

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 DE PALMA DE MALLORCA

ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE:

Juzgado de Primera Instancia n° 17 de Palma de Mallorca

TRAVESA DE'N BALLESTER, 20-3ER.

07002 Palma de Mallorca

Teléfono: 971219493, **Fax:** 971219498

Correo electrónico: instancia17.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: 005

Modelo: S40010

N.I.G.: 07040 42 1 2018 0007929

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 000 [REDACTED] /2018

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. GABRIEL TOMAS GILI

Abogado/a Sr/a. NORBERTO JOSÉ MARTINEZ BLANCO

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a Sr/a. CATALINA CELESTE SALOM SANTANA

Abogado/a Sr/a. JAIME CANET SÁNCHEZ-REDONDO

AUTO N° 47/19

PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA CON SOLICITUD DE TRAMITACION POR EL PROCEDIMIENTO ACELERADO.- ART. 105 RPTJUE.

En Palma de Mallorca, a 12 de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Palma de Mallorca, los autos de Procedimiento Ordinario n° [REDACTED]/2018, remito la presente petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en consideración a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- PARTES Y OBJETO DEL PROCESO.

Ante este Juzgado se interpuso, en fecha 22 de marzo de 2018, demanda de procedimiento ordinario por D. [REDACTED], representado por el Procurador Sr. Tomás Gili, y defendido por el Letrado Sr. Martínez Blanco, contra la entidad financiera **CAIXABANK, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Salom Santana y defendida por Letrado Sr.

Canet Sánchez-Redondo, interesando, con base en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios, entre otras peticiones, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, celebrado entre las partes en fecha del 2000 por importe inicial de €, bajo el número de Protocolo Notarial o ante el Notario D.

 , pactando un plazo de amortización para su devolución mediante el abono de interés variable, constituyendo hipoteca sobre la finca que se adquiría y que pasaría a ser domicilio habitual del prestatario-, **que impone todos los gastos de la formalización y cancelación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria al prestatario**, así como la declaración de nulidad por abusiva de la **cláusula que impone una comisión de apertura al prestatario**; todo ello junto a la petición de devolución de lo abonado en virtud de dichas cláusulas más sus intereses legales.

En concreto, se solicita la nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas:

1º. Cláusula de gastos de constitución y cancelación de hipoteca a cargo del prestatario.

PACTO QUINTO.- Gastos a cargo de la parte

acreditada._____

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._____

Reclamando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de dicha cláusula en concepto de honorarios de Notaría, Registro de la Propiedad, gastos de gestoría, tasación del inmueble y liquidación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su completo pago. Con carácter subsidiario se solicita tan sólo la restitución de las cantidades pagadas en concepto de Notaría, Registro y gestoría.

2º. Cláusula de redondeo al alza del tipo de interés.

Se incluyó en el contrato de préstamo hipotecario, una cláusula cuyo funcionamiento redondea el resultado de la suma de un índice de referencia y un diferencial al cuarto de punto, de modo que, en caso de diferir esta suma de un múltiplo de un cuarto de punto porcentual, se redondeara hasta el múltiplo superior. Esta cláusula es comúnmente conocida como cláusula de "redondeo al alza del tipo de interés", redactándose de la siguiente forma por parte de la entidad financiera:

A).- Tipo de Interés Nominal.

El tipo de interés nominal aplicable en cada uno de los períodos de revisión de esta fase será igual a la suma del Índice de Referencia y del Diferencial, redondeada, si resulta una suma fraccionaria, en la cifra más próxima múltiplo superior de 0'25.

Se solicita la declaración de nulidad de dicha cláusula con restitución de las cantidades pagadas en aplicación de la misma, como consecuencia inherente de la declaración nulidad, de conformidad con el art. 1.303 C.C. con abono de los intereses legales pertinentes.

3º. Cláusula de intereses de demora.

PACTO SEXTO.- Intereses de demora.

En el caso de no satisfacerse a "LA CAIXA", a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del crédito, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su

reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquél en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, al tipo de interés nominal anual del VEINTE CINCUENTA por ciento. Los intereses de demora se devengarán y liquidarán día a día. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del Código de Comercio.

Se solicita la declaración de nulidad de dicha cláusula.

4º. Cláusula que impone al prestatario una comisión de apertura.

PACTO CUARTO.- Comisiones.

Se estipulan, a favor de "LA CAIXA" 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.

Se solicita la declaración de nulidad de la cláusula y la restitución de la cantidad pagada en concepto de comisión de apertura, como consecuencia inherente de la declaración de nulidad, más los intereses legales desde la fecha del cobro y hasta su completo pago.

Por su parte, la entidad financiera demandada, en su escrito de contestación, se opone a la demanda, solicitando su desestimación a excepción de la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos a la que se allana, siempre que se aplique el interés remuneratorio conforme a los criterios jurisprudenciales vigentes, tanto del TS como del TJUE. Asimismo se impugna la cuantía del procedimiento, fijada en indeterminada por la parte actora y se opone la excepción de caducidad-prescripción de la acción de reclamación de cantidades, al haber transcurrido más de 15 años desde que se celebró el contrato hasta la reclamación de la deuda. En cuanto al fondo del asunto, se alega la plena validez de las demás cláusulas controvertidas, que fueron negociadas individualmente con el prestatario y no impuestas

por la entidad financiera, siendo además las cláusulas sencillas y de fácil comprensión, cumpliendo los controles de transparencia exigidos por la normativa comunitaria de defensa de los consumidores y usuarios. En relación a la cláusula de gastos se resalta que el obligado al pago del ITPyAJD por la legislación tributaria es el prestatario, por lo que en ningún caso cabe obligar a la demandada a de restitución de esta cantidad. Alega además la demandada que la escritura pública se otorgó en presencia de fedatario público (Notario) que da fe de su contenido así como de que la parte prestataria ha sido informada del contenido de la escritura.

En relación a la comisión de apertura se alega por la entidad financiera demandada que, junto con el tipo de interés remuneratorio, forman parte del precio del préstamo y está excluida del control de abusividad por parte de los Tribunales. Además, se alega que las comisiones están establecidas de forma clara y transparente, dado que su mera lectura permite conocer indubitadamente la causa de su devengo.

SEGUNDO.- En el seno del procedimiento, la defensa de la parte actora ha expuesto la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que afectaría tan sólo a la pretensión de declaración de nulidad de la cláusula de gastos de constitución y cancelación del préstamo con garantía hipotecaria a cargo del prestatario y a la cláusula de comisión de apertura.

Con carácter previo al planteamiento de la cuestión prejudicial, se otorgó plazo a la entidad financiera demandada CAIXABANK, S.A. para que manifestara las alegaciones que tuvieran por oportunas al respecto.

La defensa de la parte actora solicita que se planteen ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones:

- 1) *Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización al prestatario puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios tras su declaración por abusiva.*
- 2) *Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización al prestatario deben distribuirse por mitad los gastos de notaría y gestoría, puede consistir en una*

quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula.

- 3) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización al prestatario deben imponerse igualmente al prestatario el abono de los gastos de tasación y el impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo, consiste en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula.
- 4) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario, puede seguir surtiendo efectos para el prestatario la citada cláusula cuando el prestamista deba realizar modificaciones o cancelaciones de la hipoteca, en el sentido de tener que seguir abonando los gastos derivados de tal modificación o cancelación, y si consiste esta situación en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula.
- 5) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, la jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización del préstamo, serían contrarios al efecto disuasorio frente al empresario.
- 6) Se cuestiona si a la vista del principio de no moderación de la cláusula establecida en la jurisprudencia del TJUE, y a la vista del principio de vinculación del artículo 6 de la Directiva, puede resultar contraria la jurisprudencia nacional que modera los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización amparándose en el interés del prestatario.
- 7) Se cuestiona si a la vista del artículo 3, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13, la 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, 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 del artículo 3 de la Directiva 93/13 y a la jurisprudencia del TJUE, puede contraria 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, 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 y la aplicación del derecho nacional.
- 10) Se cuestiona si a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, la cláusula denominada comisión de apertura, cuando esta no haya sido negociada individualmente, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.
- 11) Se cuestiona si la condena en costas al profesional, derivada de un procedimiento en el que se ejercita por un consumidor acciones de nulidad de cláusulas abusivas insertas en un contrato con éste, debe ser aparejada como parte del principio de no vinculación y del principio de efecto disuasorio al profesional, cuando estas acciones de nulidad sean estimadas por el juez nacional.
- 12) Se cuestiona si a la vista del principio de no vinculación y del principio de efecto disuasorio de la Directiva 93/13, los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo a modo de prescripción o caducidad.

- 13) Se cuestiona si la obligación del control de abusividad de oficio por el juez nacional, debe conllevar además, el pronunciamiento sobre la totalidad de los efectos que debe producir la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, sin perjuicio de lo instado por las partes en proceso, en aplicación del principio de no vinculación y del principio de efecto disuasorio establecido en la Directiva 93/13, o dicho de otro modo, se cuestiona si lo solicitado por las partes en el proceso puede suponer una limitación al control de oficio por parte del juez nacional en contradicción al principio de no moderación de la cláusula.

La entidad financiera demandada no se opuso, en el plazo que le fue concedido para realizar alegaciones, al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al TJUE peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión si lo considera necesario para resolver el litigio que conozca. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros este podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre ella si estima que es necesaria una decisión para poder emitir su fallo.

Conforme a las recomendaciones del TJUE, §§ 5, 12 y 13 (en adelante RTJUE), las cuestiones que se someten al TJUE se vinculan a la interpretación de una norma de derecho comunitario y son necesarias para emitir el fallo; se plantean antes de admitir los medios probatorios, con debate contradictorio, en tanto en cuanto como se expone, las respuestas del TJUE son necesarias para determinar la admisión de los medios probatorios y, consecuentemente, con el resultado de los mismos, son necesarias para resolver el litigio y emitir su fallo. Se entiende por el Juzgador que al estar perfiladas todas las condiciones este es el mejor momento para plantear las cuestiones, y ello según el contexto jurídico y fáctico del asunto principal.

**SEGUNDO.- DE LA NECESIDAD DEL PROCEDIMIENTO ACELERADO.
ARTÍCULO 105 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.**

El artículo 105.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de Septiembre de 2012 dispone que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede *"decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo"*.

Esta Juzgadora entiende que la presente cuestión prejudicial merece su tramitación mediante el procedimiento acelerado, y todo ello con base en las siguientes circunstancias y contextualización de los asuntos cuestionados:

La primera de las justificaciones queda acreditada por el gran volumen de demandas que Juzgados como el presente están resolviendo, debido al auge de reclamaciones bancarias por parte de consumidores por cláusulas como de las que aquí se cuestiona (gastos de formalización y cancelación de hipoteca y comisión de apertura), contadas por cientos de miles de procedimientos en los que se solicitan cuestiones idénticas a las aquí se presentan, en todo el territorio nacional.

La segunda de ellas y más importante, es la necesidad urgente de unificar los criterios interpretativos en pro del principio de seguridad jurídica que impera en nuestro Estado de Derecho, para evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias que provoquen un grave e irreparable daño a los consumidores.

En tercer lugar, siendo la más preocupante de ellas, la existencia de diferentes líneas jurisprudenciales interpretativas sobre las cuestiones aquí planteadas (tanto por parte del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales), que han ido cambiando constantemente en un breve periodo de tiempo, y que podrían distanciarse, en algunos casos, de los derechos reconocidos en las Directivas europeas en materia de consumo.

En cuarto lugar, la inseguridad jurídica expuesta, resulta agravada por el hecho de que en España se ha procedido a especializar a determinados Juzgados de Primera Instancia para conocer de los asuntos similares al supuesto de autos. Así, conforme al Acuerdo de 28 de diciembre de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ (BOE 30 de diciembre de 2017) prorrogado por acuerdo de 27 de junio de 2018 (BOE 28 de junio de 2018) se atribuye a determinados Juzgados, incluyendo el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca del que esta Juzgadora es titular, la competencia exclusiva y

excluyente para conocer de acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

La especialización de los Juzgados, con innegables ventajas desde el punto de vista del tratamiento de forma uniforme los asuntos, ha conllevado sin embargo el colapso de estos Juzgados especializados que en la práctica se han visto desbordados por un enorme volumen de asuntos que es imposible resolver con agilidad por un solo Juzgado, a pesar de los esfuerzos que desde el Estado español se están haciendo por dotar de refuerzos y más recursos a estos Órganos judiciales.

Esta Juzgadora no dispone de datos oficiales a nivel nacional, pero, desde que se creó el Juzgado especializado de Palma de Mallorca del que es titular, hasta la fecha de la presente resolución han entrado **8.700 demandas en estas materias en un solo Juzgado,** de las que un porcentaje elevadísimo se corresponde con reclamaciones relativas a la nulidad de la cláusula que impone todos los gastos de la operación al prestatario y restitución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de dicha cláusula; lo que viene a evidenciar, extendiendo ese número a nivel nacional, que nos hallamos ante un ingente número de consumidores afectados por la cláusula de gastos hipotecarios.

El resultado de esta forma de proceder ("encapsular" el problema para atender a la previsible avalancha de demandas relativas a estos asuntos) ha sido que, en estos Juzgados especializados, los asuntos se tramiten con mayor lentitud de la deseable y, tal circunstancia, unida a los constantes cambios jurisprudenciales antes mencionados, han conllevado que cuando las demandas se interponen conforme a unos determinados criterios fijados por los tribunales en ese momento, tratando de ajustarse a ellos para obtener una condena en costas a favor del consumidor, resultan rápidamente desfasadas y cuando estas demanda se tramitan ya no se ajustan al nuevo criterio jurisprudencial en la materia -que hasta ahora siempre ha evolucionado en detrimento de los derechos del consumidor-, lo que motiva constantes incidencias procesales (desistimientos parciales o totales, modificaciones del *petitum* para adaptarlo a la nueva jurisprudencia del TS, etc.), que han venido a acrecentar la inseguridad jurídica que los propios cambios jurisprudenciales ya hubieran acarreado de por sí, causando además un grave perjuicio al consumidor que se ve privado, prácticamente en la totalidad de los casos de la condena en costas lo que supone un importante desincentivo para litigar en defensa de sus derechos, reclamando la declaración de abusividad de determinadas cláusulas de sus préstamo hipotecario, práctica que esta Juzgadora consideraría

contraria al efecto disuasorio que pretende el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE.

En quinto lugar, es previsible, que tal y como ha sucedido con el planteamiento de otras cuestiones prejudiciales (nulidad del IRPH o de la cláusula de vencimiento anticipado en los procedimientos de ejecución hipotecaria) se solicite en el seno de todos los procedimientos en que se pretenda la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, la suspensión del mismo hasta que se resuelva la presente cuestión prejudicial ante el TJUE, siendo razonable acceder a esta petición de suspensión ya que se considera esencial esperar y atender al criterio del máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, que tiene carácter prioritario, en esta materia de legislación especial protectora de los consumidores y usuarios, frente al Derecho interno de los Estados miembros.

Teniendo en cuenta el volumen de asuntos del Juzgado y que las peticiones de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios suponen en torno al 90% de los asuntos dirimidos ante este Juzgado, la repercusión del planteamiento de la presente cuestión prejudicial se prevé enorme, lo que viene a incidir nuevamente en la necesidad de dar una pronta respuesta por parte del TJUE a las cuestiones planteadas.

Por estos motivos, se considera necesario el planteamiento de la presente cuestión a través del procedimiento acelerado previsto en el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, ante los graves e irreparables daños que la situación descrita pueden estar provocando, con carácter masivo y generalizado, a los consumidores y usuarios españoles.

TERCERO.- SÍNTESIS DEL SUPUESTO FÁCTICO.

El consumidor demandante reclama en el procedimiento de autos, en aplicación de la normativa española y europea de defensa de los consumidores y usuarios, entre otras, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que impone indiscriminadamente el abono de todos los gastos de formalización y cancelación del préstamo con garantía hipotecaria que suscribió con la entidad financiera demandada al prestatario y la nulidad de la cláusula que impone el pago de una comisión de apertura por parte del consumidor a la entidad financiera, contenida en dicho contrato de préstamo hipotecario, junto a la devolución de lo indebidamente pagado por la aplicación de dichas cláusulas y como consecuencia inherente de la declaración de nulidad amparada en el artículo 1.303 del Código Civil y en el principio de no vinculación al

consumidor de las cláusulas abusivas establecido en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 13/93/CEE.

En este sentido, los efectos solicitados son la devolución de aquellas cantidades abonadas en virtud de dichas cláusulas, y en concreto las derivadas de la intervención del Notario, inscripción en el Registro de la Propiedad, tasación del inmueble, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, gestoría y comisión de apertura.

La entidad financiera se ha opuesto a la demanda alegando de forma general la validez de la cláusula de los gastos de formalización y comisión de apertura al entender que superan, como condiciones generales de la contratación, los controles de contenido, incorporación y de transparencia, alegando que han sido pactadas entre las partes, y consecuentemente a ello, el prestatario corrió correctamente con los siguientes abonos:

- Gastos derivados de la intervención de Notario para la instrumentación del contrato de préstamo hipotecario mediante escritura pública.
- Gastos derivados del Registro de la Propiedad por la inscripción del derecho real de hipoteca a favor de la entidad financiera.
- Gastos derivados de la intervención de una gestoría que realice todas las gestiones de inscripción.
- Abono del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados necesarios para la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.
- Gastos de la tasación del inmueble necesarios para la inscripción del título ejecutivo.
- Abono de la comisión de apertura.

A sensu contrario, por la defensa de la actora de forma general se alega lo contrario, y en concreto lo siguiente:

- En cuanto al abono de los gastos derivados de la intervención del Notario, entiende que no debían ser soportados, pues la formalización del contrato de préstamo a través de escritura pública es un modo impuesto por la entidad financiera interesada como requisito previo para poder inscribir el derecho de hipoteca en el Registro de la Propiedad, puesto que el contrato de préstamo podría haberse instrumentado a través de cualquier otro medio aceptado en Derecho, como el contrato privado.
- En cuanto a los gastos derivados del Registro de la Propiedad por la inscripción del derecho real de hipoteca sobre un bien inmueble propiedad del actor, entiende que deberían haber sido soportados por la entidad financiera al ser la interesada en la

constitución de una hipoteca sobre el bien como garantía ejecutable en caso de impago del préstamo.

- En cuanto a los gastos de tasación, entiende que debían haber sido soportados por la entidad financiera al ser un requisito legal establecer en la hipoteca el valor de tasación a los efectos de tener una referencia en un eventual procedimiento de ejecución hipotecaria.
- En cuanto a los Impuesto de Actos Jurídicos Documentados entiende que deben ser soportados por la entidad financiera como requisito legal para la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad a cuyo favor se inscribe, como garantía ejecutable en caso de impago.
- En cuanto a los gastos derivados de la intervención de una gestoría, entiende que debían haber sido soportados por la entidad financiera, al ser todas las gestiones encomendadas originadas por la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad a favor de la entidad financiera. Alega además, que la gestoría concreta fue impuesta y elegida directamente por la entidad financiera, no habiendo sido contratada expresamente por el consumidor.
- Y en cuanto a la comisión de apertura, entiende que no debió abonarse por dos motivos principales: por la no prestación de servicio alguno en contraprestación del pago por parte de la entidad financiera, y por no ser previamente informada de su existencia al momento de la concertación del préstamo.

CUARTO.- PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS:

1º. - La litigiosidad relativa a estas cuestiones afecta a un importantísimo número de consumidores. El *modus operandi* en las defensas de los consumidores y de las entidades financieras en este tipo de procedimientos es prácticamente idéntico, al tratarse de una práctica habitual y extendida la existencia de la cláusula de gastos de formalización y cancelación de hipoteca y de comisión de apertura en la mayoría de préstamos hipotecarios.

En la mayoría de dichos procedimientos, la única prueba que se practica es la documental obrante en las actuaciones, siendo poco frecuente los interrogatorios de parte, las testificales o las periciales.

El tratamiento jurisprudencial mayoritario de la acción ejercitada de nulidad de gastos de formalización y cancelación

de hipoteca ha sido homogéneo en cuanto a la posición de declarar la nulidad de la cláusula, especialmente tras **la STS, de la Sala Primera, Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre (REC 2658/2013)**, en la que considera que tanto los aranceles notariales, como los de los Registradores de la Propiedad, cuando se trata de escritura de préstamos con garantía hipotecaria, el interés principal en la documentación e inscripción en el Registro de la Propiedad es el de la entidad bancaria, dado el carácter constitutivo de la inscripción, que le permite obtener título ejecutivo, y la posibilidad de recurrir a un procedimiento de ejecución especial (art 1875 C.C., 2.2 L.H., 685 LEC).

El TS, en esta Sentencia, considera que dicha cláusula, por la que se atribuye al prestatario el pago de tales gastos no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos, como consecuencia de la intervención notarial o registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si el beneficiario por el préstamo es el cliente, y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que ni hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, y que además aparece recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas, artículo 89.2 TRLD CYU.

La jurisprudencia de nuestro país ha resaltado también, con carácter unánime que lo primero que llama la atención de estas cláusulas, tal y como puso de manifiesto la citada STS de 23 de diciembre de 2015, **es su redacción abierta y con vocación omnicomprensiva, que evidencia su falta de proporcionalidad y de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes**, lo que de por sí sólo es suficiente para considerar estas cláusulas como abusivas.

Sin embargo, si hay unanimidad y un criterio jurisprudencial ya claramente consolidado en lo referente a la declaración de nulidad de esas cláusulas predispuestas y omnicomprensivas que atribuyen la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca al prestatario, no la hay tanto en lo referente a cuales deben ser los efectos de esa declaración de nulidad, habiendo variado la posición por diferentes criterios jurisprudenciales derivadas de varias Sentencias de nuestro Alto Tribunal que en un escaso periodo de tiempo ha llevado a dictar resoluciones contradictorias entre sí que han llevado a los juzgadores, consumidores y

banca a una preocupante situación de inseguridad jurídica, al estar provocando resoluciones diferentes y contradictorias que pueden estar provocando un grave e irreparable daño a los consumidores afectados.

Así, en cuanto a la cláusula que impone todos los gastos a la parte prestataria, a modo de resumen, podemos destacar las siguientes etapas jurisprudenciales:

- 1) Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno 705/2015, de 23 de diciembre, estableció la abusividad de la cláusula que imponía indiscriminadamente al prestatario el abono de los gastos de notaría, registro, gestoría, tasación e impuestos en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales.
- 2) Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno 848/2018 y 849/2018, de 15 de marzo, en la que confirman la abusividad de la cláusula de imposición al prestatario de todos gastos de formalización, excluyendo de los efectos restitutorios derivados de tal declaración, el Impuesto de Actos jurídicos Documentados abonado por el prestatario.
- 3) Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1505/2018, de 16 de octubre, y otras dos consiguientes sentencias idénticas de fecha 22 y 23 de octubre en la que establece que los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad de la cláusula de gastos de formalización del préstamo hipotecario, también han de incluir la restitución al prestatario del Impuesto de Actos Jurídicos Documentos que abonó en virtud de la citada cláusula.
- 4) Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1670/2018 de 27 de noviembre, con diferentes votos particulares en contra, en la que vuelve a corregir la doctrina del tribunal en cuanto a imponer al prestatario el abono del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a pesar de haber declarado nula la cláusula, limitando de nuevo sus efectos y volviendo a la doctrina establecida en las sentencias del 15 de Marzo de 2018 de la Sala Primera.
- 5) Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, en la que establece cuales deben ser los efectos restitutorios derivados de una eventual declaración de nulidad de una cláusula que impone los gastos a la parte prestataria, indicando que los gastos de tasación e impuesto de actos jurídicos documentados corresponde al prestatario, señalando que los gastos de notaría y

gestoría de la formalización y de las novaciones deben abonarse por mitad, a excepción de los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad que deberán ser por cuenta del prestamista. En cuanto a los gastos derivados de la cancelación, declara que deben correr por cuenta del prestatario en su totalidad.

2º- Partiendo de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula general de atribución de gastos a cargo del prestatario, en el contrato préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre un consumidor y una entidad financiera, debe plantearse si, a la vista del art. 6.1 de la Directiva 93/13, se está acogiendo en la práctica por parte de los tribunales españoles una interpretación de dicha normativa, en lo referente a la aplicación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad, ya sea desestimando la pretensión de restitución de cantidad respecto de determinados gastos y conceptos (tasación, tributos, comisiones) o realizando un reparto *a posteriori* de gastos entre la entidad financiera y consumidor de otros (notaría, gestión), o bien negando la restitución de las cantidades correspondientes a los gastos de cancelación de la hipoteca, o sometiendo a un plazo de prescripción la acción de restitución de cantidad, a pesar de que la acción de nulidad es imprescriptible e insubsanable. Prácticas que pudieran suponer una "moderación" judicial de los efectos restitutorios inherentes a la declaración de nulidad, contrarias al principio de "no vinculación" al consumidor de la cláusula declarada nula por abusiva consagrado en el citado art. 6.1 de la Directiva 93/13 así como al "efecto disuasorio" consagrado en el art. 7.1 de la misma Directiva.

En este sentido, la legislación española de defensa de los consumidores y usuarios y los tribunales de justicia, en aplicación de la misma, respondió, durante un tiempo, al criterio de "moderación" o "reconstrucción equitativa del contrato", en lo referente a la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; práctica que ha sido declarada contraria a la interpretación de la Directiva 93/13 por constante y pacífica jurisprudencia del TJUE.

Así, La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, 488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, 40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, 76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016,

Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como señala la STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 *"se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas"*.

En consecuencia, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1.303 C.C. cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (Zsolt Sziber): *"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los*

Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:2016:980, apartado 66).

"35 Aunque el Tribunal de Justicia ya ha enmarcado de este modo, en distintas circunstancias y teniendo en cuenta los requisitos de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, no es menos cierto que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C381/14 y C385/14, EU:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1.895 y 1.896 C.C., en cuanto que el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

Desde este punto de vista, aunque el art. 1.303 C.C. no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que deben respetarse las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13. De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

3º.- En relación a la aplicación concreta de tales presupuestos, y, en lo referente a los gastos notariales y de gestoría, acaso hubiera sido razonable una previsión inicial de reparto de gastos al 50% entre el prestatario y la entidad financiera, en el momento de celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, para no declarar la abusividad de la cláusula de atribución de gastos, pero una vez que ha sido declarada dicha nulidad, ¿es razonable establecer *a posteriori* este reparto de gastos al 50%, tal y como se realiza en las últimas sentencias del TS invocadas, cuando se trata ya de determinar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que se considera abusiva?.

4º.- En lo referente a los gastos de cancelación de la hipoteca, el último criterio del TS en la Sentencia 46/2019 de 23 de enero de 2019 ha señalado que: "[...] la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario. [...] En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto". Sin embargo, desde el análisis de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula declarada abusiva, y del principio de no vinculación al consumidor de la cláusula declarada abusiva, y teniendo en cuenta que la declaración de abusividad alcanza también a la general y omnicomprendensiva declaración de abusividad de la totalidad de los gastos tanto de constitución como de cancelación de hipoteca, ¿resulta razonable realizar esta distinción entre los gastos de inscripción y cancelación de la hipoteca cuando la hipoteca es, en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, un derecho real de inscripción constitutiva, que nace y muere en el Registro de la Propiedad?; ¿es razonable que el prestatario

asuma los gastos de cancelación de una carga que él no ha solicitado y cuya constitución ha beneficiado exclusivamente al acreedor hipotecario, teniendo en cuenta las consecuencias que acarrea a los efectos de ulteriores transmisiones de la propiedad del inmueble, que la carga hipotecaria no se encuentre cancelada y continúe por tanto vigente, frente a terceros interesados en la publicidad registral de la situación de titularidad y gravámenes del inmueble?.

5º.- En lo referente a los gastos de tasación, la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, viene negando, mayoritariamente, la restitución de este gastos, a pesar de haberse declarado la nulidad de la cláusula genérica de atribución de gastos de constitución de la hipoteca al prestatario, incluyendo la tasación, al considerar que el beneficiario del préstamo es el consumidor, y que el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria es requisito legal imprescindible para la obtención de este tipo de préstamo; siendo el prestatario quien elige dicha modalidad, es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y debe igualmente correr con los gastos necesarios para su valoración.

En este sentido, se alega que el art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2.007 señala: "El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley".

De ello se infiere que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y por tanto ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto; a mayor abundamiento la condición que nos ocupa no prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite el artículo 3 bis I.) de la Ley antes mencionada cuando dispone que "las entidades de crédito, incluso aquéllas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones". Por consiguiente, se

considera que no se limita la autonomía del consumidor para elegir el tasador que reputa más conveniente.

Se alude además en estas resoluciones a que no se había practicado, en el seno de los procedimientos enjuiciados, prueba tendente a acreditar que se impidió al consumidor elegir a su propio tasador, para negar la restitución de este gasto. Si bien, cabría cuestionarse si tal argumentación no supone una injustificada inversión de la carga de la prueba en detrimento del consumidor, contraria al art. 3.2 de la Directiva 93/13, máxime cuando en la práctica totalidad de los supuestos la tasación se ha realizado por entidades que prestan sus servicios o colaborar con las entidades financieras y que además la tasación es un requisito de admisibilidad de la demanda ejecutiva, para la ejecución de bienes hipotecados; procedimiento de ejecución privilegiado para hacer efectivo el acreedor hipotecario, su derecho de crédito sobre la finca hipotecada (art. 682.2.1º LEC conforme al cual, se aplicarán las normas del Capítulo referente a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, cuando se cumplan los requisitos siguientes: *"1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario"*).

6º.- Por otro lado, en cuanto la cláusula que impone al prestatario el abono de una comisión de apertura, hasta la fecha habían sido las diferentes Audiencia Provinciales las que prácticamente de forma unánime habían venido declarando abusiva tal cláusula por su abusividad en cuanto a la no contraprestación, arbitrariedad y en definitiva por no superar el control de contenido y transparencia, entendiéndose que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) se conoce ni se acredita su proporcionalidad.

Añadiéndose a dicha argumentación que aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad,

se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU.

Tal proporcionalidad no estaría probada en el caso de las comisiones de apertura en que la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura. La existencia de una normativa bancaria que regula la comisión de apertura no sería óbice para la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No obstante, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44/2019, de 23 de enero, contradiciendo esta línea jurisprudencial notablemente asentada en las Audiencias Provinciales, viene a establecer que la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.

Considera además el TS en esta sentencia que: "Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática. Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias. 21.- En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei. Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el «equilibrio prestacional» por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida. 22.- La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la «comisión de riesgo» objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la

previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE. 23.- Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo. 24.- Lo anteriormente expuesto lleva a que estos dos motivos deban ser estimados y el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado [] Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.”.

El TS en esta resolución parte de la consideración de que la comisión de apertura forma parte de la “definición del objeto principal del contrato” de préstamo, siendo cuestionable este extremo, ya que, tal y como ha declarado el TS en otras ocasiones (STS de 14 de diciembre de 2017 en el caso IRPH) “el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal”. Sin embargo, en el caso de la comisión de apertura no nos hallamos ante la determinación del interés remuneratorio sino ante un elemento adicional para determinar el precio del servicio prestado por el prestamista, que acaso debiera considerarse como accesorio al objeto principal del contrato.

Con todo, y aunque se partiera de la discutible consideración de la comisión de apertura como “objeto principal del contrato”, que el TS considera excluido, del control de abusividad ex art. 4.2 de la Directiva 93/13, cabe indicar que la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, al ordenamiento español. Por ello, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido

redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Tal y como ha declarado la Comisión Europea, en sus observaciones escritas a la Cuestión Prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona (sobre la nulidad del IRPH), "la elección del Reino de España de no incorporar al Derecho español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es conforme con el artículo 8 de la misma, que autoriza a los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección a los consumidores.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha recordado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, coincide con la exigencia de transparencia prevista en el artículo 5 de la citada Directiva y que, en consecuencia, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en dicho artículo 5.

De lo anterior se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es equivalente a la contenida, con carácter general, en el artículo 5. Por consiguiente, el examen de transparencia de una cláusula forma parte del examen de abusividad que se deriva del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

En este sentido, los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales -aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato-, examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma".

7º.- Asimismo, y en la línea de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad, en lo referente a la restitución de cantidades, cabe indicar que, como ocurre en el caso de autos, la entidad financiera demandada invoca en su escrito de contestación a la demanda, la excepción de prescripción de la acción de reclamación de cantidad, en relación a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en aplicación de las cláusulas cuya nulidad se pretende.

En este sentido, la acción de nulidad absoluta, en cuanto acción meramente declarativa, no está sometida a ningún plazo de ejercicio y debe ser considerada como una acción imprescriptible, ya que el paso del tiempo no puede convalidar un contrato inicialmente nulo (QUOD AB INITIO VITIOSUM EST NON POTEST TRACTO TEMPORE CONVALESCERE). Sin embargo, algunas resoluciones judiciales de nuestras Audiencias Provinciales entienden que el carácter imprescriptible de la acción debe entenderse respecto de la declaración de nulidad, pero no por lo que se refiere a la restitución de las cosas que hubiesen sido dadas, entregadas u obtenidas en virtud del contrato nulo, debiendo estar los efectos restitutorios sometidos al plazo normal de prescripción de las acciones personales (artículo 1.964 del Código Civil).

La aplicación de dicha doctrina jurisprudencial al caso de autos, en que el contrato de préstamo hipotecario es de fecha 16 de mayo del año 2000, determinaría la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de reclamación de cantidad y por tanto la desestimación de la pretensión actora en lo referente a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas si se declarara la nulidad de la cláusula de atribución de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca al prestatario o de la comisión de apertura.

Debiendo someter a consideración del TJUE si tal interpretación de la excepción de prescripción referida a uno de los efectos connaturales a la declaración de nulidad de un contrato (ex art. 1.303 C.C.), cual es la restitución recíproca de prestaciones, puede resultar contraria al principio de no vinculación del art. 6.1 y al efecto disuasorio previsto en el art. 7.1 de la Directiva 93/13.

8º.- Al margen de las cuestiones anteriores, y ante la jurisprudencia contradictoria existente en nuestro país en los términos antes expuestos, se hace necesario esclarecer si la condena en costas al profesional debe ser contemplada en cualquier caso cuando se produzca en el seno del procedimiento de declaración de abusividad de tales cláusulas en atención al principio de no vinculación y el principio de efecto disuasorio contemplado en Directiva 93/13, cuando dicha declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas se produzca en el seno de un procedimiento judicial, y ello con independencia de la restitución concreta de cantidades a que

la sentencia condene, al entender además que la pretensión principal del pleito es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es sólo una pretensión accesoria inherente a la anterior.

QUINTO.- MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA.

En materia de cláusulas abusivas, resulta de aplicación la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Los considerandos: duodécimo, decimotercero, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto exponen: «Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado [CEE], de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva; Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; [...]; que a este respecto, la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo; [...] 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, [...] 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».

Artículo 1:"1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados

miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Artículo 3: "1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato."

Artículo 4: "1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato 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."

Artículo 5: "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva".

La misma Directiva establece de forma clara e incondicional el alcance y los efectos de la abusividad de una cláusula:

Artículo 6: "1. Los Estados miembros establecerán que **no vincularán al consumidor**, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas." (...)

Igualmente, la Directiva prevé la creación de mecanismos que garanticen el cese de la aplicación de dichas cláusulas, en particular en los apartados 1 y 2 del artículo 7:

Artículo 7: "1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos

competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas."

Asimismo, la Directiva prevé que los Estados miembros otorguen un nivel de protección superior, artículo 8:

Artículo 8: "Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".

SEXTO.- DERECHO NACIONAL APLICABLE.

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686; en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) *La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*
- 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.*
- c) *La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*

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.

e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Artículo 60. Información previa al contrato.

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.

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.

b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

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.

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos

prevista en el artículo 21.4.

3. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano.

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

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. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

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.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante,

seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.
2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.
3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello

inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculden a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que

tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

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:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.
2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.
3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.
4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.
5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios

no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

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

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios,

financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

El artículo 1.258 del Código Civil dispone lo siguiente: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

Según el artículo 1.303 del Código Civil: "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".

El artículo 7 de la Ley 7/98, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación señala que:

"No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

A tenor del artículo 8 de la Ley 7/98, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación:

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor [...]."

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, que en su capítulo I, referido al tipo de interés, comisiones y obligaciones de información, regula las comisiones en el siguiente sentido:

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

No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

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."

Disponiendo el art. 7º:

"4. Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:

a) El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descuento, los precios efectivos inicial y final de la operación.

b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos citados en la letra anterior, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los

intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. No serán admisibles, a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden."

Y es indiscutible que dichos requisitos se cumplen en este caso, por lo que ningún reproche jurídico se puede predicar de las citadas comisiones.

Igualmente, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, dispone lo siguiente a propósito de las comisiones en el apartado 1º) de su Norma Tercera:

"Norma tercera. Tarifas de comisiones.

1. Todas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular.

Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la Entidad realiza habitualmente.

Podrán excluirse de las tarifas las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y las que puedan corresponder a garantías crediticias, a aseguramiento de emisiones privadas y a servicios de factoraje sin recurso.

En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad."

El artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispone lo siguiente:

"Artículo 3 Comisiones.

1. Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes.

Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un

cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.”

Y con posterioridad a la operación que nos ocupa, se promulgaron normas en el mismo sentido:

- La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que establece, en el artículo 5.1, lo siguiente:

“Artículo 5 Obligaciones de transparencia en relación con los precios.

1. Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas.

*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**”.*

Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6.^a del Anexo II) dispone que «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, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad (norma 8.^a del Anexo II) la obligación se impone a «aquél o aquéllos 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 cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación». Si bien en caso de que la inscripción la solicite quien transmite el derecho o quien tenga interés en asegurar el derecho a inscribir, el arancel deberá abonarlo el transmitente o el interesado.

SÉPTIMO.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

SENTENCIA TJUE - 6 OCTUBRE 2009 C-40/08 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO BILBAO)

Abusividad de cláusulas financieras y principio de no vinculación.

SENTENCIA TJUE - 3 JUNIO 2010 C-484/08 (ORIGEN ESPAÑA - TRIBUNAL SUPREMO)

Los estados pueden legislar protegiendo a los consumidores por encima de lo establecido en la directiva. La normativa española otorga protección efectiva más elevada llegando a controlar el precio.

SENTENCIA TJUE - 16 NOVIEMBRE 2010 C-76/10 (ORIGEN ESLOVAQUIA)
Control de oficio.

SENTENCIA TJUE - 15 MARZO 2012 C-453/10 (ORIGEN ESLOVAQUIA)
Subsistencia contrato con cláusulas abusivas tras declaración de nulidad.

SENTENCIA TJUE - 26 ABRIL 2012 C-472/10 (ORIGEN HUNGRÍA)
No vinculación de cláusulas abusivas. Efectos futuros de repercusión de gastos al consumidor tras declaración de nulidad de la cláusula por abusiva.

SENTENCIA TJUE - 14 JUNIO 2012 C-618/10 (ORIGEN ESPAÑA - AP BARCELONA)
Principio no vinculación.

SENTENCIA TJUE - 21 FEBRERO 2013 C-472/11 (ORIGEN HUNGRÍA)
Control de oficio de todas las cláusulas del contrato, no solo de las controvertidas. Principio de contradicción.

SENTENCIA TJUE - 14 MARZO 2013 C-415/11 (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL BARCELONA)
Suspensión ejecución por el juzgado que está conociendo nulidad cláusula. La lista de la Directiva es indicativa y no exhaustiva.

SENTENCIA TJUE - 21 MARZO 2013 C-92/11 (ORIGEN ALEMANIA)
Principio no vinculación. Efecto disuasorio.

SENTENCIA TJUE - 30 MAYO 2013 C-488/11 (ORIGEN PAÍSES BAJOS)
Prohibición de la moderación de la cláusula declarada nula.

SENTENCIA TJUE - 16 ENERO 2014 C-226/12 (ORIGEN ESPAÑA - AP OVIEDO)
Desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

SENTENCIA TJUE - 30 ABRIL 2014 C-26/13 (ORIGEN HUNGRÍA)
Préstamo hipotecario multidivisa con garantía hipotecaria. Objeto principal del contrato. Definición de retribución. Interpretación de las consecuencias de una cláusula..

SENTENCIA TJUE - 17 JULIO 2014 C-169/14 (ORIGEN ESPAÑA - AP CASTELLON)

Suspensión ejecución por cláusulas abusivas.

SENTENCIA 21 ENERO 2015 C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO INSTANCIA MARCHENA SEVILLA)

Ejecuciones hipotecarias. Efecto de nulidad de cláusula abusiva y principio de no vinculación.

SENTENCIA 26 FEBRERO 2018 C-143/13 (ORIGEN RUMANIA)

Comisión por riesgo equivalente a la Comisión de Apertura. Permite apreciar abusividad. No elemento esencial del contrato, sino retribución accesoria. Posibilidad de control de transparencia y contenido con arreglo al derecho nacional.

SENTENCIA TJUE - 3 SEPTIEMBRE 2015 C-110/14 (ORIGEN RUMANIA)

Protección al consumidor. Extensión del concepto de consumidor.

SENTENCIA TJUE - 29 OCTUBRE 2015 C-8/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO DE INSTANCIA MARTORELL)

Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas y efectos.

SENTENCIA TJUE - 18 FEBRERO 2016 C-49/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO DE INSTANCIA CARTAGENA)

Abusividad cláusulas y efectos.

SENTENCIA TJUE - 14 ABRIL 2016 C-381/14, C-385/14 (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL BARCELONA)

Acción colectiva cesación cláusula suelo. Nulidad y efectos.

SENTENCIA TJUE - 21 ABRIL 2016 C-377/14 (ORIGEN REPÚBLICA CHECA)

Control de oficio cláusulas abusivas en procedimiento. No vinculación.

SENTENCIA TJUE - 28 JULIO 2016 C-168/15 (ORIGEN ESLOVAQUIA)
Responsabilidad de un estado por los daños causados por la violación de un Derecho de la Unión.

Resolución de un contrato y posterior reclamación frente al órgano judicial.

22.- SENTENCIA TJUE - 21 DICIEMBRE 2016 C-154/15, C-307/15, C-308/15 (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL GRANADA - AP ALICANTE)
Principio de no moderación de la cláusulas. Principio de no vinculación. Efecto disuasorio.

SENTENCIA TJUE - 26 ENERO 2017 C-421/14 (ORIGEN ESPAÑA -

JUZGADO DE INSTANCIA SANTANDER)

Vs Banco Primus. Vencimiento anticipado. Cosa Juzgada. No integración de la cláusula vencimiento anticipado.

SENTENCIA TJUE - 20 SEPTIEMBRE 2017 C-186/2016 (ORIGEN RUMANIA)

Hipoteca multidivisa. Elemento esencial de contrato. Apreciación de abusividad, no aplicación del artículo 4.2. de la Directiva.

SENTENCIA TJUE - 7 DICIEMBRE 2017 C-598/15 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO INSTANCIA JEREZ DE LA FRONTERA)

Nulidad cláusulas en procedimiento ejecución extrajudicial hipotecario.

SENTENCIA TJUE - 31 MAYO 2018 C483/16 (ORIGEN HUNGRÍA)

Hipoteca multidivisa. Elemento esencial de contrato. Apreciación de Abusividad, no aplicación del artículo 4.2. de la Directiva.

SENTENCIA 7 AGOSTO 2018 C-96/16, C-94/17 (ORIGEN ESPAÑA - JPI BARCELONA - TS)

No cesión de créditos sin que esté previsto en contrato y sin conocimiento de la cesión. Desproporcionado el interés de demora. No vinculación interés de demora, aplicación del remuneratorio.

28.- SENTENCIA 20 SEPTIEMBRE 2018 C-51/17 (ORIGEN HUNGRÍA)

No se puede realizar un acuerdo para subsanar una nulidad.

OCTAVO.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO PLENO 705/2015 - 23 DE DICIEMBRE DE 2015

Nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO PLENO 848/2018 - 15 MARZO DE 2018.

Nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario. Efectos parciales al excluir del reintegro el impuesto que grava la hipoteca.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 1505/2018 - 16 DE OCTUBRE DE 2018, STS 1523/2018 - 22 DE OCTUBRE DE 2018, STS 1523/2018 - 23 DE OCTUBRE DE 2018.

Efectos restitutorios totales, incluida la devolución del impuesto que grava la hipoteca, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 1669, 1670, 1671/2018 - 27 DE NOVIEMBRE DE 2018.

Efectos restitutorios parciales al excluir la devolución del impuesto que grava la hipoteca, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 44/2019 - 23 ENERO DE 2019.

Efectos restitutorios parciales al excluir la devolución del impuesto y la tasación, y gastos de cancelación, establecer reparto de gastos de notaría y gestoría por mitad, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario. No nulidad de la cláusula de comisión de apertura, por superación automática del control de transparencia, y prohibición por aplicación del art. 4.2. de la Directiva.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO 46, 47, 48, 49/2019 - 23 ENERO DE 2019.

Efectos restitutorios parciales al excluir la devolución del impuesto y la tasación, y gastos de cancelación, establecer reparto de gastos de notaría y gestoría por mitad, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 608/2017 - 15 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nulidad y efectos hipoteca multidivisa. Elemento esencial del contrato. Declaración de abusividad.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 449-2017 - 4 DE JULIO DE 2017

Principio de no vinculación y efecto disuasorio derivada de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario. La condena en costas forma parte del efecto disuasorio al empresario.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación de los arts. 3, 4, 5, 6, y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN AL TJUE:

- 1) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, al prestatario **puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios tras su declaración de nulidad por abusiva.**
- 2) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, **deben distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario los gastos de notaría y gestoría,** puede considerarse una moderación judicial de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y por tanto resulta contraria al principio de no vinculación contenido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13.
- 3) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario deben imponerse igualmente al prestatario el abono de los **gastos de tasación del inmueble y el impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo,** consiste en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula, y, si resulta contraria al art. 3.2 de la Directiva 93/13 la **atribución al prestatario de la carga**

de probar que no se le permitió aportar su propia tasación del inmueble.

- 4) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, resultaría contraria una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos de constitución, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, puede seguir surtiendo efectos para el prestatario cuando realiza novaciones modificativas o cancela la hipoteca, **en el sentido de tener que seguir abonando los gastos derivados de tal modificación o cancelación de la hipoteca**, y si la atribución de esos gastos al prestatario supone una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula.
- 5) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, si una jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, serían contrarios al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13.
- 6) Se cuestiona si a la vista del principio de no moderación de las cláusulas declaradas nulas establecido en la jurisprudencia del TJUE, y a la vista del principio de no vinculación del artículo 6 de la Directiva, puede resultar contraria una jurisprudencia nacional que modera los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización, novación o cancelación, amparándose en el interés del prestatario.
- 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 art. 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 artículo 3 y 4 de la Directiva 93/13 y a 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 accesoria, 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.
- 10) Se cuestiona si, a la vista del art. 4.2 de la Directiva 93/13 no traspuesta por la LCGC al ordenamiento jurídico español, resulta contraria al art 8 de la Directiva 93/13 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el art. 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, si se considerara que una cláusula denominada comisión de apertura constituyera el objeto principal del contrato de préstamo.
- 11) Se cuestiona si a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, la cláusula denominada comisión de apertura, **cuando esta no haya sido negociada individualmente y no se acredite por la entidad financiera que responde a servicios efectivamente**

prestados y gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

12) Se cuestiona si, a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, la condena en costas al profesional, derivada de un procedimiento en el que se ejercitan por un consumidor acciones de nulidad de cláusulas abusivas insertas en un contrato celebrado con éste, y se obtiene dicha declaración de nulidad por abusividad por parte de los Tribunales, debe ir aparejada al principio de no vinculación y al principio de efecto disuasorio al profesional, cuando estas acciones de nulidad sean estimadas por el juez nacional, con independencia de la restitución concreta de cantidades a que la sentencia condene, al entender además, que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es sólo una pretensión accesoria inherente a la anterior.

13) Se cuestiona si a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (art. 6.1 y 7.1), los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional.

ACUERDO igualmente, la SUSPENSIÓN del presente procedimiento hasta que se resuelvan las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme no cabiendo ningún recurso contra ella, ordenando remitir testimonio de esta resolución con una copia testimoniada del expediente para su consulta al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas, (Rue du Fort Niedergrünewald, L-2925 Luxemburgo) para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, adelantándose su remisión por copia, al solicitarse para su resolución el procedimiento de acelerado, mediante correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y fax (+352 43 37 66).

Remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, -Fax: 917006350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea). C/Marqués de la Ensenada, 8 28004 Madrid. E-mail: rocio.cassinello@cgpj.es

DILIGENCIA.- La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.

LA MAGISTRADA

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.