

1.5. Obligaciones y contratos

Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al Derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (A propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo)

*Nullity due to abuse of the mortgage loan
expenses clause: integration of the contract
in accordance with supplementary national law,
prescription of the restitution action
and procedural costs
(Regarding the SCJEU of July 16, 2020
and the doctrine of the Supreme Court)*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

Profesora Doctora de Derecho civil

Universidad de La Rioja

RESUMEN: Nuevamente el TJUE se ha pronunciado en relación con el Derecho español y las cláusulas abusivas. En este caso se ha tratado de la cláusula de gastos hipotecarios. En este trabajo se analizará la doctrina desarrollada por el TJUE en su Sentencia de 16 de julio de 2020, que viene a avalar la doctrina del Tribunal Supremo permitiendo la integración del contrato con el Derecho supletorio nacional. Se comentará críticamente esta doctrina junto con los distintos criterios fijados por el Tribunal Supremo sobre la distribución de los gastos hipotecarios entre las partes y que tanta polémica y controversia ha suscitado en los últimos años. Junto con ello, brevemente se analizarán también las cuestiones también abordadas por el TJUE acerca del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas a raíz de la declaración como abusiva y nula de una cláusula contractual, y sobre la imposición de las costas procesales al prestamista como mecanismo para evitar disuadir al consumidor de la defensa de sus derechos, y, no obstante también, para disuadir al prestamista del uso de cláusulas abusivas.

ABSTRACT: Again the CJEU has ruled in relation to Spanish law and abusive clauses. In this case it has been the mortgage expense clause. This work will analyze the doctrine developed by the CJEU in its judgment of July 16, 2020, which endorses the doctrine of the Supreme Court allowing the integration of the contract with national supplementary law. This doctrine will be critically commented on along with the different criteria set by the Supreme Court on the distribution of mortgage expenses among the parties and that has caused so much controversy and controversy in recent years. Along with this, the issues also addressed by the CJEU about the limitation period of the action for restitution of amounts unduly paid as a result of the declaration as abusive and null of a contractual clause, and on the imposition of costs to the lender as a mechanism to avoid dissuading the consumer from defending their rights, but nonetheless to also dissuade the lender from the use of abusive clauses.

PALABRAS CLAVE: Cláusula abusiva. Costas procesales. Gastos hipotecarios. Integración del contrato. Nulidad. Prescripción.

KEY WORDS: *Abusive clause. Procedural costs. Mortgage expenses. Integration of the contract. Nullity. Prescription.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. CLÁUSULA DE GASTOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO PREVIA A LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020: 1. LAS STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015. 2. LAS SSTS DE 15 DE MARZO DE 2018 Y EL IAJD. 3. LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019.—III. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS CON CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS POR ABUSIVAS: 1. CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE Y RESUELTA EN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020. 2. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON EL DERECHO SUPLETORIO NACIONAL. 3. EFECTOS RESTITUTORIOS ANTE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS TRAS LA STJUE DE 16 DE ENERO DE 2020.—IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN Y COSTAS PROCESALES SEGÚN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020: 1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE. 2. COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS SEGUIDOS POR CLÁUSULAS ABUSIVAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Desafortunadamente en los últimos años nos estamos acostumbrando al planteamiento de cuestiones prejudiciales y al dictado de alguna resolución del TJUE que enmiende alguna sentencia del Tribunal Supremo español o aclare mejor la doctrina aplicable para que nuestro alto tribunal siente doctrina más concreta y ajustada al Derecho comunitario, especialmente en el marco de las cláusulas abusivas y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de cara a la protección del consumidor. Y digo desafortunadamente porque esta constante práctica ha generado una cierta inseguridad o desconfianza en la propia labor y doctrina emanada del Tribunal Supremo en determinados asuntos y una larga espera en la concreción de la doctrina aplicable a la resolución de ciertas controversias que afectan a muchas familias y personas¹.

Desde la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo se han ido sucediendo numerosas sentencias del Tribunal Supremo, cuestiones prejudiciales al TJUE y posteriores resoluciones de este Tribunal europeo en relación con la calificación como abusivas de diversas cláusulas en préstamos (mayoritariamente hipotecarios), los efectos de esa calificación y de la nulidad que pueda acordarse, la posible moderación o integración del contrato o la subsistencia de este en caso de apreciarse la nulidad por abusiva de esa cláusula discutida... Todo ello ha sido objeto de máxima atención social, mediática y por todo jurista que, ya sea como aplicador directo del Derecho en la práctica litigiosa concreta o como intérprete y analista de la diversa doctrina y jurisprudencia surgida en torno a estas controversias, ve también cómo se alarga en el tiempo la concreción clara y efectiva de la doctrina jurisprudencial aplicable a una determinada cuestión controvertida de la que están pendientes miles de personas y de la que, por su impacto social y económico, se hacen inmediato eco los medios de comunicación y redes sociales.

Un ejemplo reciente de esta situación y dinámica ha sido la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) que resuelve quince cuestiones prejudiciales planteadas en marzo de 2019 por dos juzgados españoles (concretamente trece por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca y dos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta) en el marco de dos litigios relativos a ciertas cláusulas abusivas incluidas en contratos de préstamos hipotecarios en referencia a diversos gastos vinculados a esos contratos y su imposición contractual al prestatario consumidor, planteando la posible contradicción con el Derecho comunitario de una jurisprudencia como la que se estaba aplicando a raíz de la STS número 705/2015, de 23 de diciembre, las SSTS número 147 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, y, especialmente, cinco SSTS de 23 de enero de 2019 (núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019), todas del Pleno de la Sala Primera (de lo Civil) de nuestro alto tribunal, que podría considerarse que avala la moderación e integración de la llamada «cláusula de gastos» una vez declarada nula por abusiva, al no determinar la restitución al consumidor de la totalidad de gastos abonados en virtud de esa cláusula declarada nula sino la atribución e imposición de la asunción de ciertos gastos, pudiendo considerarse que tal doctrina supone una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula a través de la prohibición de la moderación e integración de la cláusula declarada abusiva y, además, contraría el principio de procurar el efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas (arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE); junto con estas cuestiones en las que principalmente me centraré en este trabajo, también se plantearon cuestiones relacionadas con el plazo de prescripción de las acciones restitutorias de cantidades ante la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, la condena en costas en estos casos y, asimismo, en relación a la posible abusividad de la cláusula de imposición al consumidor del pago de una comisión de apertura.

Estas quince cuestiones prejudiciales las resolvió el TJUE en la referida sentencia de 16 de julio de 2020 agrupándolas en cinco partes: la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva, y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas.

En este trabajo se analizará el estado actual de esta controversia jurisprudencial en relación especialmente con los gastos hipotecarios, a raíz de lo indicado por el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2010 en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que ya ha tenido acogida y reflejo en las SSTS número 457/2020, de 24 de julio, número 465/2020, de 14 de septiembre, número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre.

Como paso previo, no obstante, se examinará la situación jurisprudencial y doctrinal existente en España sobre esta cuestión antes de la referida resolución del tribunal comunitario europeo, para así contextualizar mejor el tema y la controversia y concretar la doctrina jurisprudencial existente en España que justificó el planteamiento de esas cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

II. CLÁUSULA DE GASTOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO PREVIA A LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

1. LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

El Tribunal Supremo en su Sentencia número 705/2015, de 23 de diciembre, resolvió el recurso de casación planteado en el marco de un litigio instado bajo el ejercicio de una acción colectiva, en el que, junto a otras diversas cláusulas, se interesaba la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula de gastos incluida a modo de condición general de contratación (es decir, sin negociación individual) en los préstamos hipotecarios del banco demandado. Esa cláusula de gastos era muy extensa (cinco párrafos), y en ella se indicaba en su primer y cuarto párrafo lo siguiente: «*Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.º. [...] La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva*». Como puede observarse, la cláusula es muy extensa y genérica.

El Tribunal Supremo tras referirse al artículo 89.3 TRLCU, analiza los distintos conceptos de gastos imputados al prestatario consumidor y advierte que debe confirmarse la abusividad de tal cláusula por lo que se refiere a los gastos notariales y registrales, al impuesto sobre actos jurídicos documentados (en adelante, IAJD) y los gastos preprocesales y procesales y de otra naturaleza derivados del incumplimiento del pago del crédito, pero no así los derivados de la contratación del seguro de daños en cuanto que tal contratación viene impuesta al prestatario por el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario.

En primer lugar, y apoyándose también en la STS número 550/2000, de 1 de junio, en la medida que no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de gastos notariales y registrales sino que los hace recaer totalmente en el hipotecante, pese a la normativa legal que permitiría una distribución equitativa entendiendo que ambas partes se benefician de la operación conjunta de préstamo con la constitución de la garantía hipotecaria; y esto supone, según nuestro alto tribunal, «que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)»; alusión esta última al artículo 89.2 TRLCU que, sin embargo, no se entiende bien, en cuanto que tal norma se refiere a la consideración como abusiva de la cláusula que determina «la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables», habida cuenta que en este caso no se trata de ningún supuesto de errores administrativos o de gestión².

Respecto al IAJD, también confirma la nulidad por abusividad declarada en anteriores instancias tanto porque «contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario» (se apoya además el Tribunal Supremo en su anterior Sentencia núm. 842/2011, de 25 de noviembre). Igual calificación de abusiva le merece al Tribunal Supremo la atribución indiscriminada al prestatario de todos los gastos preprocesales y procesales pues resulta contraria a los artículos 86 TRLCU y 8 LCGC y supone introducir un evidente desequilibrio en la posición de las partes.

Algunos autores³ ya se hicieron eco del error en la fundamentación del Tribunal Supremo en esta Sentencia de 23 de diciembre de 2015 al fijarse en el artículo 89.3, en las letras a) y c), TRLCU cuando se trata de unas disposiciones referidas a la compraventa de viviendas; e igualmente se tratarían de supuestos de hecho distintos los enjuiciados en las SSTS de 1 de junio de 2000 y 25 de noviembre de 2011 a los que se refiere esa STS de 23 de diciembre de 2015. De hecho, posteriormente, en las SSTS de 15 de marzo de 2018, en relación con la cláusula de imposición al prestatario del pago de todos los tributos derivados de la operación del préstamo hipotecario, el propio Tribunal Supremo quiso enmendar en cierto modo esa fundamentación reconociendo que efectivamente no se trataba del mismo supuesto pero que esa nulidad de la cláusula de gastos venía fundamentada en una aplicación analógica de esas normas (art. 89.3, letras a y c, TRLCU) del contrato de compraventa al contrato de préstamo⁴: uso de la analogía también criticable por cuanto no cabe entender que existiera una laguna para cubrir con esa analogía⁵.

Y en el marco de esa fundamentación, a este respecto, cabe también destacar cómo en este caso el Tribunal Supremo sorprendentemente no alude en ningún momento en su argumentación base de esa declaración de nulidad a ningún tipo de control ni de incorporación ni de transparencia formal o material, ni tampoco a los deberes precontractuales de información del prestamista al prestatario; sorprende que no se aluda por el Tribunal Supremo al control de transparencia que tantas declaraciones de nulidad por abusividad de numerosas cláusulas de préstamos hipotecarios ha venido fundamentando desde que se configuró con la STS de 9 de mayo de 2013 en relación con las cláusulas suelo. Sobre el sometimiento de las cláusulas de gastos a este control de transparencia ha habido criterios discordantes entre la doctrina, lo que ha conllevado más

críticas a esta STS de 23 de diciembre de 2015⁶, pero lo cierto es que en este caso la fundamentación del Tribunal Supremo de la abusividad y nulidad de la cláusula se enfoca en otros aspectos: la imposición total y genérica de todos los gastos al consumidor, cuando algunos no les vienen legalmente impuestos, y el consecuente desequilibrio importante que se produce en la posición del consumidor, en contradicción, además, con las exigencias de la buena fe contractual; un desequilibrio relevante que el consumidor no hubiera razonablemente aceptado de haberse negociado la cláusula.

A este respecto, debe resaltarse cómo esta decisión y calificación como abusiva de la cláusula referida a estos conceptos de gastos lo argumenta el Tribunal Supremo atendiendo a la normativa nacional existente respecto a la distribución de esos gastos entre las partes, apreciando por ello ese comentado desequilibrio y abuso por la atribución indiscriminada de unos gastos al prestatario, cuando, según la norma nacional reguladora del concepto que fundamenta ese gasto, el mismo sería imputable al prestamista.

Ahora bien, el Tribunal Supremo no aborda otro tipo de gastos que frecuentemente también se incluyen en cláusulas de préstamos hipotecarios imponiéndolos al consumidor prestatario (gastos tales como los de gestoría o los de tasación⁷); y no lo hace por cuanto la cláusula que se sometió a su consideración no aludía a ellos.

Asimismo, otra cuestión a tener en cuenta es que, pese a calificar como abusiva esa cláusula en cuanto referida a los gastos registrales y notariales y a los gastos preprocesales y procesales, el Tribunal Supremo (quien en su fallo simplemente desestima el recurso de casación planteado por la entidad bancaria demandada, confirmando la sentencia recurrida) no determina la restitución de las cantidades indebidamente abonadas, pues no se pidió en la demanda al haberse ejercitado una acción colectiva instando la declaración genérica de nulidad de esas cláusulas insertas en todos los contratos de préstamo hipotecario de la entidad bancaria demandada, pero sin poder solicitar efectos concretos en relación con cada prestatario afectado por un contrato con esa cláusula.

Lógicamente al declarar la cláusula abusiva y nula por tal motivo, tal cláusula se deberá entender como no puesta en los contratos que la incluyan, eliminándola del contrato (que en todo caso cabe entender que podría subsistir sin esa cláusula). En principio, esa nulidad debería suponer el retorno del consumidor prestatario a la posición que existiría de no haber mediado esa cláusula, restituyéndole las cantidades indebidamente abonadas; sin embargo, los efectos concretos que en cada caso tal nulidad conllevaría, especialmente en el marco de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario, se dejaron sin concretar. El Tribunal Supremo en esta Sentencia de 23 de diciembre de 2015, aunque sí se refirió a la normativa reguladora de los conceptos objeto de los gastos para argumentar el injusto desequilibrio y la abusividad de la cláusula, lo cierto es que no indicó qué gastos debería asumir el prestamista y cuáles el prestatario; simplemente advierte del desequilibrio que supone la imposición total y de modo genérico al prestatario consumidor de todos los gastos notariales, registrales y procesales y preprocesales, cuando no todos les venían impuestos por la Ley al prestatario, sino que algunos correspondían al prestamista, por lo que se estaría contraviniendo esas normas; pero no señala concretamente qué efectos restitutorios supone esa declaración de nulidad. En esta sentencia se deja a los juzgados y tribunales que enjuicien cada reclamación individual de los consumidores la decisión y concreción en cada proceso concreto sobre cómo se deben distribuir los gastos e impuestos de esa operación.

De modo que para las resoluciones posteriores de casos concretos lo que entendieron los juzgados y tribunales tras esta STS de 23 de diciembre de 2015 es que, como en sus casos concretos sí que, junto con la declaración de nulidad por abusiva (pretensión que mayoritariamente era estimada), se pedía la restitución al prestatario de las cantidades indebidamente abonadas por esa cláusula declarada nula, al atender a tal pretensión, no es que tuvieran que devolverse íntegramente todas las cantidades abonadas por el prestatario en virtud de esa cláusula, sino solo aquellas cantidades que según la normativa sectorial de Derecho nacional no le correspondieran abonar al prestatario sino al prestamista. Y ello llevó al dictado de numerosas resoluciones por la llamada «jurisprudencia menor» que, bajo criterios no siempre uniformes ni homogéneos, determinaba una concreta distribución de los gastos interpretando esa normativa nacional sectorial en relación no solo a los gastos registrales y notariales y al IAJD, sino también a gastos de gestoría y de tasación del inmueble a hipotecar⁸.

2. LAS SSTS DE 15 DE MARZO DE 2018 Y EL IAJD

En las SSTS número 147/2018 y número 148/2018, ambas de 15 de marzo, la Sala Primera (de lo Civil) volvió a reiterar la doctrina del carácter abusivo de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario que indiscriminadamente impusieran al prestatario consumidor la totalidad de gastos y tributos derivados de la celebración de ese préstamo, advirtiendo de que la normativa reguladora de los conceptos o servicios cuyo pago se impone en esa cláusula impuesta (normativa que sería aplicable en ausencia de pacto) viene a establecer una distribución de la carga de ese pago entre ambas partes distinguiendo en algunos casos entre el tipo de actuación que se realice.

Entre los constantes pronunciamientos acerca de la imputación de gastos al consumidor prestatario y la nulidad por abusiva de la cláusula que así lo preveía, uno de los conceptos que más controversia y disparidad de sentencias entre Juzgados y Audiencias ha suscitado ha sido el del IAJD, especialmente por la interpretación hecha de la normativa sectorial aplicable. Y el Tribunal Supremo también atendió a esta controversia para ponerle fin, aunque lo hizo de un modo bastante polémico como se expondrá a continuación.

Nuestro alto tribunal, en su Sala Primera (de lo Civil) inicialmente en la citada STS número 705/2015, de 23 de diciembre, determinó que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación contractual realizada, sino que, «al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante»; por ello, como se ha indicado antes, entendió nula por abusiva la cláusula que imponía totalmente ese pago al prestatario (consumidor).

Pero, posteriormente, en las referidas SSTS número 147/2018 y número 148/2018, ambas de 15 de marzo, advirtió la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo que debía atenderse a lo previsto en la normativa tributaria y a lo que la jurisprudencia de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo entendía sobre quién es el sujeto pasivo de este impuesto; de modo que, respecto a la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con esa jurisprudencia, advierte el Tribunal Supremo (Sala Primera,

de lo Civil) que se debe concluir que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario⁹; esto en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía. En lo que respecta al derecho de cuota fija, por la matriz el pago del impuesto también le corresponde al prestatario (art. 68 RITPyAJD), salvo que exista pacto de distribución de los gastos notariales y registrales, respecto de los cuales se debiera distribuir el pago del impuesto por mitad (igual que para el caso de los aranceles notariales y registrales señaló la Resolución de la DGRN de 7 de abril de 2016), mientras que respecto de las copias, será sujeto pasivo del impuesto aquel que las solicite.

A este respecto, y particularmente en cuanto a esa decisión sobre el derecho de cuota variable y quién se considera sujeto pasivo del IAJD, debe advertirse que las normas tributarias en ese momento señalaban lo siguiente:

— Artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante LITPyAJD): «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

— Artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo (en adelante RITPyAJD): «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario».

La Sección 2.^a de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo, en sus Sentencias número 1505/2018, de 16 de octubre, número 1523/2018, de 22 de octubre, y número 1531/2018, de 23 de octubre, anuló el indicado párrafo 2 del artículo 68 RITPyAJD, por considerar que lo previsto en él («Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»), era contrario a la Ley y consecuentemente modificó la doctrina jurisprudencial que hasta entonces se mantenía de que en los préstamos con garantía hipotecaria era el prestatario quien debía asumir el pago del impuesto de actos jurídicos documentados (derivado de la escritura notarial de constitución de la hipoteca), y tras estas resoluciones se afirmó, por tanto, que debía ser el prestamista quien asumiera el pago de este impuesto.

Pero poco después, en una controvertida decisión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se reunió en Pleno los días 5 y 6 de noviembre de 2018 para decidir sobre tres asuntos similares a los anteriormente indicados y resueltos por esa Sección 2.^a de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y a través de tres Sentencias de 27 de noviembre de 2018 (núms. 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018), con votos particulares, cambió ese criterio y determinó que el sujeto pasivo de este impuesto era el prestatario.

Una resolución polémica por las formas y mayorías en que se adoptó (hubo mucha división de criterios y se decidió así por un solo voto, por 15 a 13) y especialmente porque se adoptaba cuando la resolución de nulidad del párrafo segundo del artículo 68 RITPyAJD era ya firme en virtud de las anteriores resoluciones de la Sección 2.^a (especializada en materia tributaria), y teniendo por tanto por base normativa a la que atender (arts. 29 LITPyAJD y 68 RITPyAJD) una previsión que precisamente, a mi juicio, lo que apoya es la decisión contraria, es decir, que sea el prestamista quien deba asumir el coste por ser él quien

adquiere el derecho de hipoteca que se constituye con la escritura que motiva ese impuesto y, a mayor abundamiento, aquel en cuyo interés se expide ese documento notarial.

La polémica fue mayor habida cuenta que desde el Gobierno anteriormente a la fecha de las resoluciones (aunque poco después de conocer el resultado de ese pleno de 6 de noviembre de 2018 y a raíz del mismo) se aprobó el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Ley convalidado por el Congreso de los Diputados poco después, el 22 de noviembre de 2018), determinando la modificación del tenor del artículo 29 LITPyAJD de modo que ya el sujeto pasivo del IAJD en los préstamos hipotecarios constituidos en escrituras a partir del 10 de noviembre de 2018 (pues no hay aplicación retroactiva de la norma) no sería el prestatario sino el prestamista¹⁰. Como puede observarse, una decisión normativa acorde con el criterio inicial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo pero que se ve contradicha por las sentencias posteriores de 27 de noviembre de 2018.

3. LAS SSTS DE 23 DE ENERO DE 2019

Posteriormente el Tribunal Supremo volvió a completar y matizar su doctrina en relación con la cláusula de gastos en los contratos de préstamo hipotecario en cinco Sentencias de 23 de enero de 2019 (las núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019, todas de Pleno) que reiteran la consideración de que una cláusula no negociada individualmente e impuesta por el prestamista que atribuye indiscriminadamente al prestatario consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo hipotecario es abusiva y por ello nula, al imponer unos pagos que, de no existir esa cláusula, no le corresponderían abonar al prestatario, y por ello supone un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Y señala el Tribunal Supremo que una vez declarada nula y por lo tanto considerada como no puesta esa cláusula, debe re establecerse la situación fáctica y jurídica que existiría de no haberse incluido esa cláusula¹¹, y por ello debe aplicarse la normativa sectorial nacional supletoria que regula cada concreto gasto y así determinar qué deben pagar ambas partes, prestamista y prestataria, y que cada una asuma lo que le corresponde, restituyendo el prestamista al consumidor los importes que indebidamente este asumió por corresponder su pago a aquél. 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. A este respecto, advierte nuestro alto tribunal que esta doctrina no implica moderación de la cláusula nula ni de los efectos de esa nulidad ni vulneración de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE; y argumenta esto y la aplicación de la normativa nacional advirtiendo que la declaración de abusividad y nulidad no puede conllevar que los terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde, ya que no son pagos hechos por el consumidor al banco sino a terceros (notario, registrador, gestoría, etc.), considerando a este respecto que no se trata de reconocer unos efectos restitutorios del artículo 1303 del Código civil, porque no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver, sino pagos hechos a terceros, considerando por ello que el fundamento de la condena a la restitución al consumidor prestatario de ciertas cantidades es análogo

al cobro de lo indebido (en cuanto que el consumidor hizo 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) o al 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): de modo que aquellos importes que debía haber abonado el prestamista por venir así previsto en la normativa nacional sectorial correspondiente pero que abonó el consumidor en virtud de esa cláusula nula deberán ser devueltos por el prestamista (*vid.*, así mismo, STS núm. 725/2018, de 19 de diciembre¹²).

Sin perjuicio de que volveré posteriormente a tratar la cuestión de si esta doctrina supone o no moderación o integración del contrato, pues es precisamente la cuestión angular que se planteó en las cuestiones prejudiciales ante el TJUE que este resolvió en su Sentencia de 16 de julio de 2020, sí que cabe advertir que la alusión a los terceros como destinatarios del pago de esos importes discutidos no tiene sentido a este respecto: los terceros seguirán cobrando los importes por sus servicios los pague el consumidor prestatario o el prestamista, y aunque se declare nula la cláusula de imposición de pago de todos los gastos: esa nulidad de la condición general contractual, al igual que el propio contenido y efectos de dicha cláusula y su declaración como nula, solo tiene efectos inter partes; los terceros no se ven en modo alguno afectados sean cuales sean los efectos que se señalen consecuencia de la declaración de nulidad de la referida cláusula contractual.

Cabe reseñar brevemente la distribución de gastos que se señaló en estas SSTS de 23 de enero de 2019, tratando de poner fin a la diversidad y heterogeneidad de criterios asumidos por la llamada jurisprudencia menor:

a) Por lo que respecta a los gastos notariales, atendiendo a la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dado que, según el Tribunal Supremo, la intervención notarial interesa a ambas partes, los gastos por el otorgamiento de la escritura pública deben distribuirse por mitad. Misma solución se acuerda para las escrituras de modificación o novación del préstamo hipotecario. Sin embargo, para la escritura de cancelación de hipoteca, entendiendo que es el prestatario el interesado en liberar el gravamen, es a él a quien le correspondería abonar el gasto. Por lo que se refiere a las copias de la escritura, el coste de la misma lo deberá asumir quien la solicite.

b) En cuanto a los gastos registrales, de conformidad con el Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, en la norma octava de su Anexo II, partiendo de que la garantía hipotecaria se inscribe a favor de la entidad prestamista, será esta quien deba abonar los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca; en el caso de la escritura de cancelación de la hipoteca, como accede al Registro en favor del prestatario, este deberá abonar su coste.

c) En el caso de los gastos de gestoría, el Tribunal Supremo en estas Sentencias señala que no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. De hecho, las gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario como tal no necesitan del nombramiento de un gestor profesional, pudiendo ser realizadas por el prestamista o por el prestatario, si bien deben ponerse de acuerdo ambas partes en el nombramiento de un gestor a tenor de lo indicado por el Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre

Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que da por supuesta la prestación de ese servicio (art. 40 del citado Real Decreto). En consecuencia, entiende el Tribunal Supremo que, dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad. Un criterio que considero erróneo por cuanto acudir a una gestoría no es obligatorio y en la práctica ese gestor se contrata porque así lo requiere el prestamista para asegurarse él de que se tramite todo de modo correcto de cara a la formalización en escritura e inscripción registral para la válida constitución de la garantía hipotecaria (garantía de la que el prestamista es el único beneficiario); es al prestamista a quien le interesa ese gestor, es él quien insta en la práctica su intervención y es a él a quien le beneficia: por ello el prestamista es quien debiera asumir la totalidad de ese gasto¹³.

d) Por lo que al IAJD se refiere, en estas SSTS de 23 de enero de 2019 se acoge la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a través de las anteriormente mencionadas Sentencias de 27 de noviembre de 2018 (núms. 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018). Las Resoluciones de la Sala Primera (de lo Civil) de 23 de enero de 2019 concretaron también que quien debía abonar el IAJD era el prestatario, «como ya acordó en las sentencias núms. 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las Sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera»; advirtiéndose además que «a esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna».

Por último, en relación con estas Sentencias de 23 de enero de 2019, cabe destacar cómo, en el marco de la atención a la normativa nacional sectorial aplicable de modo supletorio, el Tribunal Supremo señala que los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión en cada caso deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. Advierte que el legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos por razones de política legislativa, pero que esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

Y en tal sentido nuestro alto tribunal alude al proyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario que en esos momentos se estaba tramitando y que ya contenía algunas previsiones concretas sobre la distribución de estos gastos. Aprobada la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), en esta ley, concretamente en su artículo 14.1.e), nuestros legisladores, tratando de poner fin a la litigiosidad en esta materia (al menos para contratos celebrados con posterioridad al 16 de junio de 2019, pues debe recordarse que en este punto la LCCI no es de aplicación retroactiva a contratos anteriores a su entrada en vigor), decidieron concretar ya la distribución de gastos derivados de la celebración de un contrato de préstamo inmobiliario (al menos los gastos más frecuentes en la práctica) de la siguiente forma:

- i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.
- ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario¹⁴ y los de las copias los asumirá quien las solicite.
- iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponderán al prestamista.
- iv. El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable. En este caso, ya estaba aprobada la reforma del artículo 20 LITPyAJD de noviembre de 2018 a la que he hecho antes referencia, y por ello, se debe entender como sujeto pasivo del IAJD al prestamista.

III. LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020 Y LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS CON CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS POR ABUSIVAS

1. CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE Y RESUELTA EN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

Como he comentado al inicio de este trabajo, tras las SSTS de 23 de enero de 2019, en marzo de ese año el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta presentaron sendas peticiones de decisión prejudicial al TJUE con varias cuestiones a abordar y resolver por el Tribunal comunitario atendiendo a lo previsto en los artículos 3 a 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En síntesis, por lo que se refiere a la cláusula de imposición al prestatario consumidor de todos los gastos derivados de la formalización, modificación y cancelación del préstamo hipotecario, las cuestiones planteadas al TJUE se centraban en los efectos de la declaración de la nulidad de tal cláusula y concretamente en lo siguiente:

- Si las decisiones de declaración de nulidad de la cláusula de imposición al prestatario de todos los gastos de constitución y operación del préstamo hipotecario concretando la distribución de los gastos entre las partes, de modo que también el prestatario debe asumir ciertos gastos (y por tanto excluyendo o limitando parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad), suponen una moderación judicial de esa declaración de nulidad contraria al principio de no moderación consagrado por la jurisprudencia del TJUE, contraria al principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula (contenido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE¹⁵) y contraria al efecto disuasorio frente al empresario (consagrado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE¹⁶).
- Si es ajustado al Derecho de la Unión Europea que se lleve a cabo una interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos dimanantes de esta no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Pero, junto a estas cuestiones más relacionadas con la cláusula de gastos de constitución y cancelación de hipoteca, también se plantearon otras relacionadas con:

- a) La condena en costas al profesional en los procesos en los que el consumidor ejercita la acción de nulidad de cláusulas abusivas en contratos que haya celebrado.

- b) La prescripción de la acción de restitución de cantidades, que viene a acompañar y ser accesoria a la acción de declaración de nulidad de la cláusula abusiva.
- c) El control del carácter abusivo y de transparencia de la llamada comisión de apertura.

A continuación, analizaré brevemente cómo ha resuelto el TJUE cada una de estas cuestiones, salvo en lo que respecta a la comisión de apertura pues por espacio en este trabajo no cabe hacer un análisis en la extensión que merecería esta cuestión. Al respecto de la comisión de apertura simplemente dejo apuntado aquí cómo el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19) advierte que:

- i) El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este.
- ii) En todo caso los juzgados y tribunales nacionales deben controlar el carácter claro y comprensible de la cláusula y comprobar que la entidad financiera haya informado y comunicado al consumidor oportunamente de todos los elementos suficientes que permitan al consumidor conocer el contenido, funcionamiento, motivos y función de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura.
- iii) Asimismo, deben comprobar que la comisión de apertura responde a servicios efectivamente prestados o gastos realmente habidos, pues de lo contrario esa cláusula que impone el pago de la comisión de apertura incidiría negativamente en la posición del consumidor y, en consecuencia, causa en detrimento de este un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.

2. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON EL DERECHO SUPLETORIO NACIONAL

Me centraré ahora en el que ha sido el caballo de batalla en los últimos años entre nuestros juzgados y tribunales en relación con la cláusula de gastos hipotecarios: prácticamente todos están de acuerdo en que una cláusula no negociada individualmente (condición general de la contratación) en la que se impone al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos que se deriven de ese contrato (en cuanto a su formalización y constitución de la garantía, modificación y cancelación) debe ser declarada nula por abusiva, por el desequilibrio importante causado entre los derechos y obligaciones de las partes, la contradicción con la buena fe, y ello sin entrar en valoraciones y discusiones existentes entre la doctrina, como ya indiqué antes, acerca de la sujeción al control de incorporación sin más, o al debido control de transparencia también.

La declaración de tal cláusula como abusiva ha sido una constante entre nuestros tribunales. Pero el problema ha venido, como ya he advertido antes, en los efectos restitutorios derivados de esa declaración de nulidad y en la limitación hecha en nuestra jurisprudencia dirigida por el Tribunal Supremo a esos efectos restitutorios pues no se devuelven íntegramente todas las cantidades abonadas por el consumidor en virtud de esa cláusula sino tan solo aquellos importes que en virtud de la normativa nacional supletoria debían corresponder, no al prestamario, sino al prestamista. En el marco de la interpretación y aplicación de esa normativa nacional supletoria ha habido cierta inseguridad y pronunciamientos

no homogéneos, hasta que el Tribunal Supremo en las Sentencias de 23 de enero de 2019 ha indicado unos criterios precisos de distribución de gastos entre las partes, así como hasta la aprobación de la LCCI, en lo que a su concreto ámbito objetivo y temporal de aplicación respecta.

Pero la controversia y dudas reflejadas en las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE y resueltas en su Sentencia de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19) se enmarcan en la posibilidad de que con esa aplicación de la normativa sectorial supletoria nacional se esté integrando y moderando la cláusula declarada abusiva, lo cual supondría una quiebra y contradicción con la doctrina consolidada hasta el momento del TJUE de prohibición de integración y moderación de cláusulas declaradas abusivas y nulas y, por ello, la contradicción con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y los principios de no vinculación del consumidor al contenido y efectos de la cláusula declarada abusiva y el de procurar el efecto disuasorio del profesional prestamista en el uso de esas cláusulas.

Desde la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*, C-618/2010), que motivó la modificación en España del artículo 83 TRLCU con el fin de ajustar el Derecho español a esa doctrina y eliminar la facultad de integración y moderación de los jueces prevista en esa norma¹⁷, se ha ido consolidando una doctrina jurisprudencial por el TJUE en relación con las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva.

Cabe recordar cómo el TJUE ha advertido reiteradamente de la prohibición de que el juez nacional modifique y modere el contenido de las cláusulas abusivas, de forma que, ante una cláusula declarada abusiva y nula el juez nacional debe dejar sin aplicación esa cláusula para que no produzca ningún efecto vinculante para el consumidor, salvo que este se oponga a ello: así, entre otras, STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*, C-618/2010), STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11), STJUE de 21 de enero de 2015 (casos acumulados *Unicaja* y *Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13), STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15), STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14) y STJUE de 26 de marzo de 2019 (casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17). Como señala la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14): «En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible». Con base en las previsiones de la Directiva 93/13/CEE y la interpretación que de ellas hace, el TJUE lo que exige es que no se puede modificar el contenido de la cláusula abusiva para reincorporar al contrato y aplicar al consumidor esa misma cláusula pero de modo ajustado a Derecho, sino que tal cláusula debía eliminarse del contrato al completo y no aplicarse al consumidor en modo alguno. Es lo que viene a denominarse como la «prohibición de la reducción conservadora de la validez» de la cláusula abusiva: no cabe modificar el contenido de la cláusula en lo necesario para eliminar el carácter abusivo y reconvertirla en una cláusula ya no abusiva. De modo que la declaración como abusiva de una cláusula por el juez nacional determinaría, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no existir tal cláusula en el contrato; y en el caso de que esa cláusula impusiera el pago de ciertos importes que resulten indebidamente debidos y pagados, la declaración de nulidad determinará en principio el correspondiente efecto restitutorio de

esos importes (STJUE de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

Pero junto con esta «prohibición de la reducción conservadora de la validez» de la cláusula abusiva (modificación de su contenido), relacionado con esa protección del consumidor y con los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, el TJUE también ha venido advirtiendo desde la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13) de la «prohibición de la integración del contrato» a través de la aplicación de normas de Derecho supletorio, con la única excepción de que tal integración sea necesaria para la subsistencia del contrato, siendo esta además la opción más beneficiosa para el consumidor: «El juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representaran para este una penalización» (STJUE de 21 de enero de 2015, casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13). Esta excepción viene pensada fundamentalmente en cuanto que la anulación y extinción del contrato determinaría la obligación del consumidor prestatario de devolver todas las cantidades pendientes de devolución del préstamo de una sola vez, lo que podría suponer unos importes que excederían de la propia capacidad económica del prestatario en ese momento, perjudicando a este y no al prestamista que vería recuperadas de una vez todas las cantidades debidas; y eso llevaría precisamente a frustrar el efecto disuasorio de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas para que no se vuelva a insertar por el prestamista tal cláusula en sus contratos; efecto disuasorio que es un objetivo y principio necesario para la protección del consumidor (como parte más débil del contrato) previsto y exigido en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE).

Y es que el TJUE vincula ambas prohibiciones de moderación y de integración con el principio de procurar un efecto disuasorio para los empresarios o profesionales en el uso de las cláusulas abusivas (*vid.* artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE)¹⁸.

El tema de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad y la integración del contrato han sido aspectos controvertidos en relación con prácticamente todas las cláusulas que se han venido declarando como abusivas en el ámbito de los contratos de préstamos hipotecarios en los últimos años: cláusula suelo, cláusulas de intereses de demora abusivas, cláusulas multidivisas, vencimiento anticipado, cláusula IRPH y ahora la cláusula de gastos. Y común denominador hasta ahora en la resolución de estos asuntos por el TJUE y el Tribunal Supremo es la restitución de aquellas cantidades que hubieran sido indebidamente abonadas por el consumidor prestatario en virtud de la cláusula; y respecto a una posible aplicación de normas de Derecho nacional supletoriamente, esto solo era posible en el caso de que fuera necesario para la subsistencia del contrato y en atención a los intereses del consumidor (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13; STJUE de 26 de marzo de 2019, casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17; y STJUE de 3 de octubre de 2019, caso *Dziubak*, C-260/18)¹⁹.

Pero ahora con la STJUE de 16 de julio de 2020 esa doctrina sobre la integración de los contratos ha sufrido un cambio. Ya no se parte de las exigencias o condiciones de que esa integración del contrato sea necesaria para la propia subsistencia del contrato y además ello suponga un menor perjuicio para el con-

sumidor que la propia anulación del contrato; no. Ahora simplemente el TJUE en relación con la cláusula de gastos señala que no se contrarían los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE por limitar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad si la normativa nacional supletoria interna concreta que algunos importes deberían ser asumidos por el consumidor: es decir, los tribunales pueden tener en cuenta y aplicar el Derecho nacional supletorio para concretar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos hipotecarios, y ello aunque se trate de una cláusula accesoria cuya nulidad no afecta a la propia existencia del contrato (pues este puede subsistir sin ella) y sin atender al mayor o menor perjuicio para el consumidor. El TJUE con esta Sentencia de 16 de julio de 2020, sin hacer mención alguna a su propia doctrina anterior acerca de la integración de los contratos, ha eliminado las dos condiciones que conjuntamente antes exigía para poder integrar el contrato con el Derecho supletorio nacional: que el contrato no pudiera subsistir sin la cláusula declarada nula y que la anulación total del contrato implicase un mayor perjuicio para el consumidor²⁰. Concluye el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020 que «el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar».

En definitiva: a pesar de que se declare nula una cláusula de gastos por abusiva al imponer al consumidor todos los gastos de formalización y cancelación del préstamo hipotecario, los efectos restitutorios de esa declaración de nulidad pueden limitarse si, de conformidad con el Derecho nacional que sería de aplicación de no existir un pacto al respecto, el consumidor debiera asumir parte de esos gastos, de modo que podrá negarse la restitución de la parte de los gastos que ese prestatario consumidor deba soportar conforme a ese Derecho nacional; y ello, según el TJUE no supone contradicción ni vulneración de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. Por tanto, viene a avalar la doctrina del Tribunal Supremo desarrollada en esta cuestión en las SSTS de 23 de enero de 2019 anteriormente comentadas; doctrina que se ha mantenido, con alusión además a ese aval mostrado por la STJUE de 16 de julio de 2020, en las SSTS número 457/2020, de 24 de julio y número 465/2020, de 14 de septiembre.

La admisión de la aplicación del Derecho nacional supletorio en este caso no viene determinada por exigencias de subsistencia del contrato (pues este puede subsistir aun sin la cláusula anulada) ni por exigirlo el interés del consumidor, sino que lo que se produce es la aplicación del régimen que resultaría aplicable en esa situación que surge reestablecida para el consumidor al eliminar la cláusula abusiva, y los efectos restitutorios atenderán únicamente a las cantidades indebidamente abonadas atendiendo a esa situación²¹.

Una postura y doctrina por tanto no tan restrictiva como en sentencias anteriores del TJUE en los que las condiciones para poder acudir al Derecho nacional supletorio eran estrictas y la atención al efecto disuasorio del uso de las cláusulas abusivas muy presente en este ámbito, de modo que en ocasiones se buscaba también de algún modo cierta penalización al prestamista por el uso predispuesto y abusivo de esa cláusula.

Ahora cabe entender que con esta STJUE de 16 de julio de 2020 se ha puesto la atención más en reequilibrar la situación y los derechos y obligaciones

de las partes que se habían desequilibrado de modo importante al introducir la cláusula abusiva; atender a la situación que existiría de no haberse incluido esa cláusula de conformidad con la regulación existente para el caso de falta de pacto sobre la materia y que se presume atiende y busca un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Se atiende únicamente a lo que desde hace tiempo ciertamente se advertía en la doctrina del TJUE del deber de restablecer la situación de hecho y de Derecho que correspondería al consumidor de no existir esa cláusula anulada²². Como se señaló en la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14) el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es «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 estas». De ahí que se ponga especial énfasis en concretar la restitución únicamente de los importes «indebidamente abonados» por el prestatario y que debió asumir el prestamista, reequilibrando sin más la situación desequilibrada, sin perjudicar a ninguna de las partes.

Pero a diferencia de otros casos y SSTJUE anteriores no se observa en esta STJUE de 16 de julio de 2020 (ni tampoco en la doctrina del Tribunal Supremo que se ha comentado y que viene avalada ahora por el TJUE) atención al efecto disuasorio del uso de la cláusula abusiva para el prestamista; o al menos, no la atención que hasta ahora se estaba teniendo. Y es que, de conformidad con esta nueva doctrina en el caso de la cláusula de gastos, al anularse la cláusula y aplicarse el Derecho supletorio realmente el prestamista no sufre ningún perjuicio; si la única consecuencia es que se aplique el Derecho supletorio si el consumidor se decide a demandar instando la nulidad de la cláusula, siendo el Derecho supletorio aplicable favorable (en todo o en parte) al prestamista predisponente, este no pierde nada al «colocar» esa cláusula abusiva; si el consumidor no demanda se aplica esa cláusula favorable al prestamista; si demanda y se anula la cláusula se le aplica no obstante un Derecho supletorio que le sería aplicable de no haber incluido ninguna cláusula sobre esa materia, por lo que el prestamista se quedaría en la misma posición, no « pierde» nada por incluir esa cláusula abusiva aunque luego se declare nula; por tanto, en tal sentido puede decirse que no se desincentiva el uso de la cláusula abusiva con esta decisión. Simplemente se resuelve la situación reequilibrando la situación y eliminando ese injusto equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes buscando un equilibrio efectivo y real, sin perjudicar a ninguna de las partes, atendiendo a lo que viene previsto en las leyes (que se presumen justas o buscando la justicia y equilibrio)²³.

Ahora bien, quizás la cuestión ahora estriba en cómo concretar esos efectos disuasorios y lo que se está haciendo por el TJUE con esta Sentencia de 16 de julio de 2020 (y también el Tribunal Supremo desde las Sentencias de 23 de enero de 2019) es precisamente cambiar el enfoque dado hasta ahora a la búsqueda y concreción del efecto disuasorio en el uso de cláusulas abusivas.

La doctrina del TJUE y el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE propugnan el uso de mecanismos que eviten y disuadan del uso de cláusulas abusivas; se impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores; efectivamente resulta necesario procurar mecanismos disuasorios en el uso de determinadas cláusulas como condiciones generales predispuestas e impuestas sin negociación individual para así frenar estas malas prácticas y abusos.

Pero esos medios realmente no tienen por qué ubicarse en sede de resolución de controversias privadas y decisión sobre la concreción de los efectos restitutorios de las declaraciones de nulidad²⁴. Los medios disuasorios en el uso de las cláusulas abusivas pueden consistir en sanciones administrativas, penalizaciones o multas a los prestamistas que las usen, especialmente elevadas y estrictas en caso de reincidencia en el uso de una cláusula abusiva por un mismo profesional. E incluso, atendiendo a la decisión de la propia STJUE de 16 de julio de 2020 y de la reciente STS número 472/2020, de 17 de septiembre, un efecto disuasorio también podría verse en la imposición de las costas íntegras del proceso al prestamista por el hecho de declararse nula por abusiva la cláusula correspondiente, con independencia del carácter total o parcial de la restitución de los importes debidos al consumidor (a esta cuestión haré referencia más completa en un apartado posterior en este trabajo). Y también cabría atender a la imposición de intereses en la devolución de esos importes al consumidor que se devengarían desde el momento del pago realizado por este y hasta su concreta restitución, que bien podría fijarse, con fines disuasorios precisamente, en un tipo de interés superior al del interés legal, a modo de concreción de una indemnización de daños y perjuicios al consumidor por ese uso de la cláusula abusiva de modo predispuesto en el contrato, vulnerando la Directiva 93/13/CEE.

Cabe mencionar a este respecto cómo la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 (que, además de otras directivas, modifica la Directiva 93/13/CEE en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión) advierte de la existencia de lagunas en el Derecho nacional por lo que se refiere a sanciones verdaderamente efectivas y proporcionadas para disuadir y castigar las infracciones dentro de la Unión, así como una insuficiencia de medidas correctoras individuales. Señala que en la Directiva 93/13/CEE deben incluirse normas relativas a sanciones con miras a reforzar su efecto disuasorio y en tal sentido ha añadido un nuevo artículo 8 ter en esa Directiva 93/13/CEE que recoge la obligación de los Estados miembros de establecer un régimen sancionador con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias; prevé una serie de criterios no exhaustivos e indicativos para la imposición de sanciones; y alude especialmente a la imposición de multas.

3. EFECTOS RESTITUTORIOS ANTE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS TRAS LA STJUE DE 16 DE ENERO DE 2020

Por tanto, tal y como se ha señalado, en el marco de la concreción de los efectos restitutorios ante la declaración de nulidad de la cláusula de gastos deberá atenderse a lo que nuestro Derecho nacional de aplicación supletoria prevé.

Un Derecho nacional supletorio, eso sí, que, en este caso de los gastos, para su aplicación ha necesitado de una interpretación de las normas por los tribunales no exenta de controversia (aún no del todo aclarada ni pacífica) para concretar esa distribución de los gastos entre las partes, tal y como se ha indicado en anteriores apartados de este trabajo.

Procederé a concretar cuál es la situación actual en cuanto a esa distribución entre las partes de los principales gastos vinculados al contrato de préstamo hipotecario²⁵:

A. *Gastos notariales*

En este punto hay que distinguir entre:

i) Los contratos a los que les sea aplicable la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), en los que, conforme al artículo 14.1.e) de la referida LCCI, los aranceles notariales de la escritura de constitución de préstamo hipotecario serán asumidos por el prestamista y los de las copias los asumirá quien las solicite.

ii) Aquellos contratos a los que no les resulta aplicable esa LCCI, a los que se les aplicará la doctrina del Tribunal Supremo interpretando la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los notarios. Y tal doctrina actualmente atendiendo a sus Sentencias de 23 de enero de 2019 (cuya doctrina se ha reiterado en SSTS núm. 457/2020, de 24 de julio, núm. 465/2020, de 14 de septiembre, núm. 555/2020, de 26 de octubre, y núm. 619/2020, de 17 de noviembre), señala que los gastos notariales de otorgamiento de la escritura pública de hipoteca corresponden a ambas partes por mitad por ser ambos sujetos interesados. Una interpretación que cabe considerar errónea pues esa norma sexta de aranceles notariales indica en primer término que el criterio de atribución del gasto supondrá la obligación de pago por quienes «hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario»: y a este respecto en la práctica es la entidad bancaria quien le requiere de la prestación de servicios y le remite la minuta a tramitar. Igualmente, atendiendo al criterio de «interesado» al que también se alude en esa norma sexta, el principal interesado desde el punto de vista sustantivo y fiscal en el otorgamiento de la escritura es el prestamista, pues esa escritura pública es requisito necesario para la constitución de la garantía y esa garantía existe y se inscribe en su favor (de ahí que coherentemente los gastos registrales se deban abonar por el prestamista íntegramente; criterio acogido sin ningún tipo de duda por el Tribunal Supremo; e incluso que razonablemente, y aun tras mucha polémica, se haya establecido ya expresamente como sujeto pasivo del IAJD al prestamista). Por ello entiendo que debieran restituirse al prestatario el 100 % de los gastos notariales de formalización de la hipoteca, como así consideró también el legislador al aprobar la LCCI²⁶.

iii) Con respecto a la escritura de cancelación de hipoteca, si como suele ser lógico esa actuación notarial es instada por el prestatario, quien además es el principal interesado en liberar el bien del gravamen, sería este quien debiera asumir el coste total atendiendo a esa norma sexta de aranceles notariales. Así lo han apuntado también las SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre.

iv) En el caso de la modificación del préstamo, habría que atender a quien insta esa actuación notarial y es interesado en la modificación concreta de que se trate: atendiendo a esa norma sexta de los aranceles notariales sería entonces una u otra parte o las dos, según el caso. Sin embargo, las SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre, acogen el mismo criterio que fue asumido por nuestro alto tribunal para la escritura de constitución de la hipoteca, y afirma que ambas partes deben asumir la mitad de los gastos generados, «puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación».

v) Con respecto a las copias de escrituras relacionadas con el préstamo, para los casos de préstamos no contemplados en la LCCI el Tribunal Supremo acoge

el mismo criterio indicado en esta Ley, de modo que «deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés» (SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre).

B. Gastos registrales

En esta partida de gastos no se ha planteado controversia: deberían resituirse al consumidor el importe íntegro abonado por este concepto. De conformidad con lo señalado en las SSTS de 23 de enero de 2019 atendiendo a la interpretación que hace del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, en su norma octava de su Anexo II, considerando que el sujeto a favor de quien se inscribe el derecho de hipoteca (único derecho inscribible en esta operación) es el prestamista, será a este a quien le corresponde abonar los gastos de inscripción de la hipoteca. Este mismo criterio es el que se ha asumido en el artículo 14.1.e) de la LCCI.

Para el caso de cancelación registral, cabe entender que como el asiento se practica en favor del prestatario este deberá asumir el gasto total (teniendo en cuenta esa norma octava de los aranceles registrales).

C. IAJD

i) Para los préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad al 10 de noviembre de 2018 (anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, que modificó el artículo 29 LITPyAJD), de conformidad con lo señalado por el Tribunal Supremo interpretando la normativa del ITPyAJD, de una forma polémica y errónea como se indicó *ut supra* en este trabajo, debe considerarse como sujeto pasivo del impuesto al prestatario y, por tanto, sería él quien debe asumir el coste del impuesto. Erróneamente, a mi juicio, primero porque el mismo Tribunal Supremo por su Sala Tercera determinó la nulidad del artículo 68 RITPyAJD y esa nulidad es con plenos efectos; y erróneamente también porque precisamente el artículo 29 LITPyAJD aun antes de su modificación apoyaba la postura contraria: que sea el prestamista quien deba asumir el coste por ser él quien adquiere el derecho de hipoteca que se constituye con la escritura que motiva ese impuesto y, a mayor abundamiento, aquel en cuyo interés se expide ese documento notarial.

ii) En el caso de los préstamos hipotecarios posteriores al 10 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto y quien deba asumir el coste del mismo será el prestamista. Lo mismo que en los préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la LCCI.

D. Gastos de gestoría

i) En el caso de préstamos a los que les sea aplicable la LCCI, estos gastos corresponderán al prestamista en su totalidad [cfr. art. 14.1.e) de la LCCI y SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre].

ii) En el resto de préstamos hipotecarios, si no les es aplicable la LCCI por no encontrarse en su ámbito de aplicación objetivo y temporal, no hay norma

que regule este aspecto, por lo que no hay imposición alguna de asunción de tal gasto por el consumidor en nuestro Derecho supletorio. Ante la falta de norma que regule este aspecto en la práctica habrá que atender a criterios jurisprudenciales resolviendo esta cuestión. Y a este respecto, cabe tener en cuenta que las SSTS número 555/2020, de 26 de octubre, y número 619/2020, de 17 de noviembre, atendiendo a contratos de préstamo a los que temporalmente no les sería aplicable la LCCI, acogen, no obstante, en relación a los gastos de gestoría el mismo criterio asumido por esta Ley en su art. 14.1.e), y determina que tales gastos deberán ser asumidos totalmente por el prestamista.

E. Gastos de tasación

- i) En el caso de préstamos a los que les sea aplicable la LCCI, estos gastos de tasación corresponderán al prestatario en su totalidad [art. 14.1.e) de la LCCI].
- ii) En el resto de préstamos hipotecarios, si no les es aplicable la LCCI, dado que no hay norma específica que concrete quien debe asumir el gasto se estará a la apreciación del tribunal²⁷, sin que aún se haya fijado una doctrina concreta por el Tribunal Supremo en relación a estos gastos, si bien se espera que pronto resuelva al respecto y tal vez se decante por la misma solución acogida en la LCCI, como ya hizo con los gastos de gestoría.

IV. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN Y COSTAS PROCESALES SEGÚN LA STJUE DE 16 DE JULIO DE 2020

Analizada la principal cuestión relativa a la cláusula de los gastos hipotecarios, procederé brevemente a comentar otras dos cuestiones que resuelve el TJUE en la Sentencia de 16 de julio de 2020 y que también son de gran relevancia práctica.

1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE CANTIDADES ABONADAS INDEBIDAMENTE

En esta materia la STJUE de 16 de julio de 2020 admite la posibilidad de que en el Derecho nacional, junto con la consideración de que es imprescriptible la acción de nulidad de una cláusula abusiva, coexista la previsión de un plazo de prescripción al que esté sujeta la acción para exigir la restitución de las cantidades oportunas consecuencia de esa declaración de nulidad por abusiva; ahora bien, también advierte que de preverse ese plazo de prescripción, siempre deberán respetarse los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho comunitario europeo.

Concluye a este respecto el TJUE que no es contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE prever un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción para exigir los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, pero «siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución».

Como el plazo que se planteaba aplicar por el juzgado que instó la cuestión prejudicial era el de cinco años previsto en el artículo 1964 del Código civil, entiende el TJUE que ese plazo es conforme con el principio de efectividad, por cuanto ya en anteriores ocasiones se consideró acorde con tal principio plazos de dos y

tres años (STJUE de 15 de diciembre de 2011, caso *Banca Antoniana*, C-427/10 y STJUE de 15 de abril de 2010, caso *Barth*, C-542/08), de modo que no parece que ese plazo haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor reconocidos por la Directiva 93/19/CEE, y en concreto, el derecho a ser restituido en las cantidades indebidamente abonadas.

Pero indicado esto, cuestión distinta es la relativa al *dies a quo* de ese plazo de prescripción de la acción para instar la restitución de las cantidades debidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula. El TJUE exactamente no concreta cuál debe ser ese día. El TJUE advierte que establecer ese día de inicio del plazo de prescripción en la fecha de celebración del contrato lógicamente podría hacer excesivamente difícil el ejercicio de tal acción. Debe tenerse en cuenta que el consumidor en muchos casos ni conocerá que en su contrato existe tal cláusula abusiva o desconocerá en qué medida tiene derechos al respecto y al amparo de la Directiva 93/13/CEE, pero, en cualquier caso, los conozca o no, entiende oportunamente el TJUE que limitar el ejercicio de la acción de restitución a los cinco primeros años desde la firma del contrato llevaría a hacer excesivamente difícil el ejercicio de sus derechos restitutorios reconocidos por la Directiva 93/13/CEE y con ello se vulneraría el principio de efectividad en relación con el principio de seguridad jurídica.

Como puede observarse el TJUE deja en manos de nuestro legislador y nuestros tribunales la concreción de ese día de inicio del cómputo del plazo atendiendo a la normativa nacional que debiera responder a los principios de efectividad y seguridad jurídica.

El punto de partida en nuestro Derecho ahora mismo, y a la espera de que se regule mejor esta cuestión para sentar un criterio claro entre nuestros tribunales, es el artículo 1969 del Código civil que establece como regla general que los plazos de prescripción empezarán a contar desde el día en que pudo ejercitarse la acción; y asimismo cabe tener en cuenta que, según el artículo 1964.2 del Código civil, el plazo de cinco años comenzará desde que pudo exigirse el cumplimiento de la obligación (en este caso de gastos, la restitución de los importes debidos a raíz de la declaración de nulidad de la cláusula). Son preceptos que deberán interpretarse oportunamente para que no supongan una merma ni dificultad al consumidor en el ejercicio de esos derechos restitutorios.

¿Cuál sería el *dies a quo* más oportuno para ese plazo de prescripción en el caso de la nulidad de la cláusula de gastos? Se pueden tomar en consideración varias posibilidades³⁸ como indicaré a continuación, pero partiendo de esos artículos 1969 y 1964.2 del Código civil y los principios de efectividad y seguridad jurídica en el ámbito del ejercicio de derechos reconocidos por la Directiva 93/13/CEE, a mi juicio el *dies a quo* debería fijarse en la fecha de notificación a cada consumidor de la sentencia que declare nula por abusiva la cláusula de gastos en su concreto préstamo, como justificaré a continuación. ¿Qué criterios posibles hay?:

- a) La fecha del contrato o la fecha del pago de los gastos por el consumidor: cualquiera de estos criterios no me parecen los más adecuados, especialmente teniendo en cuenta lo indicado por el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020, pues cinco años tras cualquiera de esas fechas limitaría y dificultaría mucho el ejercicio efectivo de la acción restitutoria en plazo.
- b) La fecha de publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015. El problema de este criterio, a mi juicio, es que realmente en esta sentencia, aunque sí que se determinó la nulidad de la cláusula de gastos por abusiva, no se concretaron los posibles conceptos e importes objeto de restitución, y no cabe olvidar que

estamos hablando de una acción de restitución y no de una acción de nulidad (que es imprescriptible); no es hasta las SSTS de 23 de enero de 2019 que se concretaron esos efectos restitutorios fijando doctrina al respecto; de modo que atendiendo al principio de efectividad del Derecho comunitario en los términos indicados por el TJUE en esa Sentencia de 16 de julio de 2020, buscando no limitar o hacer excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de esos derechos de restitución, esta fecha sería demasiado estricta.

c) La fecha de publicación de las SSTS de 23 de enero de 2019 (la de la última de ellas), que entiendo un criterio preferible al anterior, pues estas resoluciones concretan más específicamente qué conceptos pueden exigirse en restitución y, como he indicado antes, no debe olvidarse que estamos hablando del día de inicio de la prescripción de la acción de restitución de importes, no de la acción de declaración de nulidad, que es imprescriptible y es el único pronunciamiento emitido por la STS de 23 de diciembre de 2015; la posible restitución de ciertos importes se concretó como doctrina jurisprudencial a partir de las SSTS de 23 de enero de 2019 de modo que, a lo sumo, sería desde entonces que el consumidor podría conocer de modo genérico y en abstracto que podría tener derecho a que se le restituyan determinados importes por gastos abonados indebidamente.

d) La fecha de notificación de la sentencia declarando nula por abusiva la concreta cláusula del concreto préstamo del consumidor que insta la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por esa cláusula de gastos. Es el criterio que me parece más apropiado teniendo en cuenta que actualmente se sigue exigiendo en la práctica que cada consumidor inste la declaración de nulidad de su concreta cláusula de gastos; no hay una declaración de abusividad generalizada ni se permite sin más en la práctica la extensión de efectos de las SSTS de 23 de diciembre de 2015 o las de 23 de enero de 2019. Se está exigiendo la previa (o simultánea en la misma sentencia y proceso) declaración de nulidad de la concreta cláusula como abusiva, por lo que entonces se viene a considerar que no toda cláusula de gastos es abusiva *per se* sino que debe analizarse caso por caso esa abusividad (aunque ya mayoritariamente los tribunales declaran esa nulidad por abusiva); por lo tanto, lo procedente y coherente es que hasta que no se declare esa abusividad no se puede considerar que pueden reclamarse los importes indebidamente abonados ni nace la obligación de restitución en concreto; ese carácter indebido no nace hasta que se declare la cláusula como abusiva; de modo que hasta entonces no puede iniciarse el plazo de prescripción de la acción de restitución. Certo es que en la práctica suelen ejercitarse ambas acciones de nulidad y de restitución simultáneamente, pero ese ejercicio simultáneo obedece a razones de economía procesal y nada obsta a que efectivamente se reconozcan y tramiten ambas acciones; en cuyo caso, ejercitada la acción restitutoria para cuando se declara la abusividad de la norma puede decidirse sobre tal acción y los importes a devolver al consumidor. Pero si se ejercitaran por separado, cabría atender a este criterio indicado: desde la notificación de la sentencia declarando la nulidad de la cláusula de gastos abusiva existirían cinco años para reclamar los importes indebidamente abonados en virtud de esa cláusula.

Si nuestro ordenamiento reconociera con mayor generalidad y automaticidad esa declaración como abusiva de las cláusulas de gastos sin necesidad de instar esa declaración individualmente con carácter previo o simultáneo a esa reclamación de restitución de cantidades, cabría atender al criterio de fijar el *dies a quo* en la publicación de la STS de 23 de diciembre de 2015 o, más oportunamente a mi juicio como he indicado antes, la publicación de las SSTS de 23 de enero de 2019 (en concreto la de la última de ellas). Pero como en la práctica no es así,

considero más coherente con la situación actual y con los principios comunitarios de efectividad y seguridad jurídica este criterio de señalar como *dies a quo* la fecha de notificación de la concreta sentencia declarando la abusividad de la concreta cláusula de gastos.

2. COSTAS PROCESALES EN LOS PROCESOS SEGUIDOS POR CLÁUSULAS ABUSIVAS

La STJUE de 16 de julio de 2020 por último atendió a otra cuestión prejudicial que planteaba la compatibilidad con el Derecho comunitario europeo el que se determinase la distribución de las costas procesales de un procedimiento tramitado en relación con la nulidad de una cláusula abusiva y con posible restitución de cantidades al consumidor, atendiendo a las cantidades que le restituyan pese a que la pretensión de nulidad por ser abusiva la cláusula se hubiera estimado.

El TJUE advierte que «condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69)». Por ello considera que iría en contra de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y del principio de efectividad el imponer al consumidor parte de las costas procesales en función de las cantidades que efectivamente se condene a ser restituidas por una cláusula declarada abusiva, dado que ello supondría un «obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales».

De esto cabe deducir que, si la cláusula se declara nula por abusiva, pese a que después en ese mismo proceso y sentencia se determine que no todos los gastos abonados como consecuencia de la cláusula luego declarada abusiva sean restituídos al consumidor sino solo algunos de ellos, las costas del proceso deberían imponerse íntegramente al prestamista, sin que el consumidor deba soportar nada al respecto.

Esto, además de lo que señala expresamente el TJUE de que no desincentivaría al consumidor para acudir a los tribunales para poner freno a esos abusos, claramente puede considerarse también un efecto disuasorio para el prestamista en el uso de cláusulas abusivas.

A esta doctrina se suma también en esta materia y con efectos también disuasorios la expuesta por la STS número 472/2020, de 17 de septiembre, que advierte que no se podrá utilizar el criterio de «serias dudas de hecho o de derecho» para excepcionar el criterio general de vencimiento objetivo en el marco de la imposición de las costas en procesos sobre cláusulas suelo. Esta decisión se adopta en atención a que debe respetarse el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, que exige dar cumplimiento a otros dos principios: el de no vinculación de los consumidores a las cláusulas abusivas (art. 6.1 de la Directiva 93/13 CEE) y el del efecto disuasorio del uso de cláusulas abusivas en los contratos no negociados celebrados con los consumidores (art. 7.1 de esa misma Directiva); y en tal sentido, con referencia a la STS número 419/2017, de 4 de julio, el Tribunal Supremo entiende que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio. En consecuencia, y

aludiendo a la STJUE de 16 de julio de 2020, el Tribunal Supremo señala que de imponerse las costas al consumidor prestatario (vencedor en el litigio) bajo ese criterio de «serias dudas de hecho o de derecho», se produciría «un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas». Entiende el Tribunal Supremo que no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos.

V. CONCLUSIONES

I. El TJUE ha modificado su doctrina sobre la prohibición de la integración de los contratos eliminando las dos condiciones que conjuntamente hasta ahora exigía de modo estricto e inexcusable para permitir tal integración: que fuera necesario para la subsistencia del contrato y evitar un perjuicio mayor al consumidor.

II. Con la STJUE de 16 de julio de 2020 se afirma que se podrá integrar el contrato cuando se declare abusiva la cláusula de gastos aplicando el Derecho supletorio nacional que regula esa materia. Y ello como efecto del restablecimiento al consumidor en la situación que existiría de no haberse incluido esa cláusula abusiva en el contrato.

III. Sin embargo, en materia de distribución de gastos el Derecho supletorio nacional es objeto de interpretación de cara a su aplicación, existiendo aún posturas controvertidas y discrepantes.

IV. Con esta doctrina el TJUE pone la atención en el restablecimiento del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes roto con la inclusión de esa cláusula abusiva. Pero se obvia en este ámbito el necesario efecto disuasorio para el prestamista del uso de cláusulas abusivas: la STJUE de 16 de julio de 2020 no alude a él ni busca ni concreta su aplicación. El TJUE ya no ubica los medios disuasorios en el ámbito de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, sino que se centra en reequilibrar la situación desequilibrada con la cláusula abusiva, sin buscar el perjuicio de ninguna parte. Podría, sin embargo, acudirse a otros mecanismos desincentivadores del uso de las cláusulas abusivas como multas y otras sanciones administrativas en el ámbito del desarrollo de la actividad profesional del prestamista, más elevadas y estrictas en atención a la reincidencia del sujeto en el uso de la cláusula abusiva; otros medios disuasorios podrían ser la imposición de intereses más elevados que el interés legal del dinero sobre los importes que deban restituirse al prestatario, o la total imposición de las costas al prestamista ante la declaración de abusividad y nulidad de la cláusula, con independencia de las cantidades objeto de efectiva restitución al consumidor.

V. El plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente abonadas en virtud de una cláusula abusiva podría ser el de cinco años *ex artículo 1964 del Código civil*, pues no contradice el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. Pero el *dies a quo* de ese plazo se deberá concretar teniendo en cuenta que no debe impedir ni dificultar excesivamente el ejercicio efectivo por el consumidor de los derechos reconocidos por la Directiva 93/13/CEE. A mi juicio, en el caso de la restitución de las cantidades indebidamente

abonadas por la cláusula de gastos declarada nula, el *dies a quo* del plazo de prescripción debería ser la fecha de notificación de la sentencia declarando nula por abusiva la concreta cláusula del concreto préstamo del consumidor que insta la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por esa cláusula de gastos.

VI. En materia de costas procesales, cabe advertir que el TJUE avala la imposición de las costas íntegramente al prestamista cuando se declare la nulidad de la cláusula abusiva, y ello con independencia de los importes a cuya restitución se condene al prestamista. Además, la STS número 472/2020, de 17 de septiembre, advierte que no se podrá atender al criterio de «serias dudas de hecho o de derecho» para excepcionar el principio de vencimiento objetivo en la imposición de costas en los procesos seguidos por cláusulas abusivas cuando se haya estimado la demanda del consumidor.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (caso *Banesto*, C-618/2010).
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11).
- STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslemné Rábai*, C-26/13).
- STJUE de 21 de enero de 2015 (casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15).
- STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14).
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc y otros*, C-186/16).
- STJUE de 31 de mayo de 2018 (caso *Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt.*, C-483/2016).
- STJUE de 7 de agosto de 2018 (casos acumulados *Mercedes Godoy y otro*, C-96/16 y C-94/17).
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (caso *Dziubak*, C-260/18).
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (caso *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18).
- STJUE de 16 de julio de 2020 (casos acumulados *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19).
- STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre.
- STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.
- STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre.
- STS núm. 147/2018, de 15 de marzo.
- STS núm. 148/2018, de 15 de marzo.
- STS núm. 1669/2018, de 27 de noviembre.
- STS núm. 1670/2018, de 27 de noviembre.
- STS núm. 1671/2018, de 27 de noviembre.
- STS núm. 725/2018, de 19 de diciembre.
- STS núm. 44/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 46/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 47/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 48/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 49/2019, de 23 de enero.
- STS núm. 457/2020, de 24 de julio.

- STS núm. 465/2020, de 14 de septiembre.
- STS núm. 472/2020, de 17 de septiembre.
- STS núm. 555/2020, de 26 de octubre.
- STS núm. 619/2020, de 17 de noviembre.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTÍZ, A. (2017). Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 52-85 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1435>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?, *Centro de Estudios de Consumo*. 24 de julio de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- (2019). Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero. *Centro de Estudios de Consumo*. 30 de enero de 2019 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CEEcomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf; fecha de última consulta: el 9 de septiembre de 2020).
- (2016). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 8-36. (disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1245>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- (2017). Nulidad Cláusula de Gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio. *Centro de Estudios de Consumo*. 27 de enero de 2017 (disponible en <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2020). Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto. En *Blog Derecho Mercantil*, 16 de julio de 2020. Disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html> (fecha de última consulta: 10 de septiembre de 2020).
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: ed. Reus.
- (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gasto y la restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 86-99 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436>; fecha de última consulta: el 22 de septiembre de 2020).
- MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda (análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 921-954.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 143-192.

- PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (I). *Almacén de Derecho*. 22 de marzo de 2020. Disponible en <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-i> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).
- (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II). *Almacén de Derecho*. 6 de abril de 2020. Disponible en <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).
- (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III). *Almacén de Derecho*. 19 de abril de 2020. Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6944-de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-c> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 93-99.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1837-1855.
- (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 149-191.

NOTAS

¹ Lógicamente no es desafortunado, sino todo lo contrario, el contar con una instancia como el TJUE que pueda clarificar la situación y la aplicación correcta del Derecho ajustado a las propias normas comunitarias como la Directiva 93/13/CEE.

² MARÍN LÓPEZ alude a la posible comisión de una errata en este punto por el Tribunal Supremo; errata que ya afirmó que existía la SAP de A Coruña (sec. 4^a) de 26 de enero de 2017: MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: ed. Reus, 51.

³ Vid., entre otros, MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda (análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 925 y 937-939; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 94-96; y MARÍN LOPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, op. cit., 88-89.

⁴ Exactamente, en la STS número 147/2018, de 15 de marzo, se señala: «una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del artículo 89.3 c) TRLCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario;

dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda».

⁵ Así lo critica MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 87 y sigs. En igual sentido, MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad..., *op. cit.*, 925 y 938.

⁶ A este respecto, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, se muestra crítico con el Tribunal Supremo por cuanto entiende que estas cláusulas deben ser objeto de control de transparencia (PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Juicio crítico..., *op. cit.*, 96-99). En contra de tal sujeción en este caso está MARÍN LÓPEZ por tratarse de una cláusula no relativa al objeto esencial del contrato, siendo meramente accesoria (MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 177-188); tampoco se muestra partidaria en estas cláusulas de gastos de la aplicación del control de transparencia, MORENO-TORRES HERRERA, quien advierte de la escasa relevancia que cabe atribuir a la cláusula a la hora de adoptar la decisión de contratar, dada la reducida cuantía de los gastos, así como el hecho de que la atribución de los gastos notariales y registrales es muy común y no es un elemento que influya en esa decisión de contratar con una o otra entidad bancaria (MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 172-177 y 181-182). *Vid.*, asimismo, ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 155 y sigs.

⁷ *Vid.* AGÜERO ORTÍZ, A. (2016). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 10 y sigs. (disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1245>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020).

⁸ Un interesante análisis crítico de las distintas resoluciones de la jurisprudencia menor relacionadas con la cláusula de gastos puede verse en AGÜERO ORTÍZ, A. (2017). Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio 2017). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 53 y sigs. (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1435>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020); igualmente, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 60-87, 99-108, 127-154, 161-188 y 293-452. Asimismo, en relación con la distribución de gastos según la normativa supletoria nacional, *Vid.*, entre otros, MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad..., *op. cit.*, 927 y sigs.; AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad Cláusula de Gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del Derecho supletorio. *Centro de Estudios de Consumo*, 27 de enero de 2017 (disponible en <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf>; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020) y de esta misma autora este otro trabajo de 2019: Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, *Centro de Estudios de Consumo*, 30 de enero de 2019 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CEEcomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf; fecha de última consulta: el 9 de septiembre de 2020).

⁹ Estas SSTS de 15 de marzo de 2018 advierten que «la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores». Además, determinaron una distribución del impuesto de actos jurídicos documentados concreta diferenciando entre el derecho de cuota variable y el de cuota fija.

¹⁰ Conforme al artículo 29 LITPyAJD en su tenor actual tras esa modificación por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre: «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

¹¹ A este respecto, la STJUE de 31 de mayo de 2018 (asunto C-483/2016, caso *Zsolt Szíber y ERSTE Bank Hungary Zrt.*), señaló: «34. [...] 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».

¹² Según advierte esta STS número 725/2018, de 19 de diciembre: «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, se trataría de 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. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo 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».

¹³ *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?, Centro de Estudios de Consumo. 24 de julio de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020), 12 y 13; y de esta misma autora, Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE..., *op. cit.*, 15-17; y MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). La nulidad..., *op. cit.*, 159 y sigs.

¹⁴ La Ley 5/2019 en este punto solo alude en este caso a «préstamo hipotecario»; considero que debió contener referencia más genérica y atender a la escritura pública de todo préstamo a que se refiere dicha Ley, pues su ámbito objetivo es mayor, no limitándose a los préstamos hipotecarios.

¹⁵ Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE: «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 este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

¹⁶ Artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE: «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».

¹⁷ El artículo 83 TRLCU en la versión anterior a la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, indicaba lo siguiente en su apartado 2 (eliminado con la referida reforma): «La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato».

¹⁸ En atención a lo previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE exigiendo a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, «si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13». En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría

ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales» (STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13 y STJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*, C-618/2010).

¹⁹ Respecto a la cláusula suelo se resolvió la restitución de todas las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor con efectos *ex tunc* (vid. STJUE de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) y esa solución se corresponde con la idea de que de esta forma efectivamente el consumidor se queda en igual posición fáctica y jurídica que la que se encontraría de no haberse incluido la cláusula.

En el caso de los intereses de demora abusivos, la STJUE de 7 de agosto de 2018 (casos acumulados *Mercedes Godoy y otro*, C-96/16 y C-94/17) determinó la nulidad efectivamente de esa cláusula de intereses de demora abusivos y su eliminación del contrato con la consecuente inaplicación, de modo que debía restituirse al consumidor todo lo pagado como intereses de demora, sin ser posible la reducción del tipo de interés señalado en la cláusula ni ningún tipo de moderación o integración de la cláusula ni del contrato, pues no viene justificado ni por la necesidad de que subsista el contrato (que puede existir y subsistir sin intereses de demora) ni por interés o beneficio del consumidor (que, al contrario, se vería más perjudicado que si se eliminan sin más los intereses de demora). Cuestión distinta es que el interés remuneratorio sí deba aplicarse pues esa cláusula no se consideró abusiva y responde a un fin retributivo. Aunque de considerarse abusivos también los intereses remuneratorios, en modo alguno debieran exigirse estos pues un contrato de préstamo como tal puede subsistir sin ser remunerado (no es lo habitual en la práctica, pero sí que se permite en Derecho).

En los préstamos hipotecarios multidivisa, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc y otros*, C-186/16) y la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, entendieron que esa cláusula no superaba el control de transparencia y por tanto se declaró su nulidad por abusiva; ante ello la solución sería eliminar la cláusula y no aplicarla, pero en este caso el contrato no podría subsistir; en atención a los intereses del consumidor, se optó por la nulidad parcial y no total, y la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que ya preveía la posibilidad de que se denominase el préstamo y el capital en euros) y que responde a las exigencias de nuestro ordenamiento de que toda obligación dineraria denomine las cantidades objeto de prestación bajo una determinada unidad monetaria (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13). La nulidad total, conforme advierte el Tribunal Supremo en esa sentencia de 15 de noviembre de 2017, supondría un perjuicio mayor para el consumidor que para el predisponente pues conllevaría la obligación de tener que devolver de una sola vez la totalidad de las cantidades del préstamo pendientes de amortizar. Además, si se eliminase totalmente la cláusula en la que se recoge el importe del capital prestado, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio al abonarse las cuotas en euros, el contrato como tal no podría subsistir, pues se precisa la denominación en una determinada moneda de la cantidad prestada y de las cuotas mensuales abonadas para concretar en todo caso la cantidad pendiente de amortizar.

Por lo que respecta a la cláusula IRPH, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (caso *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18) determinó en general su nulidad por falta de transparencia, pero erró, a mi entender, en cuanto a los efectos de esa nulidad, pues entendió que el contrato no podía subsistir sin la cláusula que concretaba el pago de los intereses remuneratorios conforme al índice de referencia IRPH y por ello resolvió que debía sustituirse ese índice IRPH por otro índice que fuera legítimamente supletorio; por su parte, el voto particular de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, abogaba por la sustitución del índice IRPH por el índice Euríbor. Esta solución, a mi juicio y como ya expuse en otra ocasión (SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1853-1854), me parece errónea, pues en ningún momento el Euríbor, pese a ser el índice más frecuente en la práctica, se recoge en nuestro Derecho como índice legal supletorio; pero en todo caso, el contrato puede subsistir sin esa cláusula de intereses. La solución más oportuna y más ajustada a la doctrina del TJUE antes expuesta (STJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*, C-618/2010; STJUE de 30 de mayo de 2013,

caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11; y STJUE de 21 de enero de 2015, casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C- 485/13 y C-487/13) es que tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, de modo que debió dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva para que no afectase al consumidor y, en consecuencia, el préstamo se convertiría en un préstamo sin intereses; préstamo que es perfectamente válido, pues la cláusula de intereses remuneratorios no es esencial para la subsistencia del contrato: el préstamo puede existir y subsistir sin intereses; el contrato de préstamo en el ámbito civil no se presume remuneratorio u oneroso, sino que requerirá pacto de intereses; si ese pacto es nulo, el préstamo podrá subsistir sin interés. A mi juicio, la sanción oportuna a la actuación no transparente y abusiva del predispónente es precisamente la eliminación de los intereses remuneratorios y no sustituirlos por otro índice de referencia. En este caso del IRPH la sustitución contractual propuesta en el voto particular de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, y en la STJUE de 3 de marzo de 2020, en mi opinión, no encuentra la justificación que sí cumplía la integración acogida en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, sobre la hipoteca multidivisa (que excepciona, como he indicado antes, la regla general de exclusión de la cláusula del contrato sin integración ni moderación contractual con base en no perjudicar al consumidor y atendiendo a las propias previsiones del contrato con referencias al euro).

Por último, en el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2019 (casos acumulados *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17), con base en la especial regulación procesal de los procesos ejecutivo hipotecario y ordinario en el Derecho español, vino a avalar la posibilidad de que por los tribunales españoles se entendiese que al eliminar esa cláusula el contrato no podría subsistir como tal préstamo hipotecario y ello podría suponer un perjuicio al consumidor, por cuanto el prestamista podría acudir a otro proceso cuyos trámites fueran más perjudiciales para el prestatario. Según esta sentencia: «En una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. [...] Las cláusulas controvertidas en los litigios principales, inspiradas en la redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en el momento de la celebración de esos contratos, permiten fundamentalmente a los bancos en cuestión declarar el vencimiento del préstamo y exigir el pago del importe aún no satisfecho cuando deje de abonarse una cuota mensual. Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la Sentencia de 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič*, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir. En tal supuesto, corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. [...] Si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la Sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71). [...] Los artículos 6 y 7 de

la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que [...] no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de presunción de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales». Sobre esta STJUE y su doctrina, cfr. PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III). *Almacén de Derecho*. 19 de abril de 2020. Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/6944-de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-c> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).

²⁰ Decisión muy aplaudida por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2020). Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto. En *Blog Derecho Mercantil*, 16 de julio de 2020. Disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html> (fecha de última consulta: 10 de septiembre de 2020).

²¹ Ya el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de enero de 2019, tal y como se señaló *ut supra* en este trabajo, advertía de que no cabe hablar de moderación e integración de la cláusula o del contrato sino de simplemente aplicación del Derecho supletorio a una situación derivada del restablecimiento de la posición del consumidor a las circunstancias fácticas y jurídicas que existirían de no haberse incluido la cláusula abusiva. «Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el artículo 83 TRLGU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (*rectius*, predisuelto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico» (STS núm. 49/2019, de 23 de enero).

²² Ya en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15) se advertía que «la declaración como abusiva de una cláusula por el Juez nacional determinaría, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no existir tal cláusula en el contrato; y en el caso de que esa cláusula impusiera el pago de ciertos importes que resulten indebidamente debidos y pagados, la declaración de nulidad determinará en principio el correspondiente efecto restitutorio de esos importes».

²³ La STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*, C-421/14) advirtió que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es «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 estas».

²⁴ Cfr. a este respecto, PANTALEÓN PRIETO, F. (2020). De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (I). *Almacén de Derecho*. 22 de marzo de 2020. Disponible en <https://almacenedederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-i> (fecha de última consulta: 13 de septiembre de 2020).

²⁵ En relación con la distribución de gastos según la normativa supletoria nacional, *vid.*, entre otros, AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad Cláusula de Gastos II..., *op. cit.*, y de esta misma autora estos otros dos trabajos: Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE... *op. cit.*, y Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020..., *op. cit.*, (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Clausula_de_gastos_en_la_STJUE_de_16.7.2020.pdf; fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2020). Asimismo, *vid.* MATE SATUÉ, L.C. (2019). Transparencia y abusividad..., *op. cit.*, 927 y sigs.; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad*..., *op. cit.*, 49 y sigs.; y ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos..., *op. cit.*, 162 y sigs.

²⁶ *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020, *op. cit.*, 11 y 12; y de esta misma autora, Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE..., *op. cit.* 13-15.

²⁷ *Vid.*, entre otros, ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos..., *op. cit.*, 175-178.

²⁸ Las posturas y criterios asumidos por la jurisprudencia menor (no muy abundante pues ciertamente tampoco se ha alegado mucho esta excepción en los procesos) y la doctrina son muy diversos: *vid.*, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2018). *La nulidad...*, *op. cit.*, 262 y sigs.; de este mismo autor su trabajo La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gasto y la restitución de los gastos abonados. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 22/2017, 86 y sigs. (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436>, fecha de última consulta: el 22 de septiembre de 2020); y AGÜERO ORTIZ, A. (2020). Cláusula de gastos en la STJUE de 16 de julio de 2020..., *op. cit.*, 15 y 16.