

Líneas generales y comentarios a la STJUE de 16 de julio de 2020: gastos hipotecarios, comisión de apertura, prescripción y costas judiciales



Por [Jesús Sánchez García](#) y



[Cristina Vallejo](#)

El pasado 16 de julio de 2020 recibimos la STJUE que resuelve nada menos que quince cuestiones prejudiciales planteadas en dos asuntos acumulados, C-224/19 y C-259/19, siendo objeto de estudio en este artículo unas primeras líneas generales y resumen de lo que ha sentenciado el Tribunal Europeo.

El TJUE ha estructurado la resolución de las quince cuestiones prejudiciales en cinco partes, de forma que ha agrupado las preguntas formuladas en los dos asuntos acumulados del siguiente modo: (i) efectos de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca; (ii) comisión de apertura; (iii) desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes; (iv) limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad y (v) distribución de las costas judiciales.

Comenzamos por los **efectos de la nulidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca**. Recordemos de dónde venimos, de la resolución de cinco asuntos por el Tribunal Supremo, en fecha 23 de enero de 2019 (STS 44, 46, 47, 48 y 49/19), a partir de las cuales se fija doctrina sobre la distribución de los gastos en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores y estima que el arancel notarial debe asumirse al 50% entre la entidad bancaria y el prestatario, que el arancel registral debe asumirse el 100% por el banco en los gastos de constitución y al consumidor en los gastos de cancelación, y los gastos de gestoría deben distribuirse al 50% entre el banco y el prestatario, siendo el impuesto de actos jurídicos documentados a cargo del prestatario.

El TJUE nos dice en el apartado 55 de la STJUE objeto de estudio que el juez nacional no puede negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula declarada nula por abusiva, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de dicha cláusula (que no ha existido por ser nula) impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos.

Recordemos aquí que decía el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 23 de enero de 2019 que fijaba doctrina al respecto: *“Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se les 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”.

De tal forma que, el Art. 63 del Reglamento Notarial, justifica que la intervención notarial interesa a ambas partes y su gasto debe distribuirse por mitades. En cuanto a los aranceles registrales, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, regula que “Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos 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 artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado”. Por tanto, interesa al banco su inscripción en la constitución siendo el 100% a abonar por el banco e interesa al prestatario su inscripción en la cancelación, debiendo asumir el prestatario dicho gasto. Por último, en cuanto a la gestoría no existe norma de derecho interno que distribuya los gastos, entendiendo el TS que las gestiones benefician a ambas partes distribuye al 50% dicho gasto.

Seguimos con la **comisión de apertura** y lo primero que debemos preguntarnos qué resuelve el TJUE acerca de si es una cláusula que constituye elemento esencial del contrato de préstamo. Y, efectivamente, en el apartado 64 nos dice el TJUE 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*. Ello conlleva que el juez nacional deba realizar el control de transparencia, teniendo en consideración el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato, la información al consumidor, la publicidad e información facilitada al consumidor. Deberá la entidad financiera acreditar a qué corresponde dicha comisión de apertura, su funcionamiento, así como su función dentro del contrato de préstamo. Solamente de esta forma el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (apartado 70).

En cuanto al **desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura**, se resuelve teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, debe declararse un desequilibrio importante entre las partes cuando la entidad financiera no demuestre que la comisión de apertura responde a servicios efectivamente prestados y a gastos en los que haya incurrido, extremos estos que deberá enjuiciar el juez nacional.

Entramos ya en la cuestión más esperada de esta Sentencia, cuál es la limitación en el tiempo de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios. ¿Podemos aseverar qué estamos ante la imprescriptibilidad de la restitución de los efectos de nulidad? ¿Limita en el tiempo el TJUE los efectos restitutorios, declarando prescrita la acción transcurridos 5 años? El TJUE también se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18.

Pues bien, para resolver esta cuestión el TJUE se apoya en dos principios fundamentales del orden público comunitario, el principio de equivalencia y el principio de efectividad. En virtud del principio de equivalencia nos dice el TJUE que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que sujete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios. Pues bien, si acudimos al derecho interno español cuando estamos ante una nulidad absoluta y radical no está regulado en nuestro Código civil la prescripción de la acción restitutoria, lo que podría conllevar con una interpretación amplia de dicho principio de equivalencia que la acción es imprescriptible a falta de regulación legal en el ámbito del derecho interno. Y cualquier limitación temporal que conocemos hasta la fecha se debe a una construcción jurisprudencial pero no a una norma de derecho interno que así lo establezca expresamente. Así podemos ver distintos ejemplos al respecto:

Si acudimos a las STS 30 de diciembre de 1987 y 14 de julio de 2009 ([Roj: STS 4672/2009](#)), esta última, en un asunto de usura fija el momento a quo al momento de celebración del contrato y señala la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de su restitución. Así también tenemos la STS de 12 de diciembre de 2019 que ya resolvió que la consumación del contrato de préstamo hipotecario no obstaculizaba el ejercicio de la acción restitutoria, aunque si es cierto que dejaba a salvo la prescripción sin señalar cuál debía ser. Redunda en ello la STS de 19 de diciembre de 2018 que aplica la doctrina del orden público comunitario y, en cuanto a la aplicación del Art. 1964 CC, con la reforma operada por la Ley 42/2015, podemos acudir a la reciente STS de 20 de enero de 2020.

Importante es también la sentencia del TS de 11 de diciembre de 2012 (Roj: STS 9198/2012), de la que fue ponente el Magistrado D. Javier Orduña y que analiza el artículo 1969 del CC y el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción.

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

El TJUE, desde su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C94/17, nos recuerda que es el TS quien debe ejercer su función de armonización de la interpretación del derecho nacional respecto de la doctrina comunitaria: «No puede excluirse que los órganos

jurisdiccionales superiores de un Estado miembro —como es el Tribunal Supremo— estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales». Doctrina que el TJUE reitera en su sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17.

No disponemos en la actualidad de norma de derecho interno que resuelva acerca de la prescriptibilidad de las acciones restitutorias que derivan como efecto de la declaración de nulidad de una cláusula contractual o de una condición general de la contratación. Debe armonizarse con aquella legislación especial (derecho de los consumidores) en la que el legislador introduce especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad de restablecer la igualdad de posiciones y con el principio de primacía del derecho comunitario, formando parte de dichas fuentes del derecho. Esta Sentencia de hoy dictada por el TJUE tiene que hacer reflexionar de nuevo al poder legislativo y no esperar que judicialmente nos sometamos a la inseguridad jurídica de los Juzgados de 1ª Instancia y Audiencias Provinciales que con disparidad de opiniones hagan que una hipoteca en la que se declara una condición general nula, el deudor hipotecario tenga derecho a verse restituído de forma imprescriptible o bien sometido a los criterios de prescripción generales y, por tanto, la territorialidad de donde resida el consumidor le produzca la indemnidad de la nulidad de una cláusula abusiva o no.

Cuanto menos si no se resuelve legislativamente, es opinión de quien suscribimos que debemos aplicar el principio de efectividad del orden público comunitario y establecer como *dies a quo* el 23 de enero de 2019 y como *dies ad quem* el 23 de enero de 2024.

Por último, en cuanto a las **costas judiciales**, los apartados 98 y 99 parecen establecer que puede disuadir al consumidor ejercitar una acción de nulidad si debe pechar con las costas judiciales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de nulidad de la cláusula contractual. Ello significa que, si estamos en una estimación parcial, para no disuadir al consumidor, ¿debemos respetar su indemnidad y contravenir el Art. 394 L.E.C. en cuanto establece que la estimación parcial no devenga costas judiciales para ninguna de las partes e imponer en todo caso las costas judiciales a la entidad financiera? No acaba de verse claro donde nos quiere llevar el TJUE cuando en el apartado 95 reconoce la autonomía procesal de los estados miembros en la distribución de las costas. Eso sí, es cierto, que igual que con la prescripción establece como límite los principios de equivalencia y de efectividad. El debate de las costas judiciales está servido.

JESÚS SÁNCHEZ GARCÍA

Twitter: [@JesusFamilex](https://twitter.com/JesusFamilex)

CRISTINA VALLEJO

Twitter: [@crivallejo](https://twitter.com/crivallejo)