

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 DE BADAJOZ

C/ CASTILLO PUEBLA DE ALCOCER, 20

Teléfono: 924286421 **Fax:** 924286455

Correo electrónico: mercantill.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: MOF

Modelo: S40010

N.I.G.: 06015 47 1 2019 0000073

JVB JUICIO VERBAL 0000067 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

MAGISTRADA: DOÑA ZAIRA GONZALEZ AMADO.

JUICIO VERBAL ACCION COLECTIVA DE CESACION 67/2019.

DEMANDANTE: ADICAE

PROCURADOR: Doña Esther Martin Castizo

ABOGADO: Doña Eva María García Alegre.

DEMANDADO: CAJA ALMENDRALEJO SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

A U T O

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

En Badajoz, a 26 de diciembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En este juzgado se interpuso demanda de procedimiento verbal solicitando que se declare la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación denominada gastos, condenando a la entidad a eliminar de sus condiciones generales de contratación la referida clausula y y que en su caso se restableciera la situación en la que se hallaría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, incluyendo la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en cumplimiento de la indicada cláusula que se declarare nula si procediere, e indemnización de daños y perjuicios, y la publicación de la sentencia en el BORME y en el Registro de Condiciones Generales de la Contratacion, y se solicitó asimismo por la parte demandante el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la interpretación de los *artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establecen los criterios que determinan el carácter abusivo de la cláusula no negociada, que regulan las consecuencias de su eventual declaración de abusividad, y ello con referencia a la cláusula de gastos hipotecarios, que impone al prestatario todos los gastos en la formalización, constitución y resolución de la hipoteca, tales como impuestos, tasación del inmueble, gastos de tramitación de la escritura en notaria, registro de la propiedad y oficina liquidadora de impuestos, en particular los siguientes:

QUINTO. - GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA

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, división horizontal, distribución de responsabilidad hipotecaria 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(...),

En el caso de que no le fueran reintegrados a CAJALMENDRALEJO los pagos realizados por los conceptos citados, dichas cantidades se considerarán líquidas - y exigibles, y podrá ésta imputarlas al presente préstamo o a cualquiera de otras cuentas o depósitos que la PARTE PRESTATARIA tuviera abiertas en la propia CAJA devengando los mismos los intereses de demora pactados en la presente Escritura”.

La parte demandante solicita que el TJUE se pronuncie acerca de las cuestiones que a continuación se relacionan:

- a) Si la cláusula que impone el pago de todos los gastos derivados de la formalización de un préstamo hipotecario al consumidor se puede calificar como una condición general de la contratación.
- b) Si declarada la nulidad por abusiva de dicha condición general de la contratación en su conjunto, puede vincular al consumidor mediante el procedimiento de señalar el tribunal que gastos concretos y en qué proporción de los incluidos en dicha cláusula que el mismo ha declarado nula en su totalidad, le corresponden.
- c) Si declarada la nulidad por abusiva de dicha condición general de la contratación en su conjunto y señalado por el tribunal que gastos concretos y en qué proporción de los incluidos en dicha cláusula le corresponden al consumidor, no supone una infracción del principio de no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas.
- d) Si declarada la nulidad por abusiva de dicha condición general de la contratación en su conjunto y señalado por el tribunal que gastos concretos y en qué proporción de los incluidos en dicha cláusula le corresponden al consumidor, no supone una infracción del principio que prohíbe la moderación y convalidación de las cláusulas declaradas nulas por abusivas.
- e) Si declarada la nulidad por abusiva de dicha condición general de la contratación en su conjunto y señalado por el



tribunal que gastos concretos y en qué proporción de los incluidos en dicha cláusula le

corresponden al consumidor, no supone una infracción del efecto disuasorio que deben tener las sentencias que declaran la nulidad de este tipo de cláusulas y ello al amparo del principio de política general establecido en el derecho de la Unión (STJUE de 26 de octubre de 2006).

f) Si en base al principio de no vinculación de una cláusula declarada nula por abusiva, cabe la interpretación de que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de Abril de 1993, pueden interpretarse en el sentido de que permitan al Juez nacional fijar como efecto restitutorio la moderación de la estipulación contractual y con ello la redistribución del pago de los gastos según el ordenamiento jurídico vigente a la firma del contrato.

g) Si el artículo 6.1 de la Directiva establece que las cláusulas declaradas abusivas no vinculan al consumidor y prohíbe que este tipo de cláusulas despliegue cualquier efectos sobre él, puede interpretarse en el sentido que, si el consumidor ha abonado alguna cantidad debido a la aplicación de la cláusula abusiva, estas cantidades deben ser restituidas en su totalidad sin ningún tipo de moderación, o si por el contrario cada Estado miembro puede configurar su propio sistema de moderación en el supuesto de declaración de nulidad de una condición general de la contratación.

SEGUNDO.- Con carácter previo a plantear las cuestiones prejudiciales se dio audiencia a las partes por providencia de 15 de abril de 2019, y al Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción 1/2016, de 7 de enero de 2016, de la Fiscalía General del Estado sobre Intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas, apartado 5, punto segundo, a cuyo tenor: "Cuando se suscite la cuestión prejudicial en un procedimiento para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, el Fiscal deberá emitir el correspondiente dictamen, aunque no se hubiera constituido con anterioridad como parte, siempre que aprecie interés social".

La parte demandada no formula alegaciones, y el Ministerio Fiscal se opone al plantamiento de la cuestión, con el resultado que obra en autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: SOBRE LA CUESTION PREJUDICIAL COMUNITARIA.

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



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

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

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

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

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

2.- La necesidad urgente de unificar los criterios interpretativos en pro del principio de seguridad jurídica que impera en nuestro Estado de Derecho, para evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias que provoquen un grave e irreparable daño a los consumidores.

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

4.- La inseguridad jurídica expuesta, resulta agravada por el hecho de que en España se ha procedido a especializar a determinados Juzgados de Primera Instancia para conocer de los asuntos similares al supuesto de autos. Así, conforme al Acuerdo de 28 de diciembre de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ (BOE 30 de diciembre de 2017) prorrogado por acuerdo de 27 de junio de 2018 (BOE 28 de junio de 2018) se atribuye a determinados Juzgados, la competencia exclusiva y excluyente para conocer de acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

La especialización de los Juzgados, con innegables ventajas desde el punto de vista del tratamiento de forma uniforme los asuntos, ha conllevado sin embargo el colapso de estos



Juzgados especializados que en la práctica se han visto desbordados por un enorme volumen de asuntos que es imposible resolver con agilidad por un solo Juzgado, tal circunstancia, unida a los constantes cambios jurisprudenciales antes mencionados, han conllevado que cuando las demandas se interponen conforme a unos determinados criterios fijados por los tribunales en ese momento, tratando de ajustarse a ellos para obtener una condena en costas a favor del consumidor, resultan rápidamente desfasadas y cuando estas demanda se tramitan ya no se ajustan al nuevo criterio jurisprudencial en la materia -que hasta ahora siempre ha evolucionado en detrimento de los derechos del consumidor-, lo que motiva constantes incidencias procesales (desistimientos parciales o totales, modificaciones del *petitum* para adaptarlo a la nueva jurisprudencia del TS, etc.), que han venido a acrecentar la inseguridad jurídica que los propios cambios jurisprudenciales ya hubieran acarreado de por sí, causando además un grave perjuicio al consumidor que se ve privado, prácticamente en la totalidad de los casos de la condena en costas lo que supone un importante desincentivo para litigar en defensa de sus derechos, reclamando la declaración de abusividad de determinadas cláusulas de sus préstamo hipotecario, práctica contraria al efecto disuasorio que pretende el *art. 7 de la Directiva 93/13/CEE* .

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

6.- Las elevadas cuantías de los gastos repercutidos sobre la persona del prestatario en los préstamos hipotecarios, calculándose un posible impacto económico de 30.000 millones de euros en el sistema financiero español -https://www.vozpopuli.com/economía-y-finanzas/Gestha-consumidores-recuperar-gastos-hipotecarios_O_1183982093.html- pudiendo afectar directamente a los deudores a otro derecho esencial vinculado a dichos préstamos con garantía hipotecaria, su vivienda, ampliamente protegida en el Derecho Internacional - Declaración Universal de los Derechos Humanos en su *art. 25, apartado 1* . *Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y *artículo 34.3 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea* . SSTJUE 26 y 32 de 8 de mayo de 2013 y 61 de 14 de marzo de 2013, asunto *C-415-11* . Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea-.

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

TERCERO.- ANALISIS FACTICO DEL PROCEDIMIENTO

La asociación de consumidores y usuarios demandante, ADICAE, reclama en el procedimiento de autos, en aplicación de la normativa española y europea de defensa de los consumidores y usuarios, entre otras, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que impone indiscriminadamente el abono de todos los gastos de formalización y cancelación del préstamo con garantía hipotecaria que suscribió con la entidad financiera demandada al prestatario, condenando a eliminar la citada clausula de sus condiciones generales de la contratación, junto a la devolución de lo indebidamente pagado por la aplicación de dichas cláusulas y como consecuencia inherente de la declaración de nulidad amparada en el



artículo 1.303 del Código Civil y en el principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas establecido en el *artículo 6, apartado 1 de la Directiva 13/93/CEE*, e indemnización de daños y perjuicios que hubiera causado la aplicación de la citada cláusula.

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

La parte demandada no efectúa alegaciones, y el Ministerio Fiscal considera que no hay problemas interpretativos a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019.

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

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

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

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

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

Sin embargo, si hay unanimidad y un criterio jurisprudencial ya claramente consolidado en lo referente a la declaración de nulidad de esas cláusulas predispuestas y omnicomprendivas que atribuyen la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca al prestatario, no la hay tanto en lo referente a cuales deben ser los efectos de esa

declaración de nulidad, habiendo variado la posición por diferentes criterios jurisprudenciales derivadas de varias Sentencias de nuestro Alto Tribunal que en un escaso periodo de tiempo ha llevado a dictar resoluciones contradictorias entre sí que han llevado a los juzgadores, consumidores y banca a una preocupante situación de inseguridad jurídica, al estar provocando resoluciones diferentes y contradictorias que pueden estar provocando un grave e irreparable daño a los consumidores afectados.

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

1) *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno 705/2015, de 23 de diciembre*, estableció la abusividad de la cláusula que imponía indiscriminadamente al prestatario el abono de los gastos de notaría, registro, gestoría, tasación e impuestos en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales.

2) *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno 848/2018 y 849/2018, de 15 de marzo*, en la que confirman la abusividad de la cláusula de imposición al prestatario de todos los gastos de formalización, excluyendo de los efectos restitutorios derivados de tal declaración, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados abonado por el prestatario.

3) *Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1505/2018, de 16 de octubre*, y otras dos consiguientes sentencias idénticas de fecha 22 y 23 de octubre en la que establece que los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad de la cláusula de gastos de formalización del préstamo hipotecario, también han de incluir la restitución al prestatario del Impuesto de Actos Jurídicos Documentos que abonó en virtud de la citada cláusula.

4) *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1670/2018 de 27 de noviembre*, con diferentes votos particulares en contra, en la que vuelve a corregir la doctrina del tribunal en cuanto a imponer al prestatario el abono del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a pesar de haber declarado nula la cláusula, limitando de nuevo sus efectos y volviendo a la doctrina establecida en las *sentencias del 15 de Marzo de 2018 de la Sala Primera*.

5) Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 44, 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019, en la que establece cuales deben ser los efectos restitutorios derivados de una eventual declaración de nulidad de una cláusula que impone los gastos a la parte prestataria, indicando que los gastos de tasación e impuesto de actos jurídicos documentados corresponde al prestatario, señalando que los gastos de notaría y gestoría de la formalización y de las novaciones deben abonarse por mitad, a excepción de los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad que deberán ser por cuenta del prestamista. En cuanto a los gastos derivados de la cancelación, declara que deben correr por cuenta del prestatario en su totalidad.

Partiendo de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula general de atribución de gastos a cargo del prestatario, en el contrato préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre un consumidor y una entidad financiera, debe plantearse si, a la vista del *art. 6.1 de la Directiva 93/13*, se está acogiendo en la práctica por parte de los tribunales españoles una interpretación de dicha normativa, en lo referente a la aplicación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad, ya sea desestimando la pretensión de restitución de cantidad respecto de determinados gastos y conceptos (tasación, tributos, comisiones) o realizando un reparto *a posteriori* de gastos entre la entidad financiera y consumidor de otros (notaría, gestoría), o bien negando la restitución de las cantidades correspondientes a los gastos de cancelación de la hipoteca, o sometiendo a un plazo de prescripción la acción de restitución de cantidad, a pesar de que la acción de nulidad es imprescriptible e insubsanable. Prácticas

que pudieran suponer una "moderación" judicial de los efectos restitutorios inherentes a la declaración de nulidad, contrarias al principio de "no vinculación" al consumidor de la cláusula declarada nula por abusiva consagrado en el citado *art. 6.1 de la Directiva 93/13* así como al "efecto disuasorio" consagrado en el art. 7.1 de la misma Directiva.

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

Así, La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, (STJUE de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, 488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, 40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, 7610, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15; y 26 de enero de 2017, Banco Primus, 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

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

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

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

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (Zsolt Sziber): *"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un*

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

pleito es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es sólo una pretensión accesoria inherente a la anterior.

CUARTO.- NORMAS EUROPEAS APLICABLES.

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

Los considerandos: duodécimo, decimotercero, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto exponen: "Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado [CEE], de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva; Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; [...]; que a este respecto, la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo; [...] Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; [...] Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas, [...] Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores".

Artículo 1 : "1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva ".

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

Artículo 4: "1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible."



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

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

Artículo 6: *"1. Los Estados miembros establecerán que **novincularán al consumidor,** en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas ."* (...)

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

Artículo 7: *"1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas ."*

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

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

QUINTO.- NORMAS NACIONALES APLICABLES.

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

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

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

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.*
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.*

Artículo 60. Información previa al contrato.

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

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

- a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.*
- b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.*
- c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.*

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

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

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

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

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

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

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

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

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

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

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

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

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

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

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

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

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

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

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

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

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

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

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

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

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

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

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

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



1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

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

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.

4. La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.

5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

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

6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

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

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.*

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

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

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

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

Según el artículo 1.303 del Código Civil : "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

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

"No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

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

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

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

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

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

Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, que en su capítulo I, referido al tipo de interés, comisiones y obligaciones de información, regula las comisiones en el siguiente sentido: *"Quinto. Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.*

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

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

Disponiendo el art. 7º:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Artículo 3 Comisiones.

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

Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos."

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

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

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

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

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

Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6.^a del Anexo II) dispone que "los que hubieren requerido la prestación

de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad (norma 8.^a del Anexo II) la obligación se impone a "aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación". Si bien en caso de que la inscripción la solicite quien transmite el derecho o quien tenga interés en asegurar el derecho a inscribir, el arancel deberá abonarlo el transmitente o el interesado.

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

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

Abusividad de cláusulas financieras y principio de no vinculación.

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

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

SENTENCIA TJUE - 16 NOVIEMBRE 2010 C-76/10 (ORIGEN ESLOVAQUIA)

Control de oficio.

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

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

SENTENCIA TJUE - 14 JUNIO 2012 C-618/10 (ORIGEN ESPAÑA - AP BARCELONA)

Principio no vinculación.

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

SENTENCIA TJUE - 14 MARZO 2013 C-415/11 (ORIGEN ESPAÑA - J.

MERCANTIL BARCELONA)

Suspensión ejecución por el juzgado que está conociendo nulidad cláusula. La lista de la Directiva es indicativa y no exhaustiva.

SENTENCIA TJUE - 21 MARZO 2013 C-92/11 (ORIGEN ALEMANIA)

Principio no vinculación. Efecto disuasorio.

SENTENCIA TJUE - 30 MAYO 2013 C488/11 (ORIGEN PAÍSES BAJOS)
Prohibición de la moderación de la cláusula declarada nula.

SENTENCIA TJUE - 16 ENERO 2014 C226/12 (ORIGEN ESPAÑA - AP
OVIEDO)

Desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

SENTENCIA TJUE - 30 ABRIL 2014 C-26/13 (ORIGEN HUNGRÍA) Préstamo
hipotecario multdivisa con garantía hipotecaria.

Objeto principal del contrato. Definición de retribución.

Interpretación de las consecuencias de una cláusula..

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

Suspensión ejecución por cláusulas abusivas.

SENTENCIA 21 ENERO 2015 C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 , C-487/13

(ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO INSTANCIA MARCHENA SEVILLA)
Ejecuciones hipotecarias. Efecto de nulidad de cláusula abusiva y principio de no vinculación.

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

Comisión por riesgo equivalente a la Comisión de Apertura.

Permite apreciar abusividad. No elemento esencial del contrato, sino retribución
accesoria. Posibilidad de control de transparencia y contenido con arreglo al derecho nacional.

SENTENCIA TJUE - 3 SEPTIEMBRE 2015 C-110/14 (ORIGEN RUMANIA)
Protección al consumidor. Extensión del concepto de consumidor.

SENTENCIA TJUE - 29 OCTUBRE 2015 C-8/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO
DE INSTANCIA MARTORELL) Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas y efectos.

SENTENCIA TJUE - 18 FEBRERO 2016 C-49/14 (ORIGEN ESPAÑA -

JUZGADO DE INSTANCIA CARTAGENA) Abusividad cláusulas y efectos.

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

Acción colectiva cesación cláusula suelo. Nulidad y efectos.

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

Control de oficio cláusulas abusivas en procedimiento. No vinculación.

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

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

22.- *SENTENCIA TJUE - 21 DICIEMBRE 2016 C154/15 , C-307/15 , C308/15* (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL GRANADA - AP ALICANTE) Principio de no moderación de la cláusulas. Principio de no vinculación. Efecto disuasorio.

SENTENCIA TJUE - 26 ENERO 2017 C-421/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO DE INSTANCIA SANTANDER)

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

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

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

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

Nulidad cláusulas en procedimiento ejecución extrajudicial hipotecario.

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

Hipoteca multidivisa. Elemento esencial de contrato.

Apreciación de Abusividad, no aplicación del artículo 4.2. de la Directiva.

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

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

28.- *SENTENCIA 20 SEPTIEMBRE 2018 C-51/17* (ORIGEN HUNGRÍA) No se puede realizar un acuerdo para subsanar una nulidad.

SEPTIMO. - JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

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

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

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO PLENO 848/2018 - 15 MARZO DE 2018 .
Nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario. Efectos parciales al excluir del reintegro el impuesto que grava la hipoteca.

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

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

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 608/2017 - 15 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nulidad y efectos hipoteca multidivisa. Elemento esencial del contrato. Declaración de abusividad.

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

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

DISPONGO

Que debo DISPONER la suspensión del curso de los autos para el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Se cuestiona si a la vista del *artículo 6.1 de la Directiva 93/13* , la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, al prestatario **puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios tras su declaración de nulidad por abusiva.**

2) Se cuestiona si a la vista del *artículo 6.1 de la Directiva 93/13* , una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, **deben distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario los gastos de notaría y gestoría,** puede considerarse una moderación judicial

de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y por tanto resulta contraria al principio de no vinculación contenido en el *art. 6.1 de la Directiva 93/13* .

3) Se cuestiona si a la vista del *artículo 6.1 de la Directiva 93/13* , una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario deben imponerse igualmente al prestatario el abono de los **gastos de tasación del inmueble y el impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo,** consiste en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula, y, si resulta contraria al *art. 3.2 de la Directiva 93/13* la **atribución al prestatario de la carga de probar que no se le permitió aportar su propia tasación del inmueble** .

4) Se cuestiona si a la vista del *artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13* , si una jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, serían contrarios al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el *art. 7.1 de la Directiva 93/13* .

5) Se cuestiona si a la vista del principio de no moderación de las cláusula declaradas nulas establecido en la jurisprudencia del TJUE, y a la vista del principio de no vinculación del artículo 6 de la Directiva, puede resultar contraria una jurisprudencia nacional que modera los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización, novación o cancelación, amparándose en el interés del prestatario.

Notifíquese la presente resolución a las partes, **haciéndoles saber que es firme no cabiendo ningún recurso contra ella** , ordenando remitir testimonio de esta resolución con una copia testimoniada del expediente para su consulta al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo) para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, adelantándose su remisión por copia, al solicitarse para su resolución el procedimiento de acelerado, mediante correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y fax (+352 43 37 66).

Remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, -Fax: 917006350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea). C/Marqués de la Ensenada, 8 28004 Madrid. E-mail: DIRECCION000

LA MAGISTRADO- JUEZ

EL LETRADO ADMON DE JUSTICIA

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

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

