

DISTRIBUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS, COMISIÓN DE APERTURA, PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA E IMPOSICIÓN DE COSTAS JUDICIALES. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y SU INCIDENCIA EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

DISTRIBUTION OF MORTGAGE EXPENSES, COMMISSION OF OPENING, TERM OF PRESCRIPTION OF THE RESTITUTORY ACTION AND IMPOSITION OF JUDICIAL COSTS. THE STJUE OF JULY 16, 2020 AND ITS IMPACT ON THE JURISPRUDENTIAL DOCTRINE OF THE SUPREME COURT)

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 996-1025

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de octubre de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 viene a dar respuesta a las quince preguntas que, en sus cuestiones prejudiciales, le fueron planteadas por dos Juzgados de Instancia de Mallorca y de Ceuta, agrupadas en cuatro grandes categorías temáticas sobre la materia. En esta esperada resolución, el TJUE falla claramente en contra de los intereses de las entidades financieras, disponiendo con carácter general la necesaria devolución de los gastos declarados abusivos y cobrados indebidamente a los prestatarios consumidores, salvo que la ley nacional prevea lo contrario. Así, a excepción del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, los bancos deberán devolver los gastos derivados de las cláusulas que en su día fueron declaradas abusivas. Además, la sentencia abre la posibilidad de declarar abusivas las controvertidas comisiones de apertura. En este sentido, el fallo de esta resolución, que resuelve la cuestión respecto de un contrato hipotecario firmado con CaixaBank en el año 2000 y otro contraído con BBVA en el 2011, establece que los jueces nacionales son competentes para declarar abusivas las cláusulas de apertura, por cuya virtud se ha venido permitiendo al banco cobrar a los clientes una comisión por la mera apertura del crédito, pero sin ofrecer la contraprestación de un servicio a cambio. A este respecto, el TJUE considera que, a pesar de que este importe forme parte del total a pagar del préstamo, no se trata de una cláusula principal o esencial del acuerdo, sino de una estipulación accesoria y, como tal, su posible abusividad puede ser considerada por un órgano judicial nacional, con independencia de que España no haya transpuesto a su ordenamiento el art. 4, apartado 2, de la Directiva. La resolución del TJUE resulta terminante al establecer que la imposición al consumidor de esta comisión de apertura le resulta perjudicial y es un acto contrario a la buena fe, a no ser que la entidad demuestre que se está prestando un servicio a cambio, aspecto que debe ser determinado por el juez nacional, significando que la ley española ya disponía que por todo concepto cobrado debe prestarse un servicio. El TJUE puntualiza al respecto que cualquier cláusula que exima al profesional de demostrar que se han prestado estos servicios puede provocar un desequilibrio entre las partes, y por tanto los jueces tienen la competencia para poder declararlas también nulas. En la misma resolución el TJUE aborda la cuestión relativa al plazo de prescripción de la acción restitutoria, y a la imposición al consumidor de una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas posibilitando que las costas sean impuestas a las entidades bancarias. De manera casi inmediata a la resolución del Tribunal de Luxemburgo, la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 457/2020, de 24 de julio, aplica la doctrina fijada en la STJUE de 16 de julio de 2020.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca, cláusula de gastos, comisión de apertura, consumidor, costas judiciales, prescripción de la acción restitutoria, desequilibrio importante.

ABSTRACT: The Sentence of the Court of Justice of the European Union of July 16, 2020 comes to answer the fifteen questions that, in its preliminary rulings, were posed by two Courts of Instance of Mallorca and Ceuta, grouped into four main thematic categories on matter. In this long-awaited resolution, the CJEU clearly rules against the interests of financial entities, providing in general the necessary return of expenses declared abusive and unduly charged to consumer borrowers, unless the national law provides otherwise. Thus, with the exception of the Tax on Documented Legal Acts, banks must return the expenses derived from the clauses that were once declared unfair. In addition, the ruling opens the possibility of declaring the controversial opening commissions abusive. In this sense, the ruling of this resolution, which resolves the issue regarding a mortgage contract signed with CaixaBank in 2000 and another contracted with BBVA in 2011, establishes that national judges are competent to declare the opening clauses unfair, by virtue of which the bank has been allowed to charge clients a commission for the mere opening of the credit, but without offering the consideration of a service in exchange. In this regard, the CJEU considers that, despite the fact that this amount is part of the total payment of the loan, it is not a main or essential clause of the agreement, but an accessory stipulation and, as such, its possible abusiveness may be considered by a national judicial body, regardless of whether Spain has not transposed Article 4, paragraph 2, of the Directive into its legal system. The CJEU resolution is final by establishing that the imposition of this opening commission on the consumer is detrimental and is an act contrary to good faith, unless the entity demonstrates that a service is being provided in exchange, an aspect that must be determined by the national judge, meaning that Spanish law already provided that a service must be provided for all charges. The CJEU points out in this regard that any clause that exempts the professional from proving that these services have been provided may cause an imbalance between the parties, and therefore the judges have the competence to also declare them void. In the same resolution, the CJEU addresses the issue of the statute of limitations for the restitution action, and the imposition on the consumer of part of the procedural costs based on the amount of the amounts unduly paid, allowing the costs to be imposed on the banking entities. Almost immediately after the decision of the Luxembourg Court, the Judgment of the First Civil Chamber of the Supreme Court no. 457/2020, of July 24, applies the doctrine established in the STJUE of July 16, 2020.

KEY WORDS: mortgage, expenses clause, opening commission, consumer, legal costs, prescription of the restitutionary action, significant imbalance.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS GASTOS HIPOTECARIOS.- III. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE. IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.- 1. La cláusula de gastos.- 2. La comisión de apertura.- 3. El plazo de prescripción de la acción restitutoria.- 4. Sobre la condena en costas.- V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA STS 457/2020, DE 24 DE JULIO.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

La Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020 viene a dar respuesta a las quince preguntas que, en sus cuestiones prejudiciales, le fueron planteadas por dos Juzgados de Instancia de Mallorca y de Ceuta, agrupadas en cuatro grandes categorías temáticas sobre la materia¹. En esta esperada resolución, el TJUE falla claramente en contra de los intereses de las entidades financieras, disponiendo la necesaria devolución de los gastos declarados abusivos y cobrados indebidamente a los prestatarios consumidores, salvo que la ley nacional prevea lo contrario. Así, a excepción del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, los bancos deberán devolver los gastos derivados de las cláusulas que en su día fueron declaradas abusivas. Además, la sentencia abre la posibilidad de declarar abusivas las controvertidas comisiones de apertura. Y es que el fallo de esta resolución, que resuelve la cuestión respecto de un contrato hipotecario firmado con Caixabank en el año 2000 y otro contraído con BBVA en el 2011, establece que los jueces nacionales sí son competentes para declarar abusivas las cláusulas que contienen la comisión de apertura, por cuya virtud se permitía al banco cobrar a los clientes una comisión por la mera apertura del crédito, pero sin ofrecer la contraprestación de un servicio a cambio. A este respecto, el TJUE considera que, a pesar de que este importe forme parte del total a pagar del préstamo, no se trata de una cláusula principal o esencial del acuerdo, sino de una estipulación accesoria y, como tal, su posible abusividad puede ser considerada por un órgano judicial nacional, con independencia de que España no haya transpuesto a su ordenamiento el art. 4, apartado 2, de la Directiva. La resolución del TJUE

¹ Esta Sentencia recae en los asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial que fueron planteadas -con arreglo al art. 267 TFUE- por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19), en dos procedimientos que implican, respectivamente, a Caixabank, S. A. (C-224/19) y al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A (C-259/19).

• Carolina del Carmen Castillo Martínez

Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia n.º 4 de Castellón, Doctora en Derecho, Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), Profesora Asociada de Derecho Civil, Universitat de València Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

resulta terminante al establecer que la imposición al consumidor de esta comisión de apertura le resulta perjudicial y es un acto contrario a la buena fe, a no ser que la entidad demuestre que se está prestando un servicio a cambio, aspecto que debe ser determinado por el juez nacional, significando que la ley española ya disponía que por todo concepto cobrado debe prestarse un servicio. El TJUE puntualiza al respecto que cualquier cláusula que exima al profesional de demostrar que se han prestado estos servicios puede provocar un desequilibrio entre las partes, y por tanto los órganos judiciales tienen la competencia de declararlas también nulas.

Cuestión de relevancia también resuelta por el TJUE es la atinente a los plazos de prescripción a los que se somete la acción restitutoria. Ciertamente, la Directiva 93/13/CEE no se opone a que la reclamación quede sometida a un plazo de prescripción y así lo señala el Tribunal de Luxemburgo. Ahora bien, de aplicarse dicho plazo, el TJUE advierte que no se debe dificultar extraordinariamente el ejercicio del derecho del consumidor. Y si el plazo obstaculiza de forma injusta la reclamación del cliente, el juez podrá revisarlo. En este punto conviene considerar que la jurisprudencia nacional dispuso un plazo de cinco años, tomado del Código Civil, concluyendo nuestro Tribunal Supremo que dicho término empezaba a contar a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula. A pesar de ello, el Tribunal de Justicia Europeo precisa ahora que ese plazo, ya adoptado, podría dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE reconoce al prestatario consumidor, que no es consciente de que está asumiendo una condición abusiva, a pesar de lo cual el plazo prescriptivo comienza a transcurrir en su contra desde la perfección del contrato. Es por lo que se declara que el juez nacional debe revisar la cuestión para concluir si existe un desequilibrio entre las partes en este aspecto y actuar en consecuencia.

Finalmente, el Tribunal de Justicia Europeo declara que la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad se oponen a un régimen que permite que al consumidor se le impongan una parte de las costas procesales en función del importe estimado respecto de las cantidades indebidamente pagadas que se reclaman, por entender que este régimen genera un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer su derecho, conferido por la Directiva, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales, posibilitando que las costas sean impuestas a las entidades bancarias.

De manera casi inmediata a la resolución del Tribunal de Luxemburgo, la STS 24 julio 2020² aplica la doctrina fijada en la STJUE 16 julio 2020.

2 STS 24 julio 2020 (ROJ: STS 2495/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2495). En el caso enjuiciado se trata de un contrato de préstamo hipotecario con consumidores. La Sala reitera la jurisprudencia sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos a los prestatarios, así como la doctrina jurisprudencial acerca de a quien corresponde, a falta de pacto, satisfacer los gastos notariales y registrales y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Y se constata la confirmación de la señalada doctrina jurisprudencial por la STJUE 16 julio 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS GASTOS HIPOTECARIOS.

Sin perjuicio de considerar la cuestión a la que alude este epígrafe de manera más breve de lo que lo hice en otra sede³, resulta de interés ofrecer siquiera un sucinto panorama de la doctrina jurisprudencial consolidada por nuestro Alto Tribunal con anterioridad al pronunciamiento del TJUE que ahora analizo en relación con los gastos hipotecarios. Apenas unos breves apuntes pueden servir ahora para ubicarnos en la situación previa a la STJUE 16 julio 2020 que, como doctrina jurisprudencial, ofrecía nuestro Tribunal Supremo, y que, en síntesis, venía a establecer que (i) declarada la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos hipotecarios contenida en la escritura de préstamo garantizado mediante hipoteca, se debe restituir únicamente la mitad de los gastos generados por notaría y gestoría; que (ii) la comisión de apertura no se encuentra sometida al control de abusividad, toda vez que la misma se integra en el precio, de suyo elemento esencial del contrato, y, en consecuencia, su incorporación únicamente requiere superar el control de transparencia y no el de abusividad, de conformidad con la previsión contenida en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE; que (iii) el plazo de prescripción de la acción restitutoria es el prevenido en el art. 1964, párrafo 2º del CC, incluso considerando que la acción de nulidad radical, como es sabido, es, de suyo, imprescriptible; y que (iv) al no acogerse totalmente las pretensiones contenidas en las demandas por las que se interese la íntegra devolución de los gastos hipotecarios, incluso declarando la cláusula nula por abusiva, resulta impedida la condena en costas a la parte demandada, es decir, a la entidad prestamista predisponente⁴.

Como es sabido, en fecha 23 de enero de 2019 el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictó cinco sentencias⁵, en las que en Alto Tribunal sentaba doctrina jurisprudencial acerca de los efectos de la devolución de los gastos

3 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: “Cláusula de impuesto y gastos (I). Gastos” en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. FORTEA GORBE y C. CASTILLO MARTÍNEZ), Valencia, 2019, pp. 553-596, y “Cláusula de impuesto y gastos (II). Impuestos. Especial consideración al AIJD”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. FORTEA GORBE y C. CASTILLO MARTÍNEZ), Valencia, 2019, pp. 597-636.

4 Frente a lo cual, la STJUE 16 julio 2020 viene a sentar la doctrina jurisprudencial que, con referencia a la cláusula de gastos hipotecarios, se resume en que (i) la restitución sólo en parte de los gastos supone una moderación que contraviene la Directiva 93/13/CEE, lo que implica la necesidad de la íntegra restitución del gasto que supuestamente incumbe al consumidor en atención a la cláusula que se declara nula por abusiva; que (ii) la restricción del plazo prescriptivo de la acción restitutoria se opone a la Directiva 93/13/CEE si se establece el inicio de su cómputo en un momento que impide o dificulta al prestatario consumidor obtener la devolución; y que (iii) el pronunciamiento relativo a la no condena en costas fundada en la desestimación parcial de la demanda contraviene el principio de efectividad del Derecho Europeo.

5 Se trata de las SSTS núm. 44 (ECLI:ES:TS:2019:102), 46 (ECLI:ES:TS:2019:101), 47 (ECLI:ES:TS:2019:103), 48 (ECLI:ES:TS:2019:104) y 49 (ECLI:ES:TS:2019:105)/2019, a las que me volveré a referir en otro apartado de este trabajo.

hipotecarios tras la declaración de nulidad, por abusiva, de la concreta estipulación. En las señaladas resoluciones, a los efectos de determinar los conceptos a devolver a fin de que al prestatario consumidor se le reponga a la situación anterior a la eficacia de la cláusula de gastos, el Tribunal Supremo considera como premisa atender a lo dispuesto por el Derecho supletorio y, desde dicha proposición, concluyó la necesaria devolución de la totalidad de los gastos generados en el Registro de la Propiedad⁶, la de la mitad de los gastos de notaría⁷, la de la mitad de los gastos de gestoría⁸. Y, con precisa referencia al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, las Sentencias de 15 de marzo de 2018⁹ ya habían declarado que no se debía devolver cantidad alguna, toda vez que el sujeto pasivo del impuesto era el prestatario, según literalidad de la disposición contenida en el art. 68, II, del RD 828/1995, de 29 de mayo¹⁰, y a pesar de que al mismo se le opusiera el contenido del art. 29 de la Ley del impuesto que, por aplicación del principio de jerarquía normativa, resultaba de aplicación preferente¹¹.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS ANTE EL TJUE.

Las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Luxemburgo por los Juzgados de instancia de Mallorca y de Ceuta comprendían las preguntas siguientes.

- 6 En atención a la previsión contenida en la norma octava del Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, a cuyo tenor, "los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho", y atendida la circunstancia de que el único derecho inscribible en el Registro de la Propiedad es el derecho real de hipoteca, que se constituye en garantía del cumplimiento de la obligación de la que es titular activo el prestamista, por consiguiente a favor del interés del mismo.
- 7 En atención al contenido de la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, por cuya virtud "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente", y considerando que tanto prestamista como prestatario son obligados solidarios al pago pues al primero le interesa la hipoteca y al otro el préstamo y ambos negocios jurídicos vinculados por el nexo de accesoriidad que la garantía implica resultan inescindibles.
- 8 En atención a la previsión contenida en el art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que únicamente establece la obligación de las entidades de informar del derecho que asiste al prestatario de elegir de mutuo acuerdo la entidad tasadora y gestoría, y toda vez que la intervención del gestor es de interés para ambas partes, prestamista y prestatario.
- 9 SSTs 15 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:848 y ECLI:ES:TS:2018:849, respectivamente).
- 10 Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD.
- 11 En todo caso, conviene tener en cuenta que las Sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en fechas 16 de octubre de 2018, 22 de octubre de 2018 y 23 de octubre de 2018 acordaron la nulidad del art. 68; II, del Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, "por cuanto que la expresión que contiene ("cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario") es contraria a la ley". Sin duda, como tuve ocasión de explicar en otro lugar (CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: "El derecho del prestatario a recuperar la parte de cuota gradual del IAJD devengado por la escritura del préstamo hipotecario y la abusividad de la cláusula que impone el pago del impuesto al prestatario: comentario crítico a la STS, Sala Iª, 148/2018, de 15 de marzo", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 69, 2019, pp. 5-28), la declaración de nulidad del precepto, determina la ineficacia de la doctrina sentada por la Sala Primera al respecto.

I. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Instancia n° 17 de Palma de Mallorca.

Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, en su cuestión prejudicial, se planteó ante el TJUE un total de trece preguntas que podrían quedar resumidas, en esencia, en los contenidos siguientes.

Primera. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE el que se moderen las consecuencias de la nulidad declarada de la cláusula que atribuye todos los gastos generados por el préstamo hipotecario al prestatario.

Segunda. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada nula la cláusula de gastos, se distribuyan los mismos por mitad entre el predisponente prestamista y el prestatario consumidor.

Tercera. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada nula la cláusula de gastos, no verifique la restitución del importe de la tasación del inmueble objeto de la garantía practicada, así como del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y, además, si resulta contraria al art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE la atribución al prestatario de la carga de acreditar que no se le permitió aportar la tasación del inmueble a su instancia practicada.

Cuarta. Si resulta conforme con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que declarada nula la cláusula de gastos, persista el prestamista en imponer al consumidor los gastos de modificación o cancelación de la hipoteca.

Quinta. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito de la restitución y si, por otra parte, dicha jurisprudencia sería contraria al efecto disuasorio pretendido por el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Sexta. Si resulta válida la moderación con fundamento en el interés el prestatario.

Séptima. Si resulta conforme con el art. 3.1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que declara que las comisiones de apertura superan automáticamente el control de transparencia, y si tal planteamiento implica una inversión de la carga de la prueba.

Octava. Si resulta conforme con el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE que el prestamista predisponente no deba acreditar la realidad de la negociación individualizada de la estipulación comprensiva de la comisión de apertura.

Novena. Si resulta conforme con los arts. 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que veta el control de abusividad por comprender que la comisión de apertura se integra en el precio y si debe considerarse que la señalada comisión constituye, o no, una retribución accesorio.

Décima. Si puede invocarse el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, toda vez que dicho precepto no ha sido transpuesto por el legislador al ordenamiento español.

Undécima. Si, de conformidad con el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, debe considerarse que una comisión de apertura no negociada individualmente en cual el prestamista no acredite que la comisión en cuestión responde a servicios efectivamente prestados y a los gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

Décimosegunda. Si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, declarada la abusividad de la cláusula, debe resultar condenado en costas el prestamista, con independencia de la restitución concreta de las cantidades a que la sentencia condene, entendiéndose que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades integra únicamente una pretensión accesorio, por consiguiente, inherente a la anterior.

Décimotercera. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula puedan resultar limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque resulte conocido que la acción de nulidad radical es, por su propia naturaleza, imprescriptible.

2. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Instancia de Ceuta.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta planteó cuestión prejudicial, preguntando al TJUE sobre la cláusula de gastos, a través de dos proposiciones que se resumen en lo siguiente.

Primera. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo español, en sus sentencias números 44 a 49, todas ellas de 23 de enero de 2019, en las que acuerda la distribución, entre la entidad bancaria prestamista y el consumidor prestatario, de las diferentes partidas que conforman la cláusula de gastos abusiva, con propósito de limitar el importe a restituir correspondiente a las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la legislación nacional.

Segunda. Si resulta conforme con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE la interpretación integradora, practicada por el Tribunal Supremo español, de una cláusula tachada de nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos que de ello se derivan no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo garantizado con hipoteca.

IV. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y SU RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.

I. La cláusula de gastos.

Sobre la restitución de los gastos el Tribunal de Luxemburgo expone dos pronunciamientos que se refieren a los dos siguientes aspectos.

1º. Para mantener la existencia de la acción del consumidor a los efectos de solicitar la devolución de gastos, declarando lo que sigue: "1) El art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos".

2º. Para declarar la prescriptibilidad –siempre que resulte razonable– de la acción que asiste al consumidor con el propósito de solicitar la devolución de gastos, declarando lo que sigue: "4) El art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución". No obstante, esta cuestión, así como el pronunciamiento que la afecta, será objeto de tratamiento separado en este mismo apartado.

Por cuanto se refiere a los efectos de la nulidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, es preciso tener presente la doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo al resolver los asuntos que constituyen el objeto de la controversia en las Sentencias de 23 de enero de 2019 (SSTS 44,

46, 47, 48 y 49/19), ya mencionadas, a partir de las que la Sala sienta doctrina acerca de la cuestión de la distribución de los gastos en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, estimando, como ya quedó expuesto, que el arancel notarial debe asumirse por mitad entre la entidad bancaria y el prestatario consumidor; que el arancel registral debe asumirlo íntegramente la entidad prestamista en lo atinente a los gastos de constitución y por el consumidor en lo referente a los gastos de cancelación, y los gastos de gestión deben distribuirse por mitad entre la entidad predisponente y el prestatario, declarándose asimismo en aquel momento que el impuesto de actos jurídicos documentados sea asumido por el prestatario.

Pues bien, en el apartado 55 de la Sentencia de 16 de julio de 2020, el TJUE declara que el juez nacional no puede rechazar la solicitud del consumidor en orden a la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada nula por abusiva, a no ser que las disposiciones de Derecho nacional que resulten aplicables en defecto de dicha cláusula -cuya existencia no consta, por ser nula por abusiva- dispusieran que el consumidor debe asumir el pago de la totalidad o de una parte de dichos gastos.

Conviene tener en cuenta que la STS 23 enero 2019 que sentaba doctrina sobre este particular, declaraba a este respecto lo siguiente: "Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (*rectius*, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico" (F. Jco Cuarto). De esta manera resultaba que el art. 63 del Reglamento Notarial, venía a justificar que la intervención del fedatario interesaba a ambas partes contratantes y así, el gasto generado por la misma debía repartirse por mitades. Y, por cuanto se refiere a los aranceles registrales, como también quedó expuesto, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, declaraba que "los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Por consiguiente, la Sala viene a concluir que interesa al prestamista la inscripción de la constitución de la garantía real hipotecaria, por lo que el completo gasto generado a tal efecto debe ser abonado por el banco, en tanto que por interesar

al prestatario la inscripción de la cancelación, será el consumidor quien deba asumir dicho gasto. Finalmente, por cuanto se refiere a la gestoría, al no concurrir norma de derecho interno que regule la distribución de los gastos, considera el Alto Tribunal que como las gestiones benefician a ambas partes contratantes, en consecuencia, el señalado gasto debe ser distribuido por mitad.

Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo reitera que, una vez una cláusula ha sido tachada de abusividad y, por ende, declarada nula, su eficacia queda anulada y no puede ser aplicada, de manera que el órgano judicial nacional no puede entrar a moderarla porque esa actuación restringiría el efecto disuasorio impuesto por la Directiva 93/13/CEE (apartados 50 y 51¹²). Y, de esta manera, se impone actuar como si la estipulación no se hubiera acordado nunca, y volver a ubicar al prestatario en la misma situación *de facto* y *de iure* en la que estaría si la estipulación declarada abusiva no se hubiera aplicado, y esta situación implica el necesario reintegro de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor (apartados 52 y 53¹³). No obstante lo cual, el TJUE considera que “el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6, apartado I, ni el art. 7, apartado I, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar” (apartado

12 Los apartados 50 y 51 de la STJUE 16 julio 2020 declaran lo que sigue: “A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al art. 6, apartado I, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)” (50) (...) “De lo anterior se sigue que al juez nacional no debe atribírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (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 60) (51).

13 Los apartados 52 y 53 de la STJUE 16 julio 2020 resultan del tenor siguiente: “En consecuencia, debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, 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 (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)” (52) (...) “De este modo, el Tribunal de Justicia ha considerado que el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (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 62)” (53).

54¹⁴). Por consiguiente, se concluye que se opone a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE el que, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, “el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan¹⁵ al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos” (apartado 55¹⁵). Por otra parte, el Tribunal de Luxemburgo no considera, ni siquiera menciona, ni los gastos de tasación, ni los posibles gastos de modificación y cancelación ni el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

En definitiva, tras la STJUE 16 julio 2020, atendida la circunstancia de que el Derecho supletorio nacional no impone el pago de los gastos hipotecarios al prestatario consumidor, debe entenderse la procedencia del reintegro de los siguientes.

a) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, también porque las SSTS, Sala 3^a, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, vinieron a declarar la nulidad del párrafo 2º del art. 68 del RITP y AJD “por cuanto que la expresión que contiene (“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”) es contraria a la ley”. Así, en consecuencia, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 29 TRITP y AJD y el art. 68 del RITP y AJD “será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”, resultando que el adquirente del derecho (real de hipoteca) es el acreedor asegurado. En cualquier caso, siempre respecto de los préstamos otorgados con posterioridad al 10 de noviembre de 2018, fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2018 por el que se modificó el art. 29 TRITP y AJD que vino a precisar la circunstancia de que “cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”¹⁶.

14 El apartado 54 de la STJUE 16 julio 2020 explica que: “Una vez recordadas estas consideraciones, procede asimismo señalar que el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6, apartado 1, ni el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar”.

15 En el apartado 55 de la STJUE 16 julio 2020 se establece que: “Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y a las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-259/19 que el art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos”.

16 Previsión legal concordante con el contenido del art. 14.1.iv de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, que entró en vigor el 16 de junio de 2019.

b) Gastos de registro, respecto de los que se mantiene la misma atribución en la Ley 5/2019, de 5 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario (cfr. art. 14.1.iii de la LCCI).

c) Gastos notariales, salvo las copias simples recibidas por el prestatario. Y es que la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, establece que “la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”. Sin que quepa concluir al respecto que el Derecho supletorio imponga el gasto, ni siquiera parcialmente, al prestatario, toda vez que el obligado en primer término es quien solicite la intervención del fedatario, resultando en la casi totalidad de los supuestos que los servicios notariales son solicitados por la entidad financiera que le envía la minuta¹⁷, y le proporciona la pertinente información al prestatario, siendo el verdadero interesado en el otorgamiento de la escritura pública constitutiva de la garantía hipotecaria por ser vehículo imprescindible para verificar el acceso al Registro de la Propiedad del título acreditativo de su condición de titular del derecho real de garantía en que la hipoteca consiste¹⁸.

d) Gastos de gestoría, considerando que hasta la Ley 5/2019 ninguna norma regulaba su atribución, por lo que en los préstamos perfeccionados con anterioridad a la misma puede ser reclamado íntegramente el importe abonado por el prestatario consumidor en tal concepto¹⁹.

e) Gastos de tasación, respecto de los que tampoco existía norma previa de atribución hasta la Ley 5/2019, por lo que, lo mismo que en el supuesto anterior, respecto de los contratos celebrados con anterioridad a la LCCI procede la total devolución de las cantidades por esta partida abonadas por el consumidor²⁰.

2. La comisión de apertura.

El TJUE se pronuncia sobre la comisión de apertura en dos sentidos:

¹⁷ Cfr. art. 147 del Reglamento Notarial.

¹⁸ En todo caso, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, los gastos de notaría deben distribuirse de manera que al prestamista le corresponde asumir el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (cfr. art. 14.1.ii de la Ley 5/2019), de manera que, de imponerse una estipulación por la que se impusiera íntegramente los gastos notariales al prestatario consumidor, éste podría interesar el reintegro de la totalidad de lo pagado indebidamente, salvo las copias por él mismo solicitadas (D.A 8ª Ley 5/2019).

¹⁹ La Ley 5/2019 impone esta partida al prestamista (art. 14.1 i de la LCCI).

²⁰ En los préstamos suscritos tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019 el obligado a asumir este gasto es el prestatario (art. 14.1.i de la LCCI).

1º. Para declararla sometida al control de abusividad expresando, a tal efecto, lo siguiente: “2) El art. 3, el art. 4, apartado 2, y el art. 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el art. 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado”.

2º. Para condicionar su licitud a la efectividad de los servicios efectivamente prestados por el banco o de los gastos en los que haya incurrido señalando lo que sigue: “3) El art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente”.

En este punto, el TJUE unifica la consideración de las cuestiones al efecto planteadas por el juzgado remitente, a excepción de la última de ellas, expresando que se trata “fundamentalmente” de determinar si es contraria a la Directiva “una jurisprudencia nacional que excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura por la razón de que tal comisión es un elemento del precio del contrato en el sentido del art. 4, apartado 2, de esta Directiva, y que al mismo tiempo considera que tal cláusula cumple por sí misma la exigencia de transparencia que impone esta última disposición”. Y, formulada de este modo la pregunta, la respuesta ofrecida es que la jurisprudencia nacional no resulta contraria a la Directiva 93/13/CEE, porque el Tribunal Supremo defiende la primera proposición, pero no “al mismo tiempo” la segunda, toda vez que en su doctrina jurisprudencial no excluye el examen de transparencia.

En suma, la cuestión nuclear se localiza en determinar si resulta conforme a la Directiva considerar que la comisión de apertura es una de las prestaciones

esenciales que realiza el prestatario o, expresado en otros términos, si es parte del precio que se abona para poder disponer del dinero recibido como objeto del préstamo.

En el ámbito ahora considerado resulta de enorme interés considerar la solución que ofrece el Tribunal de Luxemburgo sobre la cuestión de si la atinente a la comisión de apertura constituye una cláusula que integra un elemento esencial del contrato de préstamo, en definitiva, el precio. Acerca de este particular, en el apartado 64 de la Sentencia²¹, el TJUE declara que una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de éste. Y tal circunstancia implica que el juez nacional deba verificar el control de transparencia, valorando todas las circunstancias concurrentes en orden a la celebración del contrato, la información al consumidor, la publicidad e información facilitada al consumidor²². Por su parte, a la entidad financiera le incumbe acreditar con qué servicio prestado se corresponde la comisión de apertura en cuestión, el mecanismo de su funcionamiento, y también su específica función en el seno del contrato de préstamo. Y tan sólo procediendo de la manera señalada, el prestatario consumidor podrá tener conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (apartado 70²³). Específicamente,

- 21 El apartado 64 de la STJUE 16 julio 2020 resulta del tenor siguiente: “No obstante, para orientar al juez nacional en su apreciación, resulta oportuno precisar que el alcance exacto de los conceptos de «objeto principal» y de «precio», en el sentido del art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no puede establecerse mediante el concepto de «coste total del crédito para el consumidor», en el sentido del art. 3, letra g), de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133, p. 66) (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 47). Una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”.
- 22 Toda vez que la Directiva 93/13/CEE “se opone a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen” de la misma. Pero es que este mismo razonamiento lo ha expresado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias y la STS 44/2019, además, lo presupone. En este punto el TJUE reitera que la transparencia material implica la obligación de proporcionar la información necesaria para que el deudor “adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo”, pero es que esta consideración no difiere de lo ya expresado por el Tribunal Supremo. Por otra parte, resulta cuestionable la exigencia de que al consumidor se le deba permitir tener conocimiento de “los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión ... y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión”, toda vez que la transparencia material se localiza en el conocimiento de los efectos sobre el contrato y la STJUE no concreta a qué motivos se refiere específicamente ni si lo son los costes generados respecto de los que la sentencia de apelación suponía no individualizables, resultando que la concurrencia de determinadas razones o causas únicamente resulta exigible en el supuesto de que la comisión sea ocasional por hacerse depender, supuesto el impago, de concretas circunstancias como sería la generación de costes acreditados. Por lo que, con precisa referencia a la comisión de apertura, únicamente se podría invocar la falta de transparencia en el supuesto de no justificarse su devengo por la misma perfección del contrato.
- 23 A cuyo tenor: “En estas circunstancias, incumbe al juez nacional comprobar, tomando en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (véase, por analogía, la sentencia de 26 de febrero

por cuanto se refiere al desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes generado por la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura, el TJUE resuelve considerando lo ya indicado; y es que debe constatarse la existencia de un desequilibrio importante entre las partes cuando la entidad financiera no acredite que la comisión de apertura a valorar se corresponde con servicios efectivamente prestados o bien con concretos gastos atribuibles al prestatario²⁴. Y, en todo caso, todas estas cuestiones deberán ser valoradas por el juez nacional²⁵.

3. El plazo de prescripción de la acción restitutoria.

Sin duda, la relativa al plazo de prescripción de la acción de restitución constituye la cuestión que más inquietud generaba en el ámbito temático que abarca la

de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 77), y podrá, así, valorar el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato”.

- 24 El TJUE declara que corresponde al juez nacional determinar el carácter abusivo o contrario a la buena fe de la concreta comisión de apertura, considerando para ello todas las circunstancias del contrato y, como elementos a valorar, señala el de “si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”. Sobre este particular cabría considerar que, en la práctica bancaria con profesionales, prácticamente todos los contratos de préstamo concertados incorporan una comisión de apertura, de tal manera que no parece adecuado considerar que la referida comisión pueda considerarse abusiva si su inclusión se encuentra en el ámbito de lo que pudiera considerarse como una práctica o patrón usual.
- 25 Así, el TJUE considera que si la comisión de apertura forma parte, o no, del precio, es cuestión que corresponde ser apreciada por el juez nacional, si bien señala como criterio orientativo que “*la comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de éste*”, entendiendo que la doctrina del Alto Tribunal será contraria a la Directiva 93/13/CEE si considerara que forma parte del precio por este “mero hecho” de que forme parte del coste total, en particular de que se incluya en la TAE. Pero conviene precisar que no es el señalado el argumento del TS, que declara que “el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales”, destacando inicialmente que la comisión de apertura no es un coste eventual, que se puede generar o no según lo que suceda en la relación contractual, circunstancia que, sin duda, la aproxima a su consideración como prestación esencial y no accesorio, pero entendiendo que forma parte del precio, fundando tal razonamiento en la consideración de los tipos de costes que aprecia la entidad financiera al otorgar el préstamo, a saber, por un lado, el coste del dinero que se le proporciona al prestatario y, por otro, el generado por la necesaria realización de actividades imprescindibles para la concesión y que se verifican únicamente una vez. Así, en tal sentido, el Tribunal Supremo declara que “la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo». Esas actuaciones no solo derivan de las necesidades organizativas del banco, sino que como dice también la sentencia «son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE (LA LEY 2640/2014)”. De lo que se infiere fundado concretar el precio del préstamo atendiendo tanto al coste de “la concesión” como al generado por el “disfrute” del préstamo, precisando que la comisión de apertura no resulta equiparable a otras comisiones, para concluir que no forma parte del precio únicamente por estar incluida en la TAE sino por su especial justificación y naturaleza y, por tanto, no es contraria a lo que dice el TJUE. Y de lo expuesto se deduce que la Directiva 93/13/CEE permite concluir que una comisión puede ocasionar un desequilibrio importante “cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente”. Ciertamente, resulta cuanto menos llamativo que ninguno de los criterios extraídos de la Directiva y de la doctrina jurisprudencial que la interpreta conduzca a la apuntada consideración que el Tribunal de Luxemburgo parece extraer de la norma nacional que menciona y que, en todo caso, correspondería interpretar al Tribunal Supremo, que ya en su Sentencia núm. 44/2019 declaró que la comisión de apertura responde a la actividad normal de concesión del préstamo -que concita numerosas imposiciones de carácter legal-, que forma parte del precio, y que no es imprescindible ni posible vincularla con gastos concretos.

STJUE de 16 de julio de 2020. En definitiva, se trata de precisar la posibilidad de limitación temporal de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. En torno a esta cuestión se genera la relativa a si nos hallamos ante un supuesto de imprescriptibilidad de la restitución de los efectos de nulidad, o de si cabe cercenar temporalmente los efectos restitutorios, declarando que la acción de reclamación prescribe por el transcurso de cinco años.

El Tribunal de Luxemburgo enfrenta esta materia fundándose en dos principios fundamentales del orden público comunitario, cuales son el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

Así, en atención al principio de equivalencia el TJUE viene a declarar que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que constriña a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de nulidad, por abusiva, de la estipulación en cuestión. Desde esta consideración resulta que, atendiendo a la regulación que ofrece el Derecho español acerca de cuándo nos hallamos ante una nulidad absoluta o radical, no aparece regulada en nuestro Código Civil la prescripción de la acción restitutoria. Y esta circunstancia podría suponer la necesidad de verificar una interpretación amplia del principio de equivalencia en sentido de entender que la acción es imprescriptible, toda vez que concurre una ausencia regulatoria legal en nuestro Derecho nacional, pues ciertamente toda limitación temporal establecida en relación con la posibilidad de ejercicio temporal de la acción de restitución obedece a la existencia de una construcción jurisprudencial aunque no a la realidad de una norma legal que expresamente lo establezca²⁶.

Por cuanto se refiere al principio de efectividad, en los apartados 91 y 92 de la Sentencia el Tribunal de Luxemburgo²⁷ declara que puede resultar excesivamente

26 Y es que sobre esta situación cabe citar abundantes ejemplos. Así, cfr., por todas, la STS 14 julio 2009 (RO): STS 4672/2009) en la cual, en un litigio relativo a la usura se señala como *dies a quo* para el cómputo de la acción, el momento de celebración del contrato para concluirse la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de su restitución; la STS 12 diciembre 2012, en la que se declara que la consumación del contrato de préstamo hipotecario no impide el ejercicio de la acción restitutoria, aunque si deja a salvo la prescripción, respecto de la cual no se concluye su plazo; y la STS 19 diciembre 2018 que aplica la doctrina del orden público comunitario.

27 El apartado 91 de la STJUE 16 junio 2020 expresa que: "Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato □con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula□, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica". Por su parte, el apartado 92 declara lo que sigue: "Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución".

complicado para un consumidor el ejercicio de sus derechos restitutorios fijando el *dies a quo* de dicha acción con referencia al tiempo de celebración del contrato, contravieniéndose con ello el principio de efectividad, toda vez que resultaría imposible, o excesivamente difícil, en la práctica el ejercicio del derecho del consumidor a la restitución. Al respecto, es de apreciar que si se vincula el principio de efectividad con la previa cuestión resuelta, al conocer de las consecuencias restitutorias el prestatario consumidor, todo ello en relación al momento en que se sentó doctrina jurisprudencial en el ámbito nacional acerca de en qué momento podía reclamar el consumidor la restitución de lo indebidamente abonado una vez declarada la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos hipotecarios, resulta que el *dies a quo* para el cómputo de la posibilidad de ejercicio de la acción debería fijarse al menos, en atención a lo precedentemente expuesto, el 23 de enero de 2019, lo que supone que los cinco años a los que se refiere el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 16 de julio de 2020 deberían contarse desde la señalada fecha. En consecuencia, cabría entender que la acción de restitución de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios no prescribirá hasta el 23 de enero de 2024²⁸.

De manera que al no existir norma de Derecho interno que disponga sobre el plazo de prescripción de las acciones restitutorias que se generan como consecuencia de la declaración de nulidad, por abusiva, de una estipulación o condición general de la contratación, se hace preciso armonizar esta circunstancia con la normativa específica que constituye la tuitiva de consumidores, en la que el legislador sí que ha incorporado especialidades que conducen a un tratamiento asimétrico, a los efectos de restablecer la igualdad de posiciones entre las partes y armonizar con el principio de primacía concurrente en el Derecho comunitario, que también se integra, como es sabido, en nuestro sistema de fuentes.

La reflexión que de inmediato se desprende de lo que hasta ahora considerado es que la necesidad de actuación vuelve a ubicarse, una vez más, en el tejado del poder legislativo y no debe trasladarse, como en tantas otras ocasiones, a los órganos judiciales, condenando al prestatario consumidor a la inevitable sucesión de la disparidad de criterios judiciales en orden a determinar si, con posterioridad a declararse nula una estipulación contractual o una condición general de la contratación, el prestatario tiene o no derecho a que lo indebidamente abonado le

28 Sobre este particular conviene tener en cuenta que el TJUE, a partir de su Sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, señala que es el Tribunal Supremo el órgano judicial obligado a armonizar la interpretación del Derecho nacional con la doctrina comunitaria y, en tal sentido, se declara que: "No puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro —como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del 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". Esta doctrina resulta reiterada en la STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17.

sea restituido con posibilidad de ejercitar su reclamación en un plazo imprescriptible, o limitado por los criterios generales de prescripción de las acciones.

4. Sobre la condena en costas.

Sobre este punto el TJUE considera la improcedencia de imponer al consumidor la parte proporcional de las costas procesales por su efecto disuasorio señalando que: “El art. 6, apartado 1, y el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”.

Al respecto, los apartados 98 y 99 de la STJUE 16 julio 2020 señalan que la eventual imposición de las costas judiciales vinculada al importe de las cantidades indebidamente abonadas cuya restitución interesa bien pudiera disuadir al consumidor de ejercitar la acción de nulidad. Pero, ante tal reflexión, cabe preguntarse si, hallándonos ante una estimación parcial y a los efectos de no influir en la decisión del consumidor, se encuentra justificada la contravención de la previsión legal contenida en el art. 394 LEC, en el que se dispone que la estimación parcial implica la no imposición de las costas judiciales a de las partes, y, en sentido contrario, imponer en todo caso las costas judiciales a la entidad financiera prestamista predisponente. Y es que no resulta clara la intención del Tribunal de Luxemburgo cuando en el apartado 95 de su Sentencia admite la autonomía procesal de los Estados miembros en la distribución de las costas, de lo que se infiere el planteamiento de una nueva cuestión de debate²⁹.

V. INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA STS 457/2020, DE 24 DE JULIO.

Como ya anticipé, próxima en el tiempo a la STJUE 16 julio 2020, la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 457/2020 de 24 julio 2020, aplica la doctrina fijada en su resolución por el Tribunal de Luxemburgo.

29 El apartado 95 de la STJUE de 16 de julio de 2020 resulta del tenor siguiente: “A este respecto, resulta de la jurisprudencia mencionada en el anterior apartado 83 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, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.

Resulta de interés señalar que el antecedente más próximo de la resolución del Alto Tribunal ahora considerada lo constituyen las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 46, 47, 48 y 49, de 23 de enero de 2019. En la Sentencia núm. 46/2019³⁰ -y en las siguientes del mismo Ponente y fecha: la núm. 47/2019³¹, la núm. 48/2019³² y la núm. 49/2019³³ – el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo sentó doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestatario la obligación de pago de la totalidad de los gastos e impuestos. Esta estipulación ya había resultado declarada nula, por abusiva, por la STS 23 diciembre 2015³⁴. Por otra parte, interesa significar que esta doctrina jurisprudencial, anterior a las Sentencias del Pleno de 23 de enero de 2019, constaba ya en otras resoluciones anteriores³⁵, y resultaba fundada en la circunstancia de que estos gastos hipotecarios constituyen, en algunos supuestos, abonos que deben practicarse en favor de terceros profesionales y no teniendo como destinataria de los mismos a la entidad bancaria prestamista, pues se abonaban en concepto de honorarios generados por los servicios prestados en atención a su intervención profesional vinculada al préstamo hipotecario. En consecuencia, la declaración de nulidad por abusividad de esta categoría de estipulaciones, comprensivas de la imposición de gastos al prestatario consumidor, no puede determinar que dichos terceros, como profesionales intervinientes que han desplegado una actividad³⁶, deban quedarse sin percibir los honorarios que por norma les corresponde en atención a la actividad realizada en el ejercicio de su función profesional. Y así resulta que el abono de estos importes por los conceptos indicados debe incumbir a la parte contratante, ya sea el prestamista o el consumidor prestatario, a la que según la normativa vigente en el momento de la perfección del contrato le corresponda, de modo que el Tribunal, en atención a la expresada circunstancia, discrimina las diversas categorías de gastos implicados, ya sean notariales, registrales o, en su caso, derivados del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Desde las anteriores consideraciones, la STS 24 julio 2020 considera, atinadamente, que la doctrina declarada en la STJUE 16 julio 2020 resulta por completo compatible con la jurisprudencia previa del Alto Tribunal y, en consecuencia, concluye que es aplicable.

30 STS, Sala Civil, 46/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 101/2019 - ECLI:ES:TS:2019:101). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

31 STS, Sala Civil, 47/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 103/2019 - ECLI:ES:TS:2019:103). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

32 STS, Sala Civil, 48/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 104/2019 - ECLI:ES:TS:2019:104). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

33 STS, Sala Civil, 49/2019, de 23 de enero (ROJ: STS 105/2019 - ECLI:ES:TS:2019:105). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

34 STS, Sala Civil, núm. 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

35 Cfr., por todas, la SSTS, Sala Civil, núm. 550/2000, de 1 de junio, núm. 842/2011, de 25 de noviembre, núm. 705/2015, de 23 de diciembre y las núm. 147/2018 y núm. 148/2018, de 15 de marzo.

36 Notarios, Registradores de la Propiedad, agentes o gestores, esencialmente.

El supuesto fáctico enjuiciado por la STS 24 julio 2020 es el siguiente. El 16 de octubre de 1998, Banco Santander, S.A., como prestamista, y D.X., como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó una cláusula 5.ª, sobre imputación de gastos y tributos derivados de la constitución de la hipoteca, que, en esencia, establecía lo siguiente: “QUINTA: 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 en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª. [...]”.

La controversia jurídica que se plantea presenta los antecedentes siguientes.

a) El Sr. X interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la mencionada cláusula quinta y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el demandante como consecuencia de su aplicación. Asimismo, interesaba la declaración de nulidad de la cláusula sexta sobre intereses de demora. b) El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Getxo dictó Sentencia núm. 47/2017, de 26 de abril, con el siguiente fallo: “Debo estimar y estimo parcialmente la pretensión de la demanda [...] debiendo: Declarar la nulidad de las Cláusulas Quinta y Sexta establecidas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado en fecha 16 de octubre de 1998, debiendo tenerlas por no puestas, y condenar a la demandada, como efecto de la nulidad de la cláusula quinta, a restituir a la actora la cantidad de 833,98€, correspondientes a los aranceles de notario y registrador, más el interés legal correspondiente, devengado desde el momento del pago de tales cantidades por el actor y hasta la sentencia, y desde la notificación de la misma los intereses indicados en el art. 576 LEC. Y como efecto de la nulidad de la cláusula sexta, la misma no tendrá efecto práctico alguno al no constar haberse abonado cantidad alguna por tal concepto y tratarse de un contrato ya cancelado”. c) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó sentencia núm. 3/2018, de 10 de enero, por la que estimó el recurso de apelación presentado por el demandante y desestimó el de la entidad bancaria, revocando la sentencia recaída en la instancia, en el sentido de estimar que procede la devolución de la cantidad íntegra reclamada en la demanda interpuesta por el Sr. X contra Banco Santander S.A, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato, incluidos la totalidad de los aranceles notariales y registrales y el impuesto de actos jurídicos documentados (correspondiendo a este último concepto la cantidad de 652'66 euros). d) Banco de Santander, S.A interpuso recurso de casación, articulado en un único motivo, en el que, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional –al concurrir

sentencias contradictorias de distintas Audiencias Provinciales- se denuncia la infracción del art. 1.258 del Código Civil, en relación con el art. 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y el art. 83 del 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, en el sentido de que la sentencia recurrida decide arbitrariamente las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula ignorando el contenido de los artículos infringidos. En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que la sentencia recurrida ha infringido los referidos preceptos, al imponer el pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y de la totalidad de los gastos notariales y registrales al prestamista predisponente, sin considerar lo dispuesto legal y reglamentariamente respecto de cada uno de esos gastos, decidiendo así de manera arbitraria acerca de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula del contrato sobre imputación de gastos.

La Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 457/2020 24 julio 2020, a la que ahora me refiero, estima el motivo del recurso, aplicando la doctrina fijada por la Sentencia del TJUE 16 julio 2020, decidiendo en su fallo lo siguiente: "1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Santander, S.A contra la sentencia 3/2018, de 10 de enero de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Tercera, en el recurso de apelación núm. 466/2017. 2.º- Casar la expresada sentencia, que modificamos exclusivamente en el sentido de dejar sin valor ni efecto alguno la condena al banco a pagar a los prestatarios el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y, respecto de los gastos notariales, se condena al recurrente a restituir la mitad". El transcrito fallo se alcanza mediante un razonamiento, sin duda, de impecable solidez argumentativa y una destacada brillantez en su clara exposición, que resulta expuesto en el Fundamento de Derecho Noveno, intitulado "Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios. Los gastos notariales y registrales, y el impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios. Estimación del motivo". Así:

1) Por cuanto se refiere a la causa, la Sala toma como punto de partida el presupuesto de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de imputación indiscriminada de los gastos hipotecarios al prestatario consumidor, declarando lo siguiente: "la cuestión suscitada en este motivo, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario hipotecante, ha sido ya resuelta por este tribunal en varias ocasiones. La jurisprudencia generada al respecto se encuentra en las sentencias de Pleno 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. En un caso en que se cuestionaba la validez de una cláusula equivalente a la que es objeto de la presente litis, argumentamos en la citada sentencia 48/2019, de 23 de enero, por qué debía considerarse abusiva: (...) la introducción de dicha estipulación

implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual”.

2) Con precisa referencia a las consecuencias de la declaración de nulidad, declara la Sentencia lo siguiente: “Recordamos que, conforme a los art. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, añadimos a continuación, «cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.) se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente”.

3) Posteriormente, la Sala viene a poner al día su doctrina previa, concluyendo que la misma ha resultado “confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Esta sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia: “una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)» (apartado 50); (...) debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, 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 (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)» (apartado 52) (...) El juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C- 488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (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 62)» (apartado 53)”.

4) A continuación el Alto Tribunal viene a significar, con más detalle, la coincidencia de la doctrina expuesta con la ya declarada por la STJUE de 16 de julio de 2020, reproduciendo la doctrina que sienta sobre la cuestión litigiosa al declarar, en su apartado 54 lo siguiente: “El hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. (...) Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6, apartado I, ni el art. 7, apartado I, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar”.

5) Para avanzar aún más en su fundamentación, precisando que el TJUE, en el apartado 55 de su Sentencia de 16 de julio, expresa lo que seguidamente se reproduce: “En correspondencia con esta conclusión, responde a las cuestiones planteadas en relación con el tema de los efectos de la nulidad de la cláusula que se refiere a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca del siguiente modo: el art. 6, apartado I, y el art. 7, apartado I, de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos”.

Y así, la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 457/2020, 24 julio 2020, aplica lo expuesto para resolver el litigio declarando lo que sigue: “Es por ello que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados. En este caso, el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y los gastos notariales y registrales. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, según la cual: (...) Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos

Documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario. Respecto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, (...) Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad (341,83 euros). Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los registradores de la propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Partiendo de lo anterior, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos: (...). En conclusión, la jurisprudencia de esta sala distinguió, en cuanto a los gastos que son objeto de este procedimiento, entre aquellos gastos cuyo pago, conforme a las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula, correspondía al consumidor y aquellos cuyo pago correspondía al banco, y condenó al banco a pagar estos últimos al consumidor. Doctrina cuya corrección ha resultado plenamente confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19". Y en el Fundamento de Derecho Cuarto, sobre las "consecuencias de la estimación del motivo", se expresa lo que sigue: «La estimación del recurso de casación supone modificar la sentencia de apelación, en el siguiente sentido: se deja sin efecto la condena al banco a pagar a los prestatarios el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; se mantiene la condena al banco a reintegrar a los prestatarios los gastos registrales; y, respecto de los gastos notariales, como se refieren al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, se fija la condena al banco al pago de la mitad, pues fue otorgada en interés de ambas partes".

En conclusión, la STS 24 julio 2020, estima el recurso, casando la sentencia de apelación al acordar (i) dejar sin efecto la condena al banco a pagar al prestatario el gasto del IAJD; (ii) mantener la condena al banco a reintegrar al prestatario los gastos registrales y (iii) condenar al banco al pago de la mitad de los gastos notariales, en lo atinente al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario.

Como complemento de lo expuesto resulta de interés señalar que la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en fecha 23 de julio de 2020, hizo pública la primera resolución dictada por una Audiencia Provincial en la que se aplica la doctrina sentada por la STJUE 16 julio 2020, en relación con la materia del reparto de los gastos hipotecarios³⁷. Y así, la Sala aplica la STJUE 16 julio 2020 y, en una sentencia datada el 21 de julio, declara que la comisión de apertura y la cláusula de gastos por la que se impone al cliente los honorarios del notario, del registrador de la propiedad y del tasador) resulta abusiva, confirmando la resolución recaída

37 SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 21 de julio de 2020. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Suárez Ramos.

en la instancia que había acogido las pretensiones del prestatario consumidor y desestimando el recurso planteado por el banco³⁸. Por otra parte, se condena al banco al abono de las costas generadas no sólo en la alzada sino también en la instancia, con el propósito de “salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio”³⁹.

- 38 Al respecto se declara: “5. El carácter abusivo de la imposición genérica de gastos ha sido establecido por la Jurisprudencia: “... ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque “no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)” [...] 7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto 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”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 46/2019 Recurso: 2128/2017. 6. No existiendo prueba de negociación al respecto, cuya carga tiene el Banco, la cláusula es nula. Esto con independencia de la claridad o transparencia de la misma, pues no estamos analizando el precio o elementos esenciales del contrato, sino una estipulación que infringe el art. 89.3. Nulidad que es total: “la sentencia recurrida se opone a tales principios, puesto que solo considera abusiva una parte de la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, sin reparar en que dicha atribución indiscriminada y total es abusiva, en cuanto que altera el justo equilibrio entre las prestaciones”, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2019, Sentencia: 49/2019 Recurso: 5298/2017” (F.Jco Segundo). Para posteriormente pasar a analizar cada uno de los gastos en cuestión, “Gastos notariales, registrales, de gestoría y tasación” (F. Jco Tercero), “Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados” (F. Jco Cuarto), y “Comisión de apertura o estudio” (F. Jco Sexto).
- 39 En materia de costas se declara que: “15. La pretensión principal ha sido estimada: declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos. Ciertamente que las consecuencias derivadas de la nulidad no son todas las pedidas. “[E]l art. 6, apartado I, y el art. 7, apartado I, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2020, “CY y Caixabank, S. A.”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 4 de julio de 2017, Sentencia: 419/2017 Recurso: 2425/2015. En aplicación de esa doctrina, para salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio, procede la imposición de las costas de primera instancia al Banco. 16. Las costas de la apelación desestimada, por imperativo del art. 398, se impondrán a la parte recurrente” (F.Jco Séptimo). En suma, esta novedosa resolución de la AP de Las Palmas declara que la circunstancia de que la pretensión principal (esto es, declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos) haya resultado estimada resulta suficiente para condenar a la entidad bancaria al pago de las costas generadas tanto en primera instancia (“para salvaguardar el interés del consumidor y evitar el efecto disuasorio”) como en apelación (“por imperativo del art. 398 LEC”), al margen de si concurre una restitución total o parcial de las cantidades abonadas como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. Y esta conclusión se alcanza porque, como atinadamente se expresa en la STJUE 16 julio 2020, los “arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, (...) se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas ‘procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales’.”

En definitiva, la Audiencia Provincial de Las Palmas después de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula que imponía al prestatario consumidor el abono de todos los gastos e impuestos generados por la constitución de un préstamo hipotecario, en virtud de la STS núm. 46/2019 de 23 de enero, y refiriendo el contenido de la STJUE de 16 de julio de 2020¹³ y las disposiciones nacionales aplicables en defecto de la cláusula declarada nula (RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad), vino a declarar que las normas del derecho nacional supletorio "... no imponen al consumidor ninguno de estos pagos [Notaría y Registro] puesto que se remiten al pacto entre las partes, o al concepto de "interesado" o "beneficiado" (F. Jco 3.9). Por otra parte, se señala que, en el supuesto de los gastos de gestoría, "no existe normativa legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario", de manera que no se puede imponer al consumidor el abono de estos gastos. Y así, sin asumir la doctrina declarada en las SSTS de 23 de enero de 2019 y en las SSTS núm. 147/2018 y 148/2018 de 15 de marzo, ya referidas en este trabajo, la Audiencia Provincial de Las Palmas concluye que "la consecuencia es que, al ser la cláusula abusiva y no ser válido el pacto entre las partes, no puede negarse al cliente la devolución de dichas cantidades, que deberán ser abonadas por el Banco", atendiendo a la doctrina que se deduce de la STJUE de 16 de julio de 2020, si bien asume la doctrina consolidada en las referidas sentencias de nuestro Alto Tribunal en lo atinente al IAJD, ya que se concluye que los gastos generados por el señalado impuesto deben ser impuestos al prestatario. Por cuanto se refiere a la comisión de apertura, de conformidad con la pauta que se recoge en la STJUE 16 julio 2020, según la cual incumbe a los jueces y tribunales nacionales determinar si la cláusula pertenece al objeto principal del contrato "... atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato, así como a su contexto jurídico y fáctico... ", y no teniendo en cuenta el criterio del TJUE expresado a favor del carácter accesorio de la comisión de apertura, la Audiencia Provincial de Las Palmas entiende que la cláusula que impone implícitamente al consumidor el desembolso de una comisión de apertura integra un elemento esencial del contrato, ya que la somete al doble control de transparencia, concluyendo la Audiencia que la estipulación no superó este doble control porque, si bien constaba redactada de manera clara y sencilla -control de incorporación-, la misma no resultaba comprensible, toda vez que "... no se acreditó la información precontractual previa relativa a la comisión de apertura", tal y como imponía el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2020. Para, a continuación, asumir el criterio del TJUE por el que una estipulación de estas características "... puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y

gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente”, que acordó la nulidad de la cláusula por abusiva, ya que “... faltaba la prueba necesaria acerca de los servicios efectivamente prestados y gastos incurridos...”, para condenar a la entidad bancaria al reintegro de las cantidades (indebidamente) abonadas por dicha partida.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: "Cláusula de impuesto y gastos (I). Gastos", en AA.vv.: *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. FORTEA GORBE y C. CASTILLO MARTÍNEZ), Valencia, 2019, pp. 553-596.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: "Cláusula de impuesto y gastos (II). Impuestos. Especial consideración al AIJD", en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* (dir. J. L. FORTEA GORBE y C. CASTILLO MARTÍNEZ), Valencia, 2019, pp. 597-636.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: "El derecho del prestatario a recuperar la parte de cuota gradual del IAJD devengado por la escritura del préstamo hipotecario y la abusividad de la cláusula que impone el pago del impuesto al prestatario: comentario crítico a la STS, Sala 1ª, 148/2018, de 15 de marzo", *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 69, 2019, pp. 5-28.

