

Abusividad en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores: nuevo criterio europeo en el reparto de los gastos

Abusiveness in consumer mortgage contracts: new European criteria in the distribution of expenses

Laura CABALLERO TRENADO*

RESUMEN: A propósito de varias cuestiones prejudiciales, la Sala IV del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha fijado en fechas recientes la distribución de los gastos dimanantes de los contratos de préstamo hipotecario. Desde el punto de vista del Derecho de Consumo, esta Resolución es relevante pues sistematiza doctrina divergente, lo que contribuye a ahondar en la seguridad jurídica. A partir del análisis de la fundamentación jurídica contenida en la ratio decidendi de la STJUE de 16 de julio de 2020 se desbrozan las cuestiones jurisprudenciales controvertidas, al objeto de determinar su alcance y viabilidad.

PALABRAS CLAVE: cláusulas abusivas; contratación con consumidores; préstamos hipotecarios; nulidad; acciones restitutorias; prescripción.

ABSTRACT: With regard to several questions referred for a preliminary rulingz Chamber IV of the Court of Justice of the European Union (CJEU) has recently established the distribution of expenses arising from mortgage loan contracts. From the

* Doctora en Ciencias de la Comunicación en la Universidad CEU y académica en la UNIR Colombia. Contacto: <laura.caballero@unir.net>. Fecha de recepción: 14/08/20. Fecha de aprobación: 12/10/20.

point of view of Consumer Law, this judicial decision is relevant because it systematizes divergent doctrine, which contributes to deepening legal certainty. Based on the análisis of the legal basis contained in the ratio decidendi of the STJUE of July 16, 2020, the controversial jurisprudential issues are cleared up, in order to determine their scope and viability.

KEYWORDS: Unfair terms; consumer contracts; mortgage loans; nullity; restorative actions; statute of limitations.

I. INTRODUCCIÓN

El 16 de julio de 2020 el TJUE ha dictado a través de los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 una Sentencia primordial en la que se pronuncia sobre diversas cuestiones¹ en materia de cláusulas abusivas en contratos de préstamos con garantía hipotecaria celebrados con consumidores.

En concreto, el Alto Tribunal europeo resuelve sobre la distribución de los gastos inherentes a la suscripción de los contratos hipotecarios, los relativos a las comisiones de apertura y cancelación, el plazo para el ejercicio de las acciones restitutorias y las costas derivadas de un proceso judicial.

El carácter abusivo de cláusulas hipotecarias en las que se imputan por parte del prestamista todos los gastos de manera genérica al prestatario no es ajeno ni a la legislación ni a la jurisprudencia española.

La primera vez que el Tribunal Supremo dictamina sobre el particular es el 23 de diciembre de 2015², en una Sentencia de Pleno. Desde entonces son numerosas las sentencias en primera y segunda instancia que han declarado la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

¹ El artículo 19.3b) del Tratado de la Unión Europea prevé que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: [...] con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión [...]”. La previsión contenida en el precitado precepto se desarrolla más ampliamente en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que exige, entre otros requisitos, que la cuestión sea una *quastio iuris* -de interpretación o validez de las normas del Derecho de la Unión Europea (en el caso que nos ocupa, estamos ante el primer caso) y *ex natura sua*, es decir, que el tribunal nacional dude acerca de si una norma jurídica de la UE es válida y acerca de cómo ha de interpretarse. Contacto: <laura.caballero@unir.net>.

² STS 705/2015, de 23 de diciembre.

Precisamente, la nulidad de la cláusula de gastos abrió la veda a numerosas cuestiones que se plantean a raíz de tal declaración. Entre todas ellas, una de las más relevantes era la siguiente: ¿puede el consumidor/prestatario reclamar todos los gastos abonados o sólo una parte?.

Tal interrogante ocasionó que, de nuevo, el Tribunal Supremo se pronunciase a través de varias sentencias en enero de 2019³, resoluciones en las que estipuló cómo debían distribuirse los gastos entre las partes contratantes.

Entre 2015 y 2019 se produjo un punto de inflexión importante: los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la principal tasa que grava el acto de constitución de las hipotecas (denominada “Actos Jurídicos Documentados”).

En efecto, entre octubre y noviembre de 2018, la Sala Tercera del Tribunal Supremo -la máxima autoridad en materia tributaria- dictó varios pronunciamientos contradictorios entre sí. La pugna cristalizó en una Sentencia de Pleno, de 27 de noviembre de ese año, que determinó que el sujeto pasivo de la tasa precitada debía ser el prestatario.

En el último quinquenio, pues, se ha sucedido una apabullante casuística que ha dado pie a una jurisprudencia mixta. Por esta razón, la labor hermenéutica del TJUE deviene esencial, lo que justifica el obligado análisis del nuevo criterio contenido en la reciente Resolución.

II. BREVE EXÉGESIS DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

Generalmente inserta como Cláusula V (aunque puede figurar en otro numeral), una típica cláusula de gastos presenta el siguiente tenor:

³ Por todas, STS 44/2019, de 23 de enero.

Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente [...].

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca.

Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las ac-

tuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora [...], y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas [...].

La redacción de la cláusula es una atribución por parte del prestamista (generalmente una entidad bancaria) al prestatario (comúnmente un consumidor) en bloque de todos los costes presentes y futuros que pueda ocasionar el negocio jurídico.

Se trata de una traslación de dichos gastos al prestatario *in solidum*, genérica (“todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados”) con la que se pretenden cubrir todos los costes ocasionados antes incluso de la apertura del préstamo (“preparación”) y que cubren todas las eventualidades de la vida del préstamo hasta su conclusión, circunstancia que ocurre tras el acto de cancelación, incluidos todos aquéllos que puedan presentarse como consecuencia de reclamaciones judiciales o extrajudiciales.

La naturaleza de cada uno de estos gastos es dispar y puede agruparse en dos grandes grupos -gastos financieros y gastos tributarios-, lo que en la práctica ha motivado soluciones jurisprudenciales de distinto signo, con los efectos jurídico-sustantivos y jurídico-procesales que a su vez se derivan de dichas decisiones.

III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE JULIO DE 2020

Dos son los asuntos sobre los que versa la decisión de la Corte de Luxemburgo en una Resolución de Pleno que tiene cien apartados, en la que el Órgano jurisdiccional resuelve sobre quince cuestiones prejudiciales planteadas en dos asuntos acumulados.

A) RESUMEN DE LOS HECHOS LITIGIOSOS Y CUESTIONES
PREJUDICIALES PLANTEADAS

El primero (C-224/19), se remonta a 2000. Mientras, el segundo (C-259/19), se retrotrae a julio de 2011.

En el año 2000 tuvo lugar la celebración de un contrato de préstamo hipotecario entre un consumidor y la Entidad financiera *Caixabank*. A juicio de la demandante, dos cláusulas de dicho contrato eran abusivas -la cuarta y la quinta, pues mientras la cuarta imponía al prestatario el pago de una comisión de apertura sobre el límite total del crédito, la cláusula quinta hacía recaer también sobre el prestatario el pago de todos los gastos de constitución y cancelación de hipoteca. En marzo de 2018, el prestatario presentó una demanda en primera instancia solicitando, con fundamento en la normativa en materia de protección de los consumidores, la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas precitadas, y la devolución de las cantidades íntegras satisfechas en aplicación de aquéllas. Mientras, la entidad financiera invocó la plena validez de las cláusulas controvertidas. En el marco de este procedimiento, el demandante estimó necesario que el órgano jurisdiccional nacional planteara al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales relativas a las cláusulas controvertidas.

Por su parte, en 2011, se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre un particular y la entidad financiera BBVA que incluía una cláusula que estipulaba que todos los gastos de formalización y cancelación de la hipoteca correrían a cargo del prestatario. La parte demandante interpuso en instancia una demanda solicitando que se declarara la nulidad, por abusiva, de dicha cláusula.

Quince son las cuestiones prejudiciales que dimanar de los dos asuntos que comentamos. El primero eleva al TJUE trece preguntas; mientras, el segundo, por motivos sustancialmente análogos a los de la petición de decisión prejudicial en el asunto C-224/19, planteó al órgano remitente dos dudas.

En concreto, el primero remitió al Tribunal europeo las siguientes cuestiones:

1. ¿Puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario?
2. ¿Es la distribución por mitad entre prestamista y prestatario de los gastos de notaría y gestión una moderación judicial de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y, por tanto, resulta contraria al principio de no vinculación al consumidor consagrado en la Directiva 93/13?
3. ¿Supone una quiebra del principio precitado tanto la imposición al prestatario del abono de los gastos de tasación del inmueble y del impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo como la carga de probar que no se le permitió aportar su propia tasación del inmueble?
4. ¿Puede seguir surtiendo efectos para el prestatario las novaciones modificativas o las cancelaciones hipotecarias en el sentido de tener que seguir abonando los gastos derivados de aquéllas? ¿Supone una quiebra del principio de no vinculación la atribución de esos gastos al prestatario?
5. ¿Es contrario a efecto disuasorio frente al empresario consagrado en la Directiva el criterio sentado por la jurisprudencia nacional por el que se establece la exclusión parcial del efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos?
6. La moderación de los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos amparada en el interés del prestatario, ¿es contraria a los principios de no moderación de las cláusulas declaradas nulas, dimanante de la jurisprudencia del TJUE y de no vinculación, estipulado en la Directiva?

7. ¿Puede una cláusula denominada comisión de apertura superar automáticamente el control de transparencia sin quebrar el principio de inversión de la carga de la prueba establecido en la Directiva y, por lo tanto, sin que el profesional tenga que probar que ha proporcionado información previa y negociación individual de la misma?
8. ¿Es contrario a la legislación y a la jurisprudencia europea el criterio por el que un consumidor debe conocer *per se* que es una práctica habitual del prestamista la de cobrar una comisión de apertura y, por lo tanto, no resulta necesario que éste deba acreditar que la cláusula fue negociada individualmente? Por el contrario, ¿debe la entidad financiera probar que la misma fue negociada individualmente?
9. ¿Es la comisión de apertura parte del precio del contrato y, por lo tanto, forma parte de su objeto principal? ¿O estamos, por el contrario, ante una retribución de carácter accesorio (lo que abriría la puerta al órgano jurisdiccional a aplicar el control de transparencia y/o de contenido para determinar así su abusividad con arreglo al derecho nacional)?
10. ¿Puede un órgano jurisdiccional español invocar un precepto europeo que no ha sido incorporado a la legislación nacional?
11. ¿Debe el juez nacional declarar nula la cláusula que establece la comisión de apertura, cuando ésta no ha sido negociada individualmente y el prestamista no puede acreditar si la comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido y, como consecuencia, se da un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes?
12. ¿Puede supeditarse la condena en costas al prestamista a los principios de no vinculación y de efecto disuasorio al profesional si las acciones de nulidad son estimadas, con independencia de la restitución concreta de cantidades a que el juez condene si se colige que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es accesoria?

13. ¿Opera la prescripción en las acciones restitutorias aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de una cláusula sea imprescriptible?
14. ¿Es ajustado al Derecho europeo el criterio jurisprudencial que declara abusiva la cláusula no negociada por la que se repercuten al prestatario todos los gastos de constitución de la operación de préstamo hipotecario, a la par que distribuye el reparto de los diferentes conceptos entre el predisponente y el adherente al objeto de limitar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas?
15. ¿Es ajustada al Derecho europeo la interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y sus efectos dimanantes no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario?

B) ASPECTOS NUCLEARES DE LA *RATIO DECIDENDI*

Con el propósito de dar respuesta a las quince cuestiones prejudiciales que se plantean en los asuntos acumulados referidos, la resolución del TJUE se estructura en tres bloques.

De este modo, en el primero de ellos, de carácter jurídico procesal, el Alto Tribunal se centra en razonar sobre la admisibilidad del recurso. A este propósito le dedica siete apartados (considerandos XXXIX a XLV).

Tras resolver sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales remitidas por el órgano *a quo*, entra a resolver sobre el fondo del asunto, cuestión que ocupa sesenta y tres apartados del Fallo (Cos. XLVI a XCIX).

El tercer bloque contiene un apartado único (Co. C), lo dedica a aquilatar el asunto de las costas judiciales, que remite a los órganos remitentes de las cuestiones prejudiciales (los tribunales nacionales).

Del fondo del asunto, contenido en el segundo bloque, dimanan cinco partes (cuatro de carácter jurídico-sustantivo y otra -la última- de naturaleza jurídico-procesal)

Así, la *ratio decidendi* se centra en dar respuesta a cuestiones sobre los efectos de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, la comisión de apertura, el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, la prescripción de la acción restitutoria, así como la distribución de las costas judiciales.

Efectos de los gastos de constitución y cancelación hipotecaria

La primera de las cuestiones de naturaleza jurídico-sustantiva que entra a resolver el Tribunal *ad quem* es la relativa tanto a los gastos que principian la consolidación del contrato de préstamo hipotecario -los de constitución- como a los que concluyen jurídicamente el mismo, es decir, aquéllos inherentes a la cancelación de la hipoteca, lo que sucede con la elevación a público del certificado de deuda cero emitido por la entidad financiera y que queda reflejado en la escritura de cancelación rubricada por un fedatario público.

Cinco son los gastos que ahorman el contrato de préstamo hipotecario celebrado con consumidores (los aranceles notarial y registral, los de gestoría, los de la tasación de la finca y los derivados de la tasa correspondiente a AJD).

En este sentido, en el Co. LV el TJUE sostiene que el Órgano jurisdiccional nacional no puede negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de una cláusula declarada nula por abusiva, salvo que las disposiciones de Derecho nacional que resulten de aplicación le atribuyan el abono de una parte del total de dichos gastos. ¿Deja abierta la puerta el Tribunal europeo a que se revise la doctrina fijada por la Sala III del Tribunal Supremo español en materia de AJD? Nos ocuparemos de esta cuestión más adelante.

Comisión de apertura

El segundo asunto del fondo del Fallo del Tribunal europeo se centra en dirimir si la cláusula en la que se inserta la comisión de apertura constituye un elemento esencial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Al respecto, sostiene el TJUE que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de estar incluida en el coste total de éste. Esta circunstancia comporta que sea el juzgador nacional quien deba efectuar el llamado control de transparencia, esto es, aquilatar el conjunto de circunstancias que confluyen en torno a la celebración del contrato -por ejemplo, la información facilitada al consumidor o la publicidad- (Co. LXIV).

Para el Órgano remitior, corresponde a la entidad financiera justificar la inclusión de la comisión de apertura y explicitar su función dentro del contrato, puesto que solamente de esta forma el consumidor puede conformarse el conocimiento de los motivos que acreditan la retribución correspondiente a esta comisión (Co. LXX).

Desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes

El TJUE dedica cinco apartados a despachar la cuestión del examen de la existencia de un desequilibrio importante (Cos. LXXV a LXXIX).

Para el TJUE, tal desequilibrio puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de éstos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (Co. LXXV).

Al respecto, deja en manos del juzgador nacional la declaración de la situación de desequilibrio cuando la entidad financiera

no logre acreditar que la comisión de apertura responde a servicios efectivamente prestados y a gastos en los que haya incurrido (Co. LXXIX).

Limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad. A propósito de la prescripción de la acción restitutoria

La cuestión nuclear de la que se ocupa el TJUE en los apartados LXXX a XCIX es la de determinar si la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva queda sometida a un plazo de prescripción.

A tal fin, el Tribunal remitido recurre al examen de los principios de equivalencia y efectividad ínsitos en el Derecho de la Unión (Cos. LXXXIII a XLII), por cuanto la protección de los consumidores es una cuestión de orden público, es decir, de carácter fundamental, lo que exige un *plus* en la labor hermenéutica. Dicho de otro modo, procede un examen de las normas procesales y sustantivas nacionales para estudiar si son conformes a la legislación y jurisprudencia de la UE.

Para el TJUE, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores 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).

Respecto del primero, para el Alto Tribunal europeo 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.

Y, en relación al segundo, considera el Órgano jurisdiccional europeo que puede entrañar una extraordinaria dificultad para un consumidor el ejercicio de sus derechos restitutorios estableciendo el *dies a quo* de dicha acción en el momento de la celebración del contrato de préstamo hipotecario, lo que podría vulnerar el principio de efectividad, ya que harían imposible en la práctica o

excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a la restitución.

De este modo, el TJUE pone en relación el principio de efectividad con el principio de equivalencia y sitúa el *dies a quo* en el momento en que el consumidor podría haber conocido los efectos restitutorios.

¿Podríamos estar, por lo anterior, ante la imprescriptibilidad de la restitución de los efectos de nulidad? o, por el contrario, ¿limita el TJUE los efectos restitutorios, declarando prescrita la acción transcurridos cinco años?. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Distribución de las costas procesales

Siete son los apartados (XCIII y XCIX) los que dedica el TJUE a razonar sobre cómo proceder al reparto de los gastos en que se incurre en un proceso que tiene lugar entre un consumidor y un profesional.

Para el Tribunal *ad quem*, que reconoce el derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales, condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (Co. XCVIII), dado que tal régimen crea un obstáculo significativo (Co. XCIX).

No obstante, esta afirmación contraviene lo que sostiene en el apartado XCV, en el que sostiene que la distribución de las costas de un proceso judicial sustanciado ante los órganos jurisdiccionales pertenece a la esfera de la autonomía procesal de los Estados miembros.

A tenor de lo anterior, ¿qué debe entonces interpretarse?, ¿recaen las costas judiciales en la entidad financiera siempre?, ¿y en el caso eventual de una estimación parcial?. Retomaremos estas cuestiones más adelante.

IV. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES CONTROVERTIDOS

Por mor de la relevancia del Fallo desde el punto de vista jurídico, se procederá a su análisis con la sistematicidad que a continuación se refiere. En primer término, se examina la delimitación que realiza la Corte de Luxemburgo del instituto jurídico de la prescripción. En segundo lugar, se estudia la posición del Órgano jurisdiccional europeo respecto a las costas procesales. Y, en último lugar, se analiza la opinión del Alto Tribunal respecto de la distribución de los gastos, con especial incidencia en la cuestión de la principal tasa que grava la constitución del préstamo hipotecario.

El enfoque expuesto encuentra su justificación, además, en la repercusión financiera que potencialmente puede tener.

En concreto, y tras este Pronunciamiento, el momento en que los tribunales de primera y segunda instancia nacionales sitúen el *dies a quo* del plazo de la prescripción extintiva es clave, pues ello abre o cierra la puerta a eventuales reclamaciones.

De igual modo, la tesis mantenida en materia de costas da pie a incoar un proceso judicial o a no hacerlo, pues el reclamante se plantea el asunto en términos de coste/oportunidad, dado que puede resultar más oneroso el proceso que lo que finalmente pueda obtener como resultado.

Finalmente, la distribución de los gastos es también fundamental. Hay que tener en cuenta que los intereses acumulados que el juzgador decreta pueden ser incluso superiores a los del principal que reconozca, de ahí que el asunto no sea ni mucho menos menor.

A) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA

Son ingentes las sentencias de primera y segunda instancia que han declarado la nulidad de la cláusula de gastos tras la STS 705/2015, de 23 de diciembre. La declaración de nulidad lleva anudada la consecuencia jurídica de la expulsión de la precitada cláusula del

contrato. Se trata de un efecto *ex tunc*. En otras palabras, se tiene por no puesta, subsistiendo el resto del clausulado.

Pero el ejercicio de la acción que persigue la declaración de nulidad por parte de un juez puede estar sometido a término⁴, como también lo está aquella que tiene por objeto la restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

Sobre este particular, cabe recordar que la acción declarativa de la nulidad es imprescriptible, pero puede no serlo la acción de restitución de las cantidades pagadas o sí, a tenor de la limitación que establece el TJUE, que sitúa como topes los principios de equivalencia y efectividad.

Para analizar la delimitación que sobre el particular hace el Órgano jurisdiccional europeo es necesario detenerse en cada una de las acciones por separado y estudiar la posición de la doctrina y la jurisprudencia.

Con carácter general, puede afirmarse que la acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva no prescribe nunca es una cuestión pacífica tanto para la doctrina⁵ como para la jurisprudencia⁶.

⁴ Nótese que nos referimos a la prescripción extintiva, figura jurídica que comporta la extinción de los derechos, circunstancia que sucede cuando durante cierto tiempo permanecen inactivos e irreconocidos. Véase: ALBA-DALEJO, MANUEL, *DERECHO DE OBLIGACIONES*, 14A. ED., MADRID, EDISOFER, 2009, p. 808.

⁵ Por todos, véase: ROSILLO, Alejandro, *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*, Madrid, La Ley, 2009, p. 387.

⁶ La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión constante y reiterada en la jurisprudencia española. Por ejemplo, en la STS 1080/2008, de 14 de noviembre, el Tribunal español sostiene que: “en cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el artículo 1.301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261, como refiere el artículo 1.300 -y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración

Más aún, parte de la doctrina consolidada considera que la acción de declaración de la nulidad es imprescriptible no sólo en los casos de nulidad radical o absoluta, sino también en los de anulabilidad⁷. Este parecer también ha sido ampliamente acogido por la jurisprudencia⁸.

De hecho, ésta ha sido la tesis que ha mantenido la parte demandante en los litigios que han versado sobre cláusulas de gastos, sustentado en el argumento de que el vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del artículo 1.300 del CC -que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurren los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa-. Y, por lo tanto, no debe aplicarse el plazo de caducidad de cuatro años que establece el precepto 1.301 del Cuerpo legal precitado, previsto para los supuestos de anulabilidad contractual. En este sentido,

es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 48894, entre otras muchas)”.

⁷ CORDERO, Encarna y MARÍN, Manuel, *Derecho de obligaciones y contratos en general*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 174.

⁸ “No existe la imposibilidad alegada por la recurrente, indicando que no es factible emitir un pronunciamiento de nulidad cuando el contrato se ha extinguido. No compartimos esta valoración, destacando que, en todo caso, el préstamo se suscribió vigente la Ley de Consumidores de 1984. Para rechazar la tesis del recurso basta con recordar el artículo 1.301.4 CC y la doctrina del Tribunal Supremo, por todas STS de 19 de febrero de 2018, que establece, en los casos de anulabilidad, el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad, cuando se consuma o extingue el contrato, sin que por tanto la cancelación del préstamo sea óbice para emitir un pronunciamiento sobre ineficacia o nulidad contractual, y en consecuencia sobre la cláusula objeto del litigio y sus consecuencias, reiterando que no resulte aplicable el plazo de caducidad previsto para las acciones de anulabilidad”. (SAP de Granada 449/2018, de 8 de noviembre).

la declaración de abusividad de la cláusula inserta en un contrato comporta la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo artículo 83 establece que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”.

Por lo anterior, para la doctrina autorizada, la acción declarativa de la nulidad es imprescriptible, mientras que sobre la acción de restitución de las cantidades pagadas opera la prescripción⁹.

De este modo, la problemática se concentra en la acción de devolución de cantidades entregadas que surge tras la nulidad de la cláusula.

En este sentido, se ha señalado que la mayoría de la doctrina entiende que la acción sí prescribe. Pero también se ha defendido lo contrario.

En favor de la prescriptibilidad se ha argumentado que, tras la nulidad de la cláusula, procede la restitución automática de las prestaciones ejecutadas aunque el consumidor no lo haya solicitado. Y que, en consecuencia, si la acción de nulidad no prescribe, en la misma situación está lo relativo a la devolución de lo ejecutado¹⁰.

⁹ CORDERO, ENCARNA Y MARÍN, Manuel, *Derecho de obligaciones y contratos en general*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 169; DELGADO, Jesús y PARRA, MARÍA ÁNGELES, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 65, 66 y 95; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 4a. ed., Madrid, Civitas, t. I, 1993, p. 448; BERCOVITZ, RODRIGO, *COMENTARIOS A LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN*, ELCANO, ARANZADI, 2000, pp. 566 Y 567 EN MARÍN, Manuel, “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”, Madrid, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, p. 3.

¹⁰ Art. Cit.

No comparto la idea de la restitución automática tras la declaración de nulidad de la cláusula. Muy al contrario, no obstante esta imprescriptibilidad de la acción declarativa, considero que la reclamación de los efectos restitutorios derivados de ella puede estar sujeta a una limitación temporal que, a falta de disposición especial, puede regirse, por ejemplo, por el plazo general de las acciones personales, que según el artículo 1.964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, es de cinco años. De acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley y el artículo 1.939 CC, al que se remite aquélla, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma y para las acciones nacidas con anterioridad tendrán un plazo de prescripción de 15 años.

Ahora bien, resulta fundamental determinar cuál es el momento de inicio de la prescripción, que podrá por lo dispuesto en el artículo 1.969 CC a tenor del cual *“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”* y el momento en que esta acción pudo ejercitarse no puede ser otro que el de la declaración judicial de nulidad de la cláusula¹¹.

¹¹ En este sentido hemos de destacar la SAP de Oviedo 259/2018, de junio de 2018: “Aun cuando el artículo 1.301 del Código Civil se refiere a la acción de nulidad fijándola con una duración de cuatro años, no lo es menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso. Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 6 de julio de 2015, en cuanto a su posible caducidad señalando entre otras cosas que la ausencia de plazo de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ya que la declaración de nulidad, según los arts. 9 y 10 de la LCGC es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta

Estamos ante una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (artículo 6.1 de la Directiva 93/13), No es posible otorgar al consumidor, como señala la STS de 16 de octubre de 2017 “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”.

Y ésta es, en esencia, la postura que defiende el TJUE en la Sentencia de julio de 2020, que matiza en parte su anterior criterio, sustentado en la idea de que la protección del consumidor no es absoluta -afirmación que proyecta sobre el respeto a las situaciones protegidas por la cosa juzgada-, posición que fija en la STJUE 6 de octubre de 2009¹², Resolución en la que afirma también la existencia de plazos razonables preclusivos o de prescripción (Cos. 69 y 70), que no implican “limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión”.

a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil. En esta dirección, si se tiene en cuenta que la acción ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de dicha cláusula, el que el préstamo hipotecario estuviese ya cancelado antes de presentarse la demanda no puede ser obstáculo de clase alguna para ejercitar dicha acción y sus consecuencias patrimoniales, es decir el reintegro de las cantidades indebidamente exigidas y cobradas por la entidad demandada.” Igualmente, y en el mismo sentido, cabe mencionar la SAP Granada 251/2018, de 26 de junio de 2018: “No es aplicable el plazo de caducidad de cuatro años establecido por la entidad financiera apelante, ya que no estamos ante un caso de anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho. Ni el artículo 8, ni el artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, remiten al régimen de la anulabilidad de los contratos, ni del artículo 12 y 19, del que se desprende claramente la imprescriptibilidad de las acciones individuales, resulta que se aplicable el plazo de 4 años de caducidad previsto para los casos de anulabilidad”.

¹² Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08).

Por lo tanto, ¿estamos ante la imprescriptibilidad de la restitución de los efectos de nulidad? O, por el contrario, ¿limita el Alto Tribunal los efectos restitutorios, declarando prescrita la acción transcurridos cinco años?. Entiendo que la solución que se desprende de la decisión de la Corte de Luxemburgo pasa por situar el momento en que se conocen los efectos restitutorios para el consumidor, hecho que se produce cuando se fija doctrina armonizadora a nivel nacional¹³.

B) LA CUESTIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES

Como se ha señalado, la Corte de Luxemburgo afirma en los considerandos 98 y 99 de la Sentencia que las cláusulas que obligan al consumidor a abonar parcialmente las costas judiciales cuando solicita judicialmente la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato es contrario a la legislación europea en materia de Derecho de Consumo, pues este desembolso supone limitar el derecho a la tutela judicial efectiva de los clientes y cercena su derecho para poder litigar en defensa de sus intereses.

Sin embargo, en el Considerando 95 reconoce la autonomía procesal de los respectivos Estados Miembros en la distribución

¹³ También, en 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 Alto Tribunal europeo ya recogió en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) y que también reitera en una Resolución de fechas más recientes (de 14 de marzo de 2019; C-118/17).

de las costas procesales, lo que entreabre la puerta a varios interrogantes.

En España, la Norma que disciplina las costas es la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Con arreglo al criterio del objetivo del vencimiento, de acuerdo con el tenor del artículo 394.1, las costas del proceso “se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

Por su parte, el apartado segundo del artículo precitado dispone que en caso de estimación o desestimación parciales “cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad”.

Un sector de la doctrina considera que el precepto no es muy afortunado y sostiene que la correcta intelección del artículo es que, en caso de que ninguna de las partes sea completamente vencida no habrá condena en costas y cada parte soportará definitivamente los gastos que le correspondan, lo que no supondrá siempre que los gastos comunes se repartan “por mitad” ya que, en caso de litisconsorcio, por ejemplo, las proporciones pueden ser diferentes¹⁴.

En cualquier caso, nos encontramos ante una *contradic-tio in terminis* en la que caben varias interpretaciones.

Si nos atenemos a un criterio formalista, la prelación de los considerandos se impondría, lo que aboca necesariamente a considerar que debe prevalecer la norma procesal interna (la LEC, en este caso), pues el Considerando 95 antecede a los considerandos 98 y 99.

Una interpretación más flexible, que no tenga en cuenta el criterio formalista conduce a tener en cuenta el criterio ex-

¹⁴ DE LA OLIVA, ANDRÉS, *CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL II. PARTE ESPECIAL*, MADRID, EDITORIAL UNIVERSITARIA RAMÓN ARECES, 2012, P. 401.

puesto *in limine litis* e inferir, por lo tanto, que la imposición de las costas al consumidor actúa como un mecanismo disuasorio y que desde luego es contrario al Derecho de la Unión.

Me inclino por esta última tesis. En su favor, puede servir de apoyo para inclinar la balanza a favor de una interpretación flexible la ingente cantidad de demandas que aún no se han interpuesto, hecho sustentado en dos cuestiones, fundamentalmente: i) de un lado, la posible condena en costas derivada de un pronunciamiento desestimatorio y, ii) de otro, la espera de un pronunciamiento favorable a los intereses de los consumidores por parte del TJUE.

En cualquier caso, y con independencia del Fallo europeo, la remisión a la legislación procesal interna plantea incógnitas, por cuanto si estamos ante una estimación parcial, para no disuadir al consumidor, ¿debemos respetar su indemnidad y contravenir el precepto 394 de la LEC? Y más aún, ¿supone lo anterior imponer las costas judiciales en todo caso y de manera automática a las entidades financieras?

A mi juicio, sobre este punto sobrevuela cierta inseguridad jurídica. Hay que tener en cuenta que, desde la primera Sentencia del Tribunal Supremo, de diciembre la 2015, que declara la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y los pronunciamientos de enero de 2019, que sientan los criterios en cuanto a la distribución de los gastos los contratos de préstamos hipotecarios entre las partes, se interponen miles de demandas; muchos de estos litigios se encuentran *sub iudice*, tanto en primera como en segunda instancia. Al respecto, ¿opera la irretroactividad?

Hay que tener en cuenta que la litigiosidad en materia de gastos hipotecarios se ha venido resolviendo en sede de audiencia previa, fórmula por la que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) ha optado por considerarla expeditiva dada la apabullante casuística pero que no convence al tratarse de una pieza fundamental del juicio ordinario, concebida por lo tanto primigeniamente por el le-

gislador para otros fines, y cuya función queda a mi juicio desnaturalizada.

En la instancia, en sede de audiencia previa, pues, se han ido resolviendo los asuntos relativos a las cláusulas suelo con suerte distinta en función de la territorialidad del consumidor y muy influida, a su vez, por el criterio de la Audiencia Provincial correspondiente.

Tras las resoluciones de enero de 2019, ha habido, mayoritariamente, allanamientos parciales por parte de los demandantes (consumidores), que han renunciado a reclamar la devolución de Actos Jurídicos Documentados, la partida mayoritaria de gastos.

Por las razones expuestas, la espinosa cuestión de la irretroactividad se torna crucial, pues a todo lo anterior, aunque considero que una acción de nulidad ejercitada con éxito produce la destrucción del acto con fuerza retroactiva hay que añadir el asunto de los intereses que, en demandas que versen sobre préstamos hipotecarios vivos o cancelados cuatro años después y constituidos con cierta antigüedad pueden superar al principal, por lo que el alcance del recorrido judicial puede quedar limitado, como ya he defendido en otras ocasiones¹⁵.

En este sentido, hay que subrayar que la opinión del Alto Tribunal europeo es fuente de ley, pero un solo pronunciamiento no puede considerarse doctrina jurisprudencial consolidada, para lo que se precisan dos pronunciamientos emitidos por un mismo órgano jurisdiccional en un sentido análogo, y no pueden descartarse decisiones futuras con criterios que se alejen o contravengan tanto este último como

¹⁵ Por ejemplo, en CABALLERO, Laura, “*Overruling* del Tribunal Supremo español sobre la normativa del principal impuesto de la constitución de hipotecas. Comentario de la STS 1505/2018, de 16 de octubre”, *Revista de Derecho Actual*, Madrid, vol. V, p. 11.

decisiones futuras del Tribunal Supremo español¹⁶, si bien por el momento el nuevo criterio europeo está siendo ratificado¹⁷. Tampoco habría que descartar que en un futuro inmediato se impulsen mecanismos vía iniciativa legislativa o empresarial que incorporen soluciones que incorporen el nuevo criterio europeo en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores. En este sentido, pienso que al menos, debería vertebrarse un mecanismo extrajudicial que contribuya a la viabilidad de todas las reclamaciones en aras de evitar una nueva judicialización masiva.

C) SOBRE EL REPARTO DE LOS GASTOS

En esta Sentencia, la Corte de Luxemburgo distingue entre los gastos relativos a la constitución del negocio del préstamo hipotecario y la comisión de apertura.

En cuanto a los primeros (gestoría, notaría, registro y tasación), el criterio del TJUE está alineado con el criterio establecido por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus diversas sentencias dictadas en enero de 2019.

En concreto, el desglose de estos gastos quedará como sigue a continuación: registro, cien por ciento a cargo del prestamista y notaría, gestión y tasación quedarán repartidos entre el prestamista y el consumidor en un cincuenta por ciento. Este último (tasación) es el que más puntos de fricción ha suscitado en la ins-

¹⁶ Téngase en cuenta la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) censuró la jurisprudencia española que limitó los efectos retroactivos de la acción de nulidad por falta de transparencia material de la cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés aplicable.

¹⁷ Al cierre del presente trabajo, las resoluciones que se han dictado han acogido en su totalidad la doctrina contenida en la reciente Resolución del TJUE (por ejemplo, *vid.* STS 457/2020, de 24 de julio y SAP de Las Palmas 64/2020, de 23 de julio).

tancia. De hecho, junto a la prescripción alegada por las entidades financieras *ex* artículo 1.964 CC, es el uno de los motivos más recurrentes empleados en los recursos de apelación.

En sede de apelación, el argumento de las entidades financieras es el que sigue a continuación: quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para responder del préstamo es la parte que lo ofrece con dicha finalidad (el prestatario); la asunción de tal concepto de gasto por el consumidor no infringe ninguna norma imperativa, ni resulta abusivo que quien esté interesado en obtener un préstamo hipotecario deba hacer frente a los gastos del informe de tasación como solicitante del mismo. Por lo anterior, no puede concluirse que la asunción del coste de tasación se derive de la cláusula cuya nulidad se interese, estatuida en el contrato de préstamo hipotecario, por cuanto, como se deduce del certificado de tasación los servicios por los que se gira la factura se prestan previamente a la existencia de la referida cláusula, es decir, antes de la formalización de la operación, servicios de cuyo resultado depende, en gran medida, el buen fin o la frustración de esa ulterior y eventual contratación.

Al respecto, cabe afirmar que hay abundancia de resoluciones que niegan que la repercusión al consumidor prestatario de los gastos de tasación pueda considerarse abusiva, comprendiendo que la finalidad de ésta es permitir a la entidad de crédito configurar la oferta oportuna¹⁸. Resulta obvio, en estos casos, que el juzgador no ha agotado las posibilidades que le hubiera brindado una interpretación *contra proferentem*, el principio *favor contractus*, dimanante de la tutela del contratante débil, así como una interpretación favorable al consumidor.

¹⁸ Entre otras, pueden citarse las siguientes: SAP de Pontevedra 175/2014, de 14 de mayo; SAP de Pontevedra 46/2015, de 6 de febrero; SJM de Madrid 100/2015, de 29 de mayo; SAP de Barcelona 269/2015, de 18 de noviembre; SAP de Huelva 103/2016, de 24 de febrero; SJM de San Sebastián 81/2016, de 3 de marzo; SAP de Málaga 489/2016, de 5 de julio; SAP de Barcelona 225/2016, de 17 de octubre; SAP de Córdoba 17/2015, de 4 de diciembre.

Por lo tanto, que la Sentencia del TJUE esté alineada con el criterio reiterado por el Tribunal Supremo español no es óbice para este concreto punto quede definitivamente resuelto de una vez por todas; muy al contrario, la estimación de la pretensión en la instancia a menudo suele tonarse en contra del reclamante, pues suele ser uno de los principales motivos de oposición en los recursos que plantean las entidades financieras ante las AA.PP¹⁹.

¹⁹ En este sentido, para las entidades financieras, la inclusión de la tasación en la cláusula de gastos no contraviene disposición legal imperativa alguna ni implica un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. Este criterio de atribución según el cual es el prestatario es el que debe asumir íntegramente los gastos que supuso la tasación previa del inmueble ofrecido en garantía hipotecaria, lo comparten, entre otras, las sentencias 447/2017, de 13 de noviembre y 638/2018, de 20 de marzo, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante; 175/2018, de 19 de abril, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Alicante; 788/2018, de 14 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Almería; 295/2018, de 26 de junio y 431/2018, de 20 de noviembre, de las secciones primera y sexta, respectivamente, de la Audiencia Provincial de Asturias; 173/2018, de 12 de abril y 439/2018, de 20 de noviembre, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Gijón; 548/2018, de 4 de diciembre, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada; 590/2018, de 18 de diciembre y 17/2019, de 17 de enero, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada; 366/2018, de 10 de octubre y 400/2018, de 31 de octubre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León; 256/2017, de 29 de diciembre y 626/2018, de 27 de diciembre, de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Logroño; 865/2018, de 20 de diciembre, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia; 261/2018, de 7 de septiembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra; 97/2019, de 20 de marzo, de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca; 180/2018, de 24 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santander; 326/2018, de 28 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia; 37/2018, de 5 de marzo, de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Soria; 273/2018, de 12 de junio, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid. Además, tal y como indica la Sentencia 279/2019, de 7 de marzo, de la Audiencia Provincial

En cuanto a la comisión de apertura, como se ha señalado, el Tribunal europeo hace una remisión al juzgador nacional, en quien recaerá la tarea de examinar el carácter claro y comprensible de la cláusula en cuestión, al entender el TJUE que la misma no forma parte esencial del contrato.

Esta opinión constituye una novedad importante, ya que la Corte europea no se había pronunciado hasta el presente sobre esta concreta cuestión y contraviene la opinión del Tribunal Supremo español²⁰, que hasta ahora ha defendido que en tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque éste resulta desproporcionado a la prestación²¹.

Pero el Fallo europeo sí está alineado con la doctrina contenida en los pronunciamientos del TS de 2019 en otras cuestiones, como la que atribuye la principal tasa que grava la hipoteca -AJD- al prestatario.

Esta tasa concentra el grueso del monto económico total de la cláusula de gastos. Dos razones pueden haber inclinado la decisión final del TJUE de remitir a la legislación interna, en primer lugar, y a sometimiento del juzgador nacional, en última instancia: i) de un lado, la naturaleza del gasto, pues se trata de un tributo

de Alicante, Sección 8ª, “la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial -pendiente de transposición a nuestro ordenamiento jurídico- contempla dentro del coste total del crédito para el consumidor la valoración del bien cuando es necesaria para obtener el crédito, por lo que parece que es clara tendencia normativa la de entender que estamos ante un coste a cargo del prestatario y no del prestamista”.

²⁰ En efecto, en su STS de Pleno 44/2019, de 23 de enero de 2019, el Alto Tribunal español descarta que la cláusula relativa a la comisión de apertura sea abusiva si supera el control de transparencia (FJ3º, apdos. 1-24).

²¹ *Ibidem*, apdo. 21.

y, por lo tanto, es competencia del Estado español y ii) de otro, su elevada cuantía, lo que podría causar un problema en los balances de las entidades financieras de proporciones inusitadas.

Este último motivo, fundamentalmente, aleja la posibilidad de que pueda haber en un futuro próximo tanto una revisión de la legislación a nivel interno como una resolución que acoja un criterio distinto sobre el particular²².

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El nuevo criterio europeo introducido en la STJUE de julio de 2020 se aleja de la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo español en materia de comisión de apertura y costas judiciales. Junto a ambos, los intereses actuarán de efecto disuasorio en las entidades financieras, que evitarán incurrir en pleitos judiciales.

2. En cambio, el criterio del TJUE se alinea con la jurisprudencia reciente del Alto Tribunal español en lo que a los gastos de constitución y cancelación de préstamos hipotecarios respecta. Tras la Sentencia, la distribución de los gastos queda del siguiente modo: notaría, gestoría y tasación al cincuenta por ciento entre las dos partes contratantes, registro a cargo del prestamista en un cien

²² Y ello a pesar de que ha sido muy discutido en la doctrina jurisprudencial interna. En efecto, la traslación de esta tasa al prestatario ocasionó una pugna *ad intra*, incluso, en el seno del Tribunal Supremo español, cuyas salas primera y tercera sostuvieron en los meses de octubre y noviembre de 2018 criterios distintos, pero con escasos efectos *ad extra*. Finalmente, tras un *overruling* de la STS 1505/2018, de 16 de octubre, la Sala Tercera corrigió su propio criterio en una resolución de pleno muy discutida que salió adelante con el voto de calidad de su presidente (*vid.* STS 1671/2018, de 27 de noviembre) en la que se decidió que el sujeto pasivo de esta tasa era el prestatario, en línea, por lo tanto, con el criterio de la Sala Primera de este Tribunal (por todas, STS 44/2019, de 23 de enero).

por cien, y AJD, así como cualquier desembolso que se devengue del acto de cancelación registral recaerán íntegramente a cargo del prestatario.

3. Lo más relevante respecto a las cuestiones controvertidas de la Resolución, tanto aquéllas que se discuten en el Fallo (prescriptibilidad de las acciones restitutorias, costas procesales y reparto de gastos) como las que no son materia de la *ratio decidendi* (por ejemplo, retroactividad de la decisión) es la delimitación del alcance y la viabilidad de su proyección procesal y extraprocesal.

4. Con carácter prospectivo, el nuevo criterio europeo debería incluirse en una norma de derecho interno que resuelva sobre la prescriptibilidad de las acciones restitutorias derivadas de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos de préstamos con garantía hipotecaria celebrados con consumidores. Urge una armonización inclusiva de normativa de Derecho de Consumo europea, de *ius cogens*, en la que el legislador español introduzca especialidades conducentes a restablecer la tutela del contratante débil, en sintonía con el principio de primacía del derecho europeo.

5. En ausencia de solución normativa, debe aplicarse el principio de efectividad del orden público comunitario y establecer como *dies a quo* el 23 de enero de 2019. Ello implicaría que los cinco años a los que se refiere la STJUE deben contarse a partir de dicha fecha; por lo tanto, no prescribirá la acción de restitución de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios hasta el 23 de enero de 2024, fecha que se correspondería con el *dies ad quem*.