

Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura. Comentario y resumen de la STJUE de 16 julio 2020

Revista de Derecho vLex - Núm. 195, Agosto 2020

Autor: Carlos Ballugera Gómez

Cargo: Registrador de la Propiedad

Id. vLex VLEX-847023219

Link: <https://app.vlex.com/#vid/distribucion-gastos-hipoteca-comision-84702321>

Contenidos

- Derecho Nacional.
- Cláusula "todos los gastos para la persona consumidora": la cláusula abusiva no ha existido nunca luego se puede integrar con la ley.
- Jurisprudencia a estrincones.
- Pronunciamiento sobre la transposición del art 4. 2
- Criterios de abusividad.
- Conclusiones.
- Resumen STJUE 16 julio 2020.

Veo con preocupación cómo en esta [sentencia el TJUE](#) para hablar de la transparencia usa la oscuridad, como se niega a confirmar expresamente su doctrina sobre la transposición al Derecho español del art. 4.2 [Directiva 93/13/CEE](#) sobre cláusulas abusivas, como, indirectamente y como si fuera sin querer, deja abierta la puerta para que los jueces españoles integren o completen a favor del banco de la cláusula abusiva "todos los gastos para la persona consumidora" con la ley o con una regulación o reparto justo de esos gastos.

La cosa viene de atrás, viene de cuando hizo una interpretación extensiva –en contra de la persona consumidora- de la exigencia que la cláusula exenta del control del contenido “defina el objeto principal del contrato”, reduciendo esa exigencia a favor del banco, ya que al Tribunal le basta que la cláusula toque aunque sea de lejos ese objeto principal para quedar exenta del control del contenido. Para el que no lo sepa, muchas cláusulas del contrato rozan el objeto principal.

Este posicionamiento tiene, también, sus antecedentes cuando el Tribunal de Luxemburgo hizo suya, en su [sentencia de 7 agosto 2018](#), la doctrina del Tribunal Supremo de España según la que la cláusula abusiva de interés de demora se puede integrar a favor del banco con el interés remuneratorio.

Pero también esta sentencia tiene cosas buenas, es bueno que impida la imposición de costas al deudor que consigue la nulidad de la cláusula de "todos los gastos para la persona consumidora" aunque no se le restituya todo; es positivo que aunque se admita la prescripción de la acción restitutoria por causa de una cláusula abusiva, ésta deba empezar a contarse a partir de la declaración individual de nulidad de la cláusula.

Sin embargo, lo preocupante siguen siendo los aspectos negativos. La nulidad de una cláusula sólo se puede integrar, según la jurisprudencia del TJUE, con la ley o con una regulación equilibrada cuando se imponen obligaciones a favor del profesional, si la nulidad de la cláusula impide la subsistencia del contrato y ello es muy perjudicial para la persona consumidora; como ocurriría en el caso del préstamo hipotecario, donde la nulidad del préstamo puede obligar al deudor a devolver todo de golpe, lo que produciría la suprema paradoja, de que la nulidad del vencimiento anticipado diera lugar a un fulminante vencimiento anticipado legal, cosa totalmente disuasoria para el deudor que, incluso cumpliendo con el préstamo y pagando religiosamente los plazos, tendría que devolver todo por haberse atrevido a reclamar: eso es lo que proclama sin vergüenza la lamentable [STS de 11 setiembre 2019](#).

No es positivo que el TJUE no confirme su doctrina sobre la falta de transposición al Derecho español del art. 4.2 [Directiva 93/13/CEE](#) sobre cláusulas abusivas, cuando la Comisión Europea, según comunicación del Gobierno de España, opina que no se ha transpuesto y así lo indica la jurisprudencia del mismo Tribunal, jurisprudencia que no se revocó todavía y para cuya vigencia no necesita de ninguna repetición. Sin embargo, un Tribunal al que le gusta tanto repetir sus doctrinas, incluso las más trilladas, en lugar de escurrir el bulto para no molestar al Tribunal Supremo español, mejor se hubiera alineado con la Comisión Europea y confirmado su propia doctrina sobre el asunto.

Derecho Nacional

Un defecto que constituye ya un estilo de estos jueces es la inclinación del Tribunal a la oscuridad por medio de las frases largas, el circunloquio, las remisiones, la ausencia de razonamientos susceptibles de comprensión directa, la reticencia, etc. Suprema contradicción es que la doctrina de la transparencia se exponga de manera oscura, que se repita una y otra vez sin que baste la cita al lugar donde se alumbró.

Cuando queremos que las novedades se nos den directamente se usa el circunloquio, la perífrasis, cuando ya nos sabemos la doctrina en lugar de la

remisión nos enfrentamos a la repetición prolija e inmisericorde de lo mismo. El abuso del corta y pega es manifiesto y deprimente. No somos robots y tenemos una inteligencia limitada, lo que en mi caso resulta manifiesto. No somos robots y nuestro tiempo es limitado como para gastarlo en releer una y otra vez doctrinas que no ganarán credibilidad por mucho que se nos repitan o incluso se graven en lápidas, estelas, bronces, piedras, mármoles y demás monumentos literarios.

Además, la lectura de las sentencias del TJUE impone al sufrido lector una carga importante ya que uno no puede saltarse nada. Me pareció justa la pena de una lectura íntegra, aunque ligera, de la [STJUE 9 julio 2020](#), que pese a tratar prolijamente el control de transparencia de condiciones generales, me dejó ver, durante esa lectura la demostración de que el Tribunal no tuvo en cuenta el régimen español de dicho control, lo supimos porque en la relación de normas del Derecho nacional que hiciera la sentencia no se mencionó la inacabable lista de obligaciones legales de información previa al contrato de carácter semiimperativo que existen en España y que en la sentencia que vamos a comentar ahora, sin embargo, en lo que me parece un giro sorprendente que demuestra que el raciocinio del Tribunal no está del todo perdido, se subsana en parte, al mentar por primera vez en lo que yo me acuerde, el art. 60 del [TRLGDCU](#) donde se establecen con rango de ley formal, las obligaciones de transparencia que incumben a los profesionales y se inscribe con sencillez pero con fuerza incomparable el modo de comunicación del que resulta el cumplimiento de las obligaciones de información previa al contrato que incumben al profesional. El profesional cumple con la transparencia material cuando la información precontractual coincide o se ajusta al contenido del contrato.

Lo que me da pie para recordar, aunque no lo diga la ley con la concisión que deseamos, que la transparencia se incumple cuando los antecedentes y el contenido contractual divergen en perjuicio de personas adherentes y consumidoras. Lo que, a su vez, determina la nulidad de pleno derecho de la cláusula deficitaria de información sin posibilidad de integración a favor del profesional, cuando dicha cláusula contenga obligaciones a favor de la empresa, es decir, cuando tales cláusulas oscuras intentaran reconocer obligaciones al banco en las que éste tiene la posición acreedora. Esa ineficacia si no se retira del contrato la cláusula oscura impide al profesional la ejecución del mismo. Queda repetido algo que pudiera ser sabido.

El intento de justificar la integración de la nulidad de la cláusula "todos los gastos para la persona consumidora" con la ley, parece llevar al Tribunal a poner en la lista del Derecho nacional, de "motu proprio" reglas que suponemos que aparecen en el procedimiento por primera vez.

El intento del Tribunal de ser útil a los bancos no es en esto nada encomiable. Pero el juego en que estamos metidos en esta nuestra cancha particular, nos lleva a apoyar la esperanza de José María Erasquin y Maite Ortiz: alerta, hay partido, es decir, hay la posibilidad de la victoria para las personas consumidoras. Pondré en juego algunas pelotas.

Hay en la relación de normas españolas de esta sentencia, reglas significativas aplicables a un contrato de préstamo hipotecario. Las dudas que teníamos nos las soluciona el Tribunal, vaya por delante nuestro agradecimiento.

Así aparecen en la lista el arancel notarial del [Real Decreto 1426/1989](#), el registral del [Real Decreto 1427/1989](#). ¡Incrédulos! ¡Hay normas de Derecho nacional con las que hacer la integración de la abusividad! Lástima que esas normas no se puedan usar para integrar el abuso, añadimos entre líneas.

También está en la lista el [Real Decreto-ley 6/2000](#), en cuyo artículo 40 se disciplina la designación de tasador, que debe ser convenida. Con esta indicación se deja caer que los gastos de tasación son a cargo de la persona consumidora, olvidando que la tasación no era obligatoria para el deudor al tiempo de la celebración de los contratos enjuiciados y que sólo procedía de mutuo acuerdo. En un mercado regido por la buena fe –muchos economicistas todavía protestan de la buena fe- no se puede hacer prevalecer la desconfianza del banco sobre lo que le diga el cliente en cuanto al valor de la garantía sobre la declaración del deudor sobre ese valor.

Si el banco no se fía de su cliente, la tasación la tiene que pagar el banco y cargársela al cliente es abusivo, máxime que la tasación sólo tiene utilidad para el banco, ya que la necesita para poder ir a la ejecución directa en caso de incumplimiento y para titularizar la hipoteca.

El deudor, si se respetara la autonomía de la voluntad, también podría sacar utilidad al pacto sobre tasación, ya que en caso de fracaso de la subasta en la ejecución, que es lo mismo que el fracaso del mercado, las partes tendrían un valor dado por su autonomía de la voluntad para que el acreedor pudiera adjudicarse el bien por ese mismo valor.

Pero el lobby bancario ha conseguido poner en la LEC sus ambiciones y se puede adjudicar la finca no por el valor que acordó sino por un porcentaje menor o incluso por el importe de la deuda. Nuestra doctrina civilista se entretiene en discusiones bizantinas y, lejos de denunciar este ataque al mercado y a la autonomía de la voluntad, se dedica a sostener que un porcentaje sobre el valor de tasación sigue haciendo de la tasación un elemento beneficioso para el deudor y continua altercando sobre si la adjudicación, tras la subasta fracasada, puede hacerse no ya por un porcentaje sino por el importe menor de la deuda aunque sea ínfimo en relación con el valor del inmueble dado en garantía.

Eso lobby tenía entre sus fantasías adjudicarse los inmuebles por la mitad de su valor y venderlos luego, en cuanto pasara la crisis por su valor de mercado. La realidad nos ha enseñado que ese mercado tiene peculiaridades que están más allá incluso de la penetrante visión sobre el esperpento de nuestro Valle-Inclán.

También está en la lista el artículo 5 de la [Ley 2/2009, de 31 de marzo](#), lo que indica que dicho artículo y probablemente la misma ley, en lo que beneficia a la persona consumidora, puede aplicarse por analogía a la hipoteca de bancos. Que tome nota

nuestro Tribunal Supremo que cualquier precepto que beneficia a la persona consumidora lo suele aplicar restrictivamente.

La presencia en la lista del punto quinto del capítulo 1 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito [...] en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales, demuestra que pese a estar incardinada la regla en la normativa sectorial bancaria, o normativa de transparencia, con ínfimo rango legal eso sí, se trata de una regla de Derecho privado contractual¹.

El propósito de ese rango y de esa ubicación, buscada adrede por el lobby bancario no es otro que impedir el acceso a la casación de las normas que disciplinan el aspecto más vigoroso y nuevo de la evolución del Derecho privado contractual del presente, las reglas precontractuales de transparencia. ¡Que no puedan ir a casación con estas reglitas!, parece decir el Ministerio correspondiente. Esa ubicación en la sentencia que comentamos, digo, demuestra, al contrario, que se trata de una norma sustantiva, civil y mercantil de transparencia y no una administrativa o disciplinaria de la normativa sectorial bancaria.

Además, como reglas sustantivas de transparencia se enfrentan a los mismos problemas de Derecho transitorio que arrastran las reglas de Derecho privado en cuanto a persistencia en el tiempo de diversos regímenes. Se trata de normas de Derecho privado que deben respetar los derechos adquiridos ¡incluso del banco! y que rechazan su derogación por medio de una retroactividad no favorable. La prueba es que normas derogadas hace mucho siguen invocándose en resoluciones judiciales de este año.

Pese a todo el legislador se mantiene en la trampa que les puso el ministerio de Luis de Guindos, y promueve la retroactividad en perjuicio de la persona consumidora, de algunas reglas de la [Ley 5/2019, de 15 de marzo](#), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, como las de vencimiento anticipado e intereses de demora.

El propósito del lobby bancario de desvirtuar estas reglas disfrazándoles de ropajes administrativos y disciplinarios tiene aquí, en esta sencilla mención del Tribunal, un hito de su camino al fracaso. Estas normas pueden invocarse en casación ya que son complemento clarificador del principio legal de buena fe acogido en el [art. 7 del CC](#), en el CCO, en el [TRLGDCU](#), en la [Directiva 93/13/CE](#), etc. Qué bueno entonces que el [art. 60 LGDCU](#) esté también, por primera vez, en la lista.

La posibilidad de ir a casación y su carácter sustantivo no han evitado que el Tribunal Supremo considere tales reglas como reglas de segunda categoría cuyo cumplimiento produciría la mera incorporación de la cláusula al contrato, aunque no sea transparente. Doctrina deplorable pero que domina todavía el panorama jurídico español.

Cláusula "todos los gastos para la persona consumidora": la cláusula abusiva no ha existido nunca luego se puede integrar con la ley

En el apartado 52 de la sentencia, la tergiversación empieza con una verdad “una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido”, pero habría que añadir que nunca ha existido salvo para ser eliminada, que lo ha sido, lo que no es igual que no haber existido. En el caso de inexistencia por laguna se aplica el Derecho supletorio, en caso de inexistencia por abusividad la aplicación del Derecho supletorio, el uso o la buena fe la impide el [art. 65 TRLGDCU](#) y la [sentencia TJUE 30 abril 2014 Kásler](#).

Sin embargo, pronto vamos a ver los problemas. Diremos que estos problemas existen, no porque los jueces del Tribunal de Justicia actúen movidos por un designio no bueno, sino porque en la ley se han plasmado las dos posiciones contrapuestas del contrato de consumo, la de los profesionales y la de las personas consumidoras.

Jurisprudencia a estrincones

Pero el poder de lobby de las empresas es muy grande y consiguen poner en boca del Tribunal declaraciones muy perjudiciales para las personas consumidoras y que contradicen los acuerdos plasmados en la [Directiva 93/13/CEE](#). Por ejemplo, el apartado 54 continúa con una de esas declaraciones contra los derechos de las personas consumidoras reconocidos en la [Directiva 93/13/CEE](#): “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”.

Los lobbies anticonsumeristas han conseguido una victoria pero es una victoria pírrica. La aplicación de las normas correspondientes en defecto de pacto es una consecuencia jurídica apreciable y vigente. Pero la laguna que deja la abusividad de una cláusula no es equiparable a la falta de pacto, aunque sus consecuencias sean parecidas.

Ambas son integración del contrato, pero cuando la integración es en beneficio de la persona profesional porque se incorpora al contrato una obligación de la que la empresa es acreedora, es integración en beneficio del profesional que está prohibida por el [art. 65 TRLGDCU](#) y a la que se opone la citada [STJUE Kásler](#), salvo el caso que la nulidad de la cláusula arrastre la nulidad del contrato con consecuencias muy perjudiciales para el adherente.

La [STS de 23 diciembre 2015](#) que declaró abusiva la cláusula "todos los gastos para la persona consumidora" no dijo nada de los efectos de la nulidad, porque la doctrina sobre la materia ya quedó establecida con anterioridad por el TJUE. No dijo nada porque estaban claros los efectos de esa abusividad, al menos para el pleno que dejó esa declaración para el final después de haber sacado de múltiples charcos a los bancos. Al final de tanto esfuerzo, con su concisa declaración de nulidad la sentencia no pudo sino poner el borde del abismo a los banqueros a los que tanto estaba protegiendo. El abismo que se abría entonces no era otro que el de las consecuencias de la nulidad de la incondicionalmente declarada abusividad de la cláusula "todos los gastos para la persona consumidora".

Cuando éstas empezaron a reclamar la devolución de los gastos y los bancos vieron el problema en el que tan irresponsablemente se habían metido con la imposición de la mentada cláusula, empezaron las cosas raras, las presiones y la fiesta de interpretaciones absurdas a favor de las empresas.

La declaración del TJUE de que la inexistencia de regulación causada por la abusividad justifica la aplicación del Derecho supletorio es el resultado y la aceptación por el Tribunal, de esas maniobras del lobby bancario, que ha dado carta de naturaleza a las posiciones ganadas antes por ese grupo en el Tribunal Supremo de España y reflejadas en una copiosa doctrina (catorce sentencias que se detallan en el anexo) que se afana en convencernos que lo que tiene que ponerse en el contrato tras la abusividad es una regulación justa².

La interpretación del TJUE está dirigida a alentar las posiciones más reaccionarias de la jurisprudencia española que sostienen que la abusividad de la cláusula "todos los gastos a la persona consumidora" puede ser integrada con una regulación justa que se expone, como digo, a lo largo de 14 sentencias del TS y que luego recoge la [Ley 5/2019, de 15 de marzo](#), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Pero la abusividad no se puede integrar en beneficio del banco con una regulación justa, porque quien renunció a la justicia y al equilibrio y optó por imponer el abuso no puede, para remediar su efecto, acogerse a la justicia, lo único que le cabe, en justicia, es asumir la sanción que borra el abuso sin modificar el contrato y restituir a la persona consumidora todos los gastos de formalización que hubo pagado y asumir los que, sin abusividad, debería pagar la persona consumidora a la cancelación de la hipoteca.

Esta discusión se ha enconado en España alrededor de la pregunta sobre quién debe pagar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) de la hipoteca. Los bancos consiguieron con el art. 68 [Reglamento de Transmisiones Patrimoniales](#) imponer ese impuesto al cliente deudor persona consumidora. Pero cuatro sentencias del Tribunal Supremo, sala 3ª de 16 y 22 de octubre de 2018, declararon nulo ese artículo con carácter retroactivo.

La alarma cundió entre los bancos y entre la misma Administración que pensó que tal vez debía devolver como debiera, los importes recaudados por ese concepto. Los bancos se encontraron liderando una amplia coalición que obtuvo las tan increíbles

como impotentes sentencias del Pleno de la sala 3ª (tres sentencias) de 27 noviembre 2018 que revertían la nulidad del artículo.

Lamentablemente para el lobby bancario y sus manejos ante la sala tercera, retransmitidos en directo por los medios, aunque el pleno de la sala tercera se reunió y votó las sentencias el día cinco o seis de noviembre de 2018, sólo se hicieron públicas el 27 de noviembre. Fechas importantes por lo que veremos.

El art. 68 del [Reglamento del Impuesto de Transmisiones](#) descansa en paz desde el día siguiente a la publicación de su nulidad en el BOE, lo que se produjo el 10 de noviembre del mismo año. Previamente me había permitido advertir al Gobierno, a través de Luisa Carcedo, la urgencia de esa publicación, que como digo se produjo mucho antes que la coalición pro bancaria pudiera articular su respuesta. El viento favorable de la ley nos ha vuelto a ayudar³.

Cuando se publicaron las sentencias de 27 de noviembre, el art. 68 citado ya había fallecido aunque no se le hiciera funeral público y una sentencia del Tribunal Supremo no puede resucitar a un muerto por más que sepamos del poder de tan alto tribunal.

El Tribunal Supremo tampoco es legislador, el legislador lo que hizo precisamente fue sacar en el BOE el mismo día que se publicaba la nulidad del art. 68 la regulación que regiría a partir de entonces este tema tan discutido, por medio del [Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre](#), por el que se modifica el Texto refundido de la [Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados](#), aprobado por el [Real Decreto Legislativo 1/1993](#), de 24 de septiembre.

La consecuencia es simple pero rotunda, nunca en España el IAJD ha sido a cargo del cliente deudor persona consumidora que da la hipoteca en garantía del préstamo. El horizonte de las restituciones debidas por los bancos y por la Administración es amplísimo.

Mientras tanto, como juguetes rotos o marionetas sin dueño, los medios financiados por los bancos siguen su racha racha, suponiendo que alguna vez en su vida el citado art. 68 fue válido. Se permiten rasgar sus vestiduras alertando del daño que ese magnífico proceder del Gobierno hace la seguridad jurídica. ¡Seguridad jurídica, seguridad jurídica! Claman, pero ni ellos se lo creen.

Pronunciamiento sobre la transposición del art 4

2

Pasando a otro tema, en el apartado 58 la sentencia dice que “para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la [Directiva 93/13](#) al ordenamiento jurídico español”, repite así lo manifestado en su [sentencia de 3](#)

marzo 2020 (apartado 42). Supongo que no es necesario pronunciar porque el Tribunal de Justicia ya lo ha hecho según doctrina no contradicha y que sigue vigente. Muy resumidamente diré que comparto la posición del TJUE y que, siguiendo su opinión, la comisión de apertura es una cláusula accesoria del contrato y está sujeta a control del contenido.

Al abordar si se dan los dos aspectos o requisitos del art. 4.2 [Directiva 93/13/CEE](#) para saber si la comisión de apertura define el objeto principal del contrato, se concluye que el control del contenido sólo sería aplicable si la cláusula no definiera el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio.

En cuanto al primer aspecto o requisito del art. 4.2, que la cláusula defina el objeto principal del contrato, sin sutileza ni explicación alguna, al contrario con la mayor naturalidad, el apartado 61 de la sentencia identifica definir con referirse al objeto principal, relacionarse, incluirse en el concepto y todo tipo de vaguedades sobre que la cláusula tenga alguna relación, por lejana que sea, con el objeto principal del contrato.

En general cualquier cláusula tiene alguna relación, aunque sea débil con el objeto principal del contrato. El cambiazo que se avecina pretende restringir el control del contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en perjuicio de las personas consumidoras. Los lobbies que pactaron este artículo no deben estar muy contentos con él y lo interpretan en perjuicio de la persona consumidora y para ello usan toda su artillería jurídica, pretendiendo reducir al mínimo el ámbito del control del contenido.

La cláusula de comisión de apertura no nos parece que defina nada. Lo restrictivo del art. 4.2 en cuanto limitar el control del contenido se pone de manifiesto en que ningún contrato español suele definir nada: para definir a la Facultad parecen decir, con buen juicio los redactores de contratos, sean o no letrados.

Según tengo entendido ingleses y norteamericanos suelen ser más aficionados a eso de las definiciones. Pero en suelo hispano a estas personas más que definir las llaman gringos, expresión que no denota mucho apego por sus usos jurídicos.

Con este cambiazo, el TJUE pone en circulación una moneda falsa, basta que la cláusula se *refiera* al objeto principal del contrato para que queda excluida de control del contenido. Todas las cláusulas lo hacen, es un golpe de mano de la oligarquía financiera que no podemos dejar de denunciar. Lo denunciamos porque es un golpe de salón y porque no cabe una interpretación extensiva contra la persona consumidora de las limitaciones al control del contenido.

Continúa el apartado 65 de la sentencia diciendo que “del tenor del artículo 4, apartado 2, de la [Directiva 93/13](#) resulta que la segunda categoría de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene un alcance reducido [relación calidad precio], ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como

contrapartida, exclusión que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación”.

El Tribunal debería mirar más al presente que al pasado, baremos no habría en el pasado pero ahora los hay, incontables para los intereses de demora, estadísticos y oficiales para los intereses remuneratorios, de mercado para las comisiones, sin contar con las obligaciones de publicidad, folletos, etc., cuya consideración resulta al menos de la aplicación analógica de la [Ley 2/2009](#). Queremos decir con ello que la aparición de baremos en el mercado sobre el objeto principal del contrato lo que nos indica es la posibilidad, en el contrato masivo, de controlar también, el equilibrio de los precios, por más que muchos se escandalicen, pese a nuestra centenaria tradición en estas lides. Revolución y reacción a veces van juntas.

Criterios de abusividad

El apartado 74 continúa diciendo que en “lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la [Directiva 93/13](#), debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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”.

Ello implica la comparación con baremos o prácticas del mercado tal como señaló en 2019 la Comisión Europea (vid. mi Guía de cláusulas abusivas y los criterios de la Comisión) y en el presente caso vemos como positivo que se invoquen también las tarifas comunicadas a las autoridades como exige el art. 5 LCCPCHySI, cuya aplicación analógica es perfectamente posible, como con acierto indica el Tribunal.

El apartado 75 añade que en cuanto “al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, [1] ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, [2] ya de un obstáculo al ejercicio de estos [3] o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales [...]”.

Dice el apartado 78 que “debe tenerse en cuenta que [...] según la [Ley 2/2009](#), las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos [demostración que se ha prestado un servicio efectivo] en relación con una comisión de apertura podría [...] incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, [ser abusiva] [...]”.

Termina el apartado 79 diciendo que “el artículo 3, apartado 1, de la [Directiva 93/13](#) debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo [B2C] que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede [ser abusiva] [...] 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.”

Sólo hay que añadir, de nuestro caletre, que esa demostración tiene que constar en la escritura de constitución de hipoteca y no después. No constando en la escritura del caso dicha demostración el TJUE vendría a darnos otro caso excepcional de declaración de abusividad directa hecha por el mismo en su sentencia, si no fuera porque defiere, expresamente, esa declaración a la comprobación del juez nacional.

Conclusiones

Al margen de los aspectos negativos denunciados, retenemos sumariamente que pese a la puerta abierta por el TJUE a la integración de la cláusula abusiva "todos los gastos para la persona consumidora" con una regulación justa, esa integración, por el carácter disuasorio de los efectos de la abusividad no es posible en España. Los bancos tienen que devolver todos los gastos a las persona consumidora, IAJD incluido.

Además, la comisión de apertura es abusiva si el banco no demuestra en la escritura de constitución de hipoteca que el servicio que retribuye o el gasto que compensa han sido prestados o habidos efectivamente.

ANEXO

SENTENCIAS SOBRE DISTRIBUCIÓN DE GASTOS HIPOTECARIOS

[23-dic-15](#)

Nulidad vencimiento anticipado, demora y gastos sin pronunciamiento "ultra partes" (OCU)

[15-mar-18](#)

Reparto doctrinal de gastos (casación 1211, sentencia 147/2018)

[15-mar-18](#)

Reparto doctrinal de gastos (casación 1518, sentencia 148/2018)

[16-oct-18](#)

Gastos AJD (sección 2ª sala 3ª)

16-oct-18

Gastos AJD (sala 3ª), el link es a CENDOJ (1505)

BOE 9/11/18

22-oct-18

Gastos AJD (sala 3ª) (1523) -reproduce argumento-

BOE 9/11/18

23-oct-18

Gastos AJD (sala 3ª) (1531)

BOE 9/11/18

27-nov-18

Gastos AJD (Pleno sala 3ª) - 1669

27-nov-18

Gastos AJD (Pleno sala 3ª) - 1670

27-nov-18

Gastos AJD (Pleno sala 3ª) - 1671

23-ene-19

44, gastos, comisión de apertura, Sarazá

23-ene-19

46, gastos, Vela

23-ene-19

47, gastos, Vela

23-ene-19

48, gastos, Vela

23-ene-19

49, gastos, Vela

Resumen STJUE 16 julio 2020

En los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 [...] EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta) [...] habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas: [...] vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, **oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones**; dicta la siguiente

Sentencia

[...]

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 93/13

3 Los considerandos decimosexto, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto de la Directiva 93/13 exponen:

Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación **global** de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha **inducido** en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera **leal** y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;

[...]

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que **describan** el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; **que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio** [...]

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener

conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor;

[...]

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con **medios** apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

.

4 El artículo 1 de la Directiva 93/13 establece:

[...]

5 A tenor del artículo 3, apartados 1 y 2, de esta Directiva:

[...]»

6 El artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva dispone lo siguiente:

7 Con arreglo al artículo 5 de la misma Directiva:

8 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

[...]

9 El artículo 7, apartado 1, de esta Directiva tiene la siguiente redacción:

[...]

10 Con arreglo al artículo 8 de la citada Directiva:

Derecho español

[Real Decreto 1426/1989](#)

11 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 (BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1989, p. 37169), en su versión vigente en la fecha de los hechos de los litigios principales, dispone lo siguiente:

La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales [...]

[Real Decreto 1427/1989](#)

12 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 (BOE n.º 285, de 28 de noviembre de 1989, p. 37171), en su versión vigente en la fecha de los hechos de los litigios principales, hace recaer la obligación de pagar los derechos del registrador sobre «aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento», al solicitante del servicio de que se trate o a la persona a cuyo favor se inscriba el derecho o se solicite una certificación.

LCGC

13 El [artículo 7](#) de la [Ley 7/1998](#), de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), en su versión aplicable en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales (en lo sucesivo, «LCGC»), dispone lo siguiente:

14 Con arreglo al [artículo 8](#) de la LCGC:

Real Decreto-ley 6/2000

15 El [artículo 40](#) del [Real Decreto-ley 6/2000](#), de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE n.º 151, de 24 de junio de 2000, p. 22440), en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales, dispone lo siguiente:

Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente [...] el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca [...]

[supuesto que exista un pacto para realizar una tasación].

Real Decreto Legislativo 1/2007

16 El texto refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) [...] dispone, en su artículo 8, con la rúbrica «Derechos básicos de los consumidores y usuarios»:

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

[...]

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

[...]

d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

[...]

17 El [artículo 60](#) del texto refundido de la [LGDCU](#), titulado «Información previa al contrato», establece lo siguiente:

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas [caso cumplimiento de requisitos de transparencia].

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características **principales** de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

[...]

c) El **precio** total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la **forma en que se determina** el precio así como todos los **gastos** adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser **necesario** abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio **total**, desglosando, en su caso, el importe de los **incrementos** o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los **gastos adicionales** por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

[...]

18 En virtud del [artículo 80](#) del texto refundido de la [LGDCU](#), con la rúbrica «Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente»:

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...] aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos

a) **Concreción**, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión **directa** [...].

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento **previo** a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

[...]

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

[...]

19 El [artículo 82](#) del texto refundido de la [LGDCU](#), con el título «Concepto de cláusulas abusivas», dispone lo siguiente:

[...]»

20 Con arreglo al [artículo 83](#) del texto refundido de la [LGDCU](#), con la rúbrica «Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato»:

[...]

21 El [artículo 87](#) del texto refundido de la [LGDCU](#), titulado «Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad», establece lo siguiente en su punto 5:

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

[...]

5. [...] cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios **no efectivamente usados** o consumidos de manera efectiva.

[...]

22 Según el [artículo 89](#) del texto refundido de la [LGDCU](#), con la rúbrica «Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato»:

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

[...]

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o **accesorios no solicitados**.

5. Los **incrementos de precio** por servicios accesorios [...] que **no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados** [...]

.

[Ley 2/2009](#)

23 La [Ley 2/2009, de 31 de marzo](#) [...] dispone, en el apartado 1 de su artículo 5, con la rúbrica «Obligaciones de transparencia en relación con los precios»:

Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley [...] y en el [[Real Decreto Legislativo 1/2007](#)].

En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los **supuestos** y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a **servicios efectivamente prestados** o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor.

LEC

24 El [artículo 394](#) de la [Ley 1/2000, de 7 de enero](#) [...] dispone lo siguiente:

[...]

[Código Civil](#)

25 El [artículo 1303](#) del [Código Civil](#) establece:

Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben **restituirse** recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

26 Según el artículo [1964](#), [apartado 2](#), del [Código Civil](#):

Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

27 El artículo 1969 del Código Civil dispone:

El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

Orden sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito

28 El punto quinto del capítulo 1 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito [...] en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos sobre los que versan los litigios principales, tiene la siguiente redacción:

Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que estas fijen libremente.

[...]

En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

Asunto C-224/19

29 El 16 de mayo de 2000, CY celebró con la entidad financiera **Caixabank** un contrato de préstamo con garantía hipotecaria [...] por [...] 81 136,63 euros y que contemplaba el pago de intereses variables.

30 La cláusula **cuarta** de ese contrato impone al prestatario el pago de una «comisión de apertura». Esta cláusula tiene la siguiente redacción:

Se estipulan, a favor de [Caixabank] y a cargo de la parte acreditada, las comisiones siguientes:

A) – Comisión de apertura sobre el límite total del crédito, a satisfacer en este acto y por una sola vez: uno por ciento, que asciende a la cantidad de ciento treinta y cinco mil pesetas (135 000), equivalentes a 811, 37 euros.

31 La cláusula **quinta** hace recaer sobre el prestatario el pago de todos los gastos de constitución y cancelación de hipoteca. Dicha cláusula dice textualmente:

La parte acreditada asume el pago de los gastos de **tasación** del inmueble hipotecado, de todos los **demás** gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su **inscripción** en el Registro de la Propiedad, y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para

que este documento y el de su **cancelación** tengan acceso al Registro de la Propiedad incluso los causados por las cartas de pago, total o parcial de los créditos así como los honorarios de letrado y derechos de procurador en caso de reclamación judicial, aunque su intervención no fuere preceptiva.

32 El 22 de marzo de 2018, CY presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca solicitando, con fundamento en la normativa en materia de protección de los consumidores, la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas cuarta y quinta del contrato en cuestión (en lo sucesivo, «cláusulas controvertidas»), y la **devolución** de las cantidades íntegras satisfechas en aplicación de estas cláusulas. Por su parte, Caixabank invocó la plena validez de las cláusulas controvertidas. En el marco de este procedimiento, CY estimó necesario que el órgano jurisdiccional nacional planteara al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales relativas a las cláusulas controvertidas.

33 Por lo que se refiere a la **cláusula relativa a los gastos hipotecarios**, el órgano jurisdiccional remitente destaca que la **jurisprudencia** española considera, mayoritariamente, que ese tipo de cláusulas son abusivas y, por lo tanto, nulas. No obstante, ese órgano jurisdiccional señala que los tribunales nacionales han dictado resoluciones diferentes y **contradictorias** en cuanto a los **efectos** de esa nulidad que colocan a los consumidores y a las entidades financieras en una situación de **inseguridad** jurídica. En este sentido, ese mismo órgano jurisdiccional da cuenta de diferentes prácticas jurisprudenciales que, a su juicio, «**moderan**» los efectos restitutorios de la declaración de nulidad y se plantea la cuestión de si estas son **compatibles** con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esta.

34 Por lo que respecta a la cláusula que impone una **comisión de apertura**, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca indica que las Audiencias Provinciales coincidían en declarar su carácter abusivo en atención al hecho de que **tal comisión no se corresponde con ningún servicio o gasto real y efectivo**. No obstante, el Tribunal Supremo había corregido recientemente esta línea jurisprudencial, al considerar que la comisión de apertura, en cuanto **parte** del objeto principal de un contrato de préstamo, debía quedar **sustraída** del control de su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la fundamentación del Tribunal Supremo y se pregunta también si incide en la respuesta a esta cuestión el hecho de que **el Reino de España no ha transpuesto dicho artículo 4** de la Directiva 93/13 al Derecho español para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, de conformidad con el artículo 8 de esta Directiva.

35 En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes **trece** cuestiones prejudiciales:

[...]

7) Se cuestiona si a la vista del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura supera automáticamente el control de transparencia, puede suponer una quiebra del principio de inversión de la carga de la prueba establecido en el artículo 3.2 de la Directiva, no teniendo que probar el profesional que ha proporcionado información previa y negociación individual de la misma.

8) Se cuestiona si resulta contrario al artículo 3 de la Directiva 93/13 y a la Jurisprudencia del TJUE que una jurisprudencia nacional pueda considerar que un consumidor debe conocer per se que es una **práctica habitual** de las entidades financieras la de cobrar una comisión de apertura; y por lo tanto, no sea necesario que el prestamista deba realizar **prueba** alguna para acreditar que la cláusula fue negociada individualmente, o si por el contrario, en cualquier caso, debe el prestamista acreditar que la misma fue negociada individualmente.

9) Se cuestiona si a la vista de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 y [de] la jurisprudencia del TJUE, puede ser contraria a dicha Directiva una jurisprudencia nacional que establece que la cláusula denominada comisión de apertura no puede ser analizada **en cuanto a su carácter abusivo** por aplicación del artículo 4.2 por referirse a la definición del objeto principal del contrato, o por el contrario debe entenderse que tal comisión de apertura no supone parte del precio del contrato sino una retribución accesorio, **y por lo tanto debe permitir al juez nacional el control de transparencia y/o de contenido para determinar así su abusividad con arreglo al derecho nacional.**

[...]

Asunto C-259/19 [GASTOS]

36 El 1 de julio de 2011, LG y PK celebraron con la entidad financiera Banco Bilbao Vizcaya Argentaria un contrato de préstamo hipotecario que incluía una cláusula que estipulaba [...] que **todos los gastos** de formalización y cancelación de la hipoteca correrían **a cargo del prestatario.**

37 Los demandantes en el litigio principal presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta una demanda solicitando que se declarara la nulidad, por abusiva, de dicha cláusula.

38 Por motivos sustancialmente análogos a los de la petición de decisión prejudicial en el asunto C-224/19, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta decidió [...] plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

[...]

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta en el asunto C - 224/19

[...]

segunda a cuarta en el asunto C-224/19 son admisibles.

Sobre la admisibilidad de la duodécima cuestión prejudicial en el asunto C - 224/19

[...]

Sobre el fondo

46 Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 [TFUE](#), corresponde a este último proporcionar al órgano jurisdiccional nacional **una respuesta útil** que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia **reformular** en su caso las cuestiones prejudiciales que se le han planteado (sentencia de 7 de [agosto](#) de 2018, Smith [...] apartado 34).

47 Asimismo, la circunstancia de que un órgano jurisdiccional nacional, en el plano formal, haya formulado su petición de decisión prejudicial refiriéndose a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le **proporcione todos los elementos de interpretación** que puedan permitirle resolver el asunto de que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al redactar sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia **deducir** del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión, **los elementos de Derecho de la Unión que requieren una interpretación**, habida cuenta del objeto del litigio (sentencia de 29 de [septiembre](#) de 2016, Essent Belgium [...] apartado 43 y jurisprudencia citada).

48 Procede **agrupar** las quince cuestiones prejudiciales planteadas en los dos asuntos acumulados en **cinco partes**; esto es, la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva, y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas.

Sobre las cuestiones prejudiciales primera a sexta en el asunto C-224/19 y las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-259/19, relativas a los efectos de la nulidad de la cláusula que estipula los gastos de constitución y cancelación de hipoteca

PRIMERA, CLÁUSULA CORRESPONDIENTE A LOS GASTOS DE CONSTITUCIÓN Y CANCELACIÓN DE HIPOTECA

49 Mediante estas cuestiones prejudiciales, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 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** [íntegra] de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula.

50 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 artículo 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 [...]

51 [...] al juez nacional no debe atribuírsele 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 [...]

52 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 [...]

53 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 [...] 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 [...]

54 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 artículo 6, apartado 1, ni el artículo 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.

55 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 artículo 6, apartado 1, y el artículo 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 [inadmisible].**

SEGUNDA, CLÁUSULA QUE IMPONE UNA COMISIÓN DE APERTURA

Sobre las cuestiones prejudiciales séptima a décima en el asunto C-224/19, relativas al control del carácter abusivo y de la transparencia de la cláusula que impone el pago de una **comisión de apertura**

56 Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a 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 artículo 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.

57 Procede observar con carácter preliminar que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente ha planteado las cuestiones prejudiciales séptima a décima **partiendo de la premisa de que no se ha transpuesto** el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.

58 Ahora bien, para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español [...] [la reticencia es inadmisibile, ignora la posición de la CE]].

59 En efecto, por una parte, debe recordarse que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, **permite**, no obstante, a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible [...]

60 Más concretamente, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se limita a enunciar que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá [1] a la **definición** del objeto principal del contrato [2] ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

61 De este modo, en el asunto objeto del litigio principal, **solo es posible limitar**, con arreglo al citado artículo 4, apartado 2, el control del carácter abusivo de la

cláusula que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura cuando esta cláusula se refiera a alguno de los **dos** aspectos antes mencionados.

62 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado 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 [...].

63 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata en el litigio principal constituye un **componente esencial del contrato** de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank [...] apartado 33 y jurisprudencia citada) [el Tribunal ignora que por medio del consentimiento las partes pueden dar carácter esencial a cualquier detalle o cláusula del contrato, por nimio que sea, lo he leído en alguna parte].

64 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 artículo 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 artículo 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 [...] (sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei [...] 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.

65 Además, del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la **segunda categoría** de cláusulas cuyo eventual carácter abusivo queda excluido de la apreciación tiene un alcance reducido [relación calidad precio], ya que solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución previstos y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, exclusión que se explica porque **no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación**. Por tanto, las cláusulas relativas a la **contrapartida** adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan **incidencia** en el precio efectivo que debe pagar a este último el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista (sentencia de 3 de octubre de 2019 [...] apartados 34 y 35, y jurisprudencia citada).

66 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que la **exigencia de redacción clara y comprensible** que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica **en cualquier caso**, incluso cuando una cláusula está comprendida en el

ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical [...] apartado 46).

67 Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de **inferioridad** respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada **exigencia debe entenderse de manera extensiva**, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del **mecanismo** al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la **relación** entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él [...]

68 El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de **hecho** pertinentes, entre los que se cuenta la **publicidad** y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz [...]

69 De ello se sigue que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de esta **se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente**, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado.

70 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 [...] y podrá, así, **valorar** el alcance de su compromiso y, en particular, el coste total de dicho contrato.

71 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales **séptima a décima** que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 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 artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

LA TERCERA, EVENTUAL DESEQUILIBRIO IMPORTANTE DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES QUE SE DERIVEN DE LA COMISIÓN DE APERTURA

Sobre la undécima cuestión prejudicial, relativa a un eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de una cláusula que impone el pago de una comisión de apertura

72 Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente en el asunto C-224/19 pregunta, fundamentalmente, si el artículo 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 [es abusiva] [...] **cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido.**

73 A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la **competencia** del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los **criterios** que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las **circunstancias** propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente **indicaciones** que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate [...]

74 En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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 [...]

75 En cuanto al examen de la existencia de un posible **desequilibrio** importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un **menoscabo** suficientemente **grave** de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, [1] ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, [2] ya de un

obstáculo al ejercicio de estos [3] o de imposición al consumidor de una **obligación adicional** no prevista por las normas nacionales [...]

[...]

77 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar a la luz de estos criterios el eventual carácter abusivo de la cláusula sobre la que versa el litigio principal.

78 A este respecto, debe tenerse en cuenta que, tal como se desprende de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, según **la Ley 2/2009** [no aplicable al caso, en principio], las comisiones y gastos repercutidos al cliente deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. De ello se sigue que una **cláusula que surta el efecto de eximir** al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos [demostración que se ha prestado un servicio efectivo] en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, **incidir negativamente** en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, [ser abusiva] [...]

79 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo B2C [...] que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede [ser abusiva] [...] **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.

LA CUARTA, LIMITACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Sobre la decimotercera cuestión prejudicial en el asunto C - 224/19, relativa a la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción

80 Mediante la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19, que procede examinar antes de la duodécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una jurisprudencia nacional que prevé 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, aunque, en virtud de la legislación nacional, la acción para declarar la nulidad absoluta de una cláusula contractual abusiva sea imprescriptible.

81 A este respecto, debe **recordarse** que la protección que la Directiva otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor [...]

82 No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta [...] y que la fijación de **plazos razonables** de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es **compatible** con el Derecho de la Unión [...]

83 A este respecto, debe señalarse que, a falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico **interno** de los Estados miembros en virtud del principio de **autonomía procesal** de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de **equivalencia**) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de **efectividad**) [...]

84 De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión **no se opone** a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter **imprescriptible** de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato B2C, sujeta a un plazo de **prescripción** la acción dirigida a hacer valer los efectos **restitutorios** de esta declaración, **siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad**.

85 Por lo que se refiere, más concretamente, al **principio de efectividad**, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el **lugar** que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los **principios** en los que se basa el sistema judicial **nacional**, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento [...]

86 En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente indica que se plantea la eventual aplicación del plazo de prescripción de **cinco** años establecido en el artículo 1964, apartado 2, del **Código Civil** a la acción dirigida a hacer valer los efectos **restitutorios** de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva de un contrato de préstamo hipotecario.

87 Dado que **plazos** de prescripción de tres años [...] o de dos años [...] han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia **conformes** con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de **cinco años** aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer **imposible** en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

88 El órgano jurisdiccional remitente alberga también **dudas**, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de **seguridad jurídica**, una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva **comienza a correr a partir de la celebración del contrato** que contiene esta cláusula.

89 Del auto de remisión se desprende que este plazo, fijado en el artículo 1964, apartado 2, del **Código Civil**, **parece empezar a correr a partir de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario** que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

90 A este respecto, procede tener en cuenta la circunstancia de que **es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud** de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 [...]

91 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.

92 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 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.**

QUINTA, RÉGIMEN NACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE LAS COSTAS EN EL MARCO DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Sobre la duodécima cuestión prejudicial en el asunto C - 224/19, relativa a la compatibilidad del régimen legal de distribución de las costas con la Directiva 93/13

93 Mediante su duodécima cuestión prejudicial en el asunto C-224/19, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, y

el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 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 abusiva.

94 En efecto, resulta de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia que la aplicación del artículo 394 de la LEC **podría tener el efecto de que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva** ejercitada por un consumidor, pero solo se estime **parcialmente** la acción de **restitución** de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula.

95 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.

96 En este sentido, es preciso señalar que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende en modo alguno que el referido artículo se aplique de manera diferente en función de que sea el Derecho de la Unión o el Derecho interno el que confiera el derecho en cuestión. No obstante, es necesario pronunciarse sobre la cuestión de si es compatible con el principio de **efectividad** el hecho de hacer que recaigan sobre el consumidor las costas de un procedimiento dependiendo de las cantidades que se le restituyen, aunque se haya estimado su pretensión en relación con el carácter abusivo de la cláusula impugnada.

97 Por lo que se refiere a la cuestión del respeto del principio de **efectividad**, esta debe apreciarse habida cuenta de los elementos recordados en el anterior apartado 85.

98 En este caso, la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. Pues bien, **condicionar** el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena **puede disuadir** al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial [...]

99 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, procede responder a la duodécima cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 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.

[1] Esta norma ha sido derogada hace tiempo.

[2] Vid. el juego completo de sentencias en el anexo puesto al final.

[3] Debo a Miguel Beitia de la PAH de Madrid la noticia sobre esa publicación que mi escepticismo sobre la acción gubernamental me había hecho pasar por alto. Perdí unas cervezas que nos tomamos con gusto después de cierta charla, patrocinada por ADICAE, en la Escuela Julián Besteiro de la UGT.