el TS) sería extrapolable a otras cláusulas abusivas que generen la obligación de restituir importes. A priori, sería también ser aplicable a otros supuestos de nulidad, como los préstamos usurarios.

CONTACTOS



Iñigo Villoria
Socio

T +34 91 590 9403
E Inigo.Villoria
@cliffordchance.com



Alexandra Borrallo
Abogada

T +34 91 590 9406
E Alexandra.Borrallo
@cliffordchance.com



Laura del Campo
Abogada

T +34 91 590 9479
E Laura.Delcampo
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, España

© Clifford Chance 2021

Clifford Chance S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Delhi •
Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong •
Istanbul • London • Luxembourg • Madrid •
Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New
York • Paris • Perth • Prague • Rome • São
Paulo • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.