



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, a 29 de agosto de 2019
sj.j(2019) sj.j(2019)6067749

*Documentos relativos a un
procedimiento judicial*

AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

OBSERVACIONES ESCRITAS

presentadas de conformidad con el artículo 23, párrafo segundo, del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la

COMISIÓN EUROPEA

representada por Napoleón RUIZ GARCÍA y Julio BAQUERO CRUZ, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de agentes, quienes designan como domicilio el del Servicio Jurídico, Greffe contentieux, BERL 1/169, B-1049 Bruselas, y aceptan que las notificaciones de todos los escritos procesales del asunto se les envíen por e-Curia,

En los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19

que tienen por objeto sendas peticiones de decisiones prejudiciales dirigidas al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, remitidas respectivamente por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta, destinadas a obtener, en los litigios pendientes ante dichos órganos jurisdiccionales entre

CY y

CAIXABANC, S.A. (C-224/19)

Y entre

LG y PK y

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (C-259/19)

una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹ (en adelante "la Directiva 93/13" o "la Directiva").

¹Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, de 21 de abril de 1993, p.29).

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN Y HECHOS.....	3
1.1.	En el asunto C-224/19	3
1.2.	En el asunto C-259/19	4
II.	PREGUNTAS PLANTEADAS EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.....	5
III.	NORMATIVA DE LA UNIÓN	7
IV.	NORMATIVA NACIONAL.....	10
V.	APRECIACIÓN JURÍDICA	22
V.1	Consideraciones previas	22
V.2	Respecto de las preguntas 1 a 6 de asunto C-224/19 y 1 y 2 del asunto C-259/19	24
V.3	Respecto de las preguntas 7 a 11 del asunto C-224/19.....	40
V.4	Respecto de la pregunta 13 del asunto C-224/19	52
V.5	Respecto de la pregunta 12 del asunto C-224/19	56
VI.	CONCLUSIÓN	60

La Comisión tiene el honor de formular las siguientes observaciones:

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

1.1. En el asunto C-224/19

1. El 16 de mayo del 2000, D^a/D. CY y la entidad financiera CAIXABANK, S.A., celebraron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por una cantidad de 81.136,63 EUR, otorgado ante notario y constituyéndose hipoteca sobre la finca que se adquiriría y que pasaría a ser domicilio habitual del prestatario.
2. El 22 de marzo de 2018, D^a/D CY presentó una demanda contra la entidad financiera CAIXABANK, S.A., ante el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca, en ejercicio de acción de nulidad de varias condiciones generales de la contratación por abusivas.
3. En concreto, el/la demandante solicita la nulidad por abusiva de la cláusula sobre “gastos a cargo de la parte acreditada”, reclamando, asimismo, la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de dicha cláusula, en virtud de la cual el prestatario tenía que asumir el pago de:
 - los gastos de tasación del inmueble hipotecado,
 - los gastos y tributos derivados del otorgamiento de escritura pública,
 - los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento y el de su cancelación tengan acceso al Registro de la propiedad incluso los causados por las cartas de pago, total o parcial de los créditos.;
 - los honorarios de letrado y derechos de procurador en caso de reclamación judicial, aunque su intervención no fuera preceptiva.

4. El/la demandante también solicita la declaración de nulidad de la cláusula que impone al prestatario una comisión de apertura, solicitándose asimismo la consiguiente restitución de las cantidades abonadas en este concepto.
5. Por su parte, la entidad financiera CAIXABANK, S.A., se opone a la demanda solicitando su desestimación al alegar plena validez de las cláusulas controvertidas, es decir, la de gastos y la de comisión de apertura. Asimismo, opone la excepción de caducidad-prescripción de la acción de reclamación de cantidades, al haber transcurrido más de 15 años desde que se celebró el contrato hasta la reclamación de la deuda.
6. A la vista de los términos del debate y estando el asunto de origen visto para sentencia, el órgano jurisdiccional remitente, previa audiencia a las partes, acordó suspender la tramitación del procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, la cuestión prejudicial que luego se transcribirá.

1.2. En el asunto C-259/19

7. De forma similar al caso anterior, D/D^a LG y D/D^a PK presentaron una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta contra la entidad financiera Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en la que ejercitan una acción de nulidad por abusiva de una condición general de la contratación que impone al prestatario la totalidad de los gastos de la operación contenida en el contrato de préstamo hipotecario, el cual fue suscrito en fecha 1 de julio de 2011.
8. Las/los demandantes reclaman además a la entidad financiera la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de la cláusula impugnada desde la fecha de la firma del contrato.
9. A la vista de los términos del debate y estando el asunto de origen visto para sentencia, el órgano jurisdiccional remitente, previa audiencia a las partes, acordó suspender la tramitación del procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, una cuestión prejudicial, coincidente en gran medida con la planteada en el asunto C-224/19.

II. PREGUNTAS PLANTEADAS EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

10. Los órganos jurisdiccionales remitentes estiman que los asuntos principales generan dudas interpretativas con respecto al Derecho de la Unión. Por ello deciden plantear al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas por la vía del procedimiento prejudicial.

11. Preguntas planteadas en el asunto C-224/19:

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

2) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, deben distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario los gastos de notaría y gestoría, puede considerarse una moderación judicial de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y por tanto resulta contraria al principio de no vinculación contenido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13.

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

4) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, resultaría contraria una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos de constitución, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, puede seguir surtiendo efectos para el prestatario cuando realiza novaciones modificativas o cancela la hipoteca, en el sentido de tener que seguir abonando los gastos derivados de tal modificación o cancelación de la hipoteca, y si la atribución de esos gastos al prestatario supone una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula.

5) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, si una jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización, novación o cancelación de un

préstamo con garantía hipotecaria, serían contrarios al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13.

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

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

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

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

10) Se cuestiona si, a la vista del art. 4.2 de la Directiva 93/13 no traspuesta por la LCGC al ordenamiento jurídico español, resulta contraria al art. 8 de la Directiva 93/13 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el art. 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible, si se considerara que una cláusulas denominada comisión de apertura constituyera el objeto principal del contrato de préstamo.

11) Se cuestiona si a la vista del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, la cláusula denominada comisión de apertura, cuando esta no haya sido negociada individualmente y no se acredite por la entidad financiera que responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo ser declarada nula por el juez nacional.

12) Se cuestiona si, a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, la condena en costas al profesional, derivada de un procedimiento

en el que se ejercitan por un consumidor [sic] acciones de nulidad de cláusulas abusivas insertadas en un contrato celebrado con éste, y se obtiene dicha declaración de nulidad por abusividad por parte de los Tribunales, debe ir aparejada al principio de no vinculación y al principio de efecto disuasorio al profesional, cuando estas acciones de nulidad sean estimadas por el juez nacional, con independencia de la restitución concreta de cantidades a que la sentencia condene, al entender además, que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es sólo una pretensión accesoria inherente a la anterior.

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

12. Preguntas planteadas en el asunto C-259/19:

1) *“Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión: el fijar como criterio inequívoco el Tribunal Supremo en sus sentencias 44 a 49 de 23.1.2018 la determinación según la cual en los contratos de préstamo hipotecario concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija que todos los gastos de constitución de la operación de préstamo hipotecario deban repercutirse sobre la persona del prestatario, y con distribución de los diferentes conceptos que se integran en dicha cláusula abusiva y declarada nula, entre la entidad bancaria predisponente y el consumidor prestatario, con el fin de limitar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la legislación nacional.”*

2) *“Y si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión que por el Tribunal Supremo 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.”*

III. NORMATIVA DE LA UNIÓN

13. 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**, la cual establece de forma clara e incondicional que:

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

14. La misma 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."

15. La Directiva permite que los Estados miembros otorguen un nivel de protección superior a los consumidores:

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."*

16. En cuanto al concepto de "cláusula abusiva", la Directiva define dicho concepto en sus artículos 2 y 3, a saber:

Artículo 2: *"A efectos de la presente Directiva se entenderá por:*

a) «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3; (...)"

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.*

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al

resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas."

17. Con respecto a la determinación del carácter abusivo, se deben tener en cuenta los artículos 4 y 5 de la Directiva:

Artículo 4: "1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible."

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

18. Por su valor interpretativo, conviene resaltar igualmente los siguientes considerandos de la Directiva:

"(...) Considerando que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

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

Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia; (...)".

19. Por su parte, a los efectos de la pregunta 13 formulada por el Tribunal remitente en el asunto C-224/19, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que recoge el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reza como sigue:

Artículo 47: "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia."

IV. **NORMATIVA NACIONAL**

20. En ámbito nacional, cabe invocar, en primer lugar, 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, en su redacción actual, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo:

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,*
- e) 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.*

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.”

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 faculten 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 aún 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 renunciias 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.”

21. Cabe destacar, por su pertinencia, el contenido del preámbulo de la Ley 3/2014 – que establece la redacción vigente del artículo 83 del real Decreto Legislativo 1/2007 – el cual expone las razones para el nuevo tenor literal dicho artículo:

"En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993."

22. Además, también procede invocar los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que es el instrumento jurídico que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/13/CEE:

Artículo 7: *"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 sea 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".*

Artículo 8: "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, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios."

Artículo 9: "1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil."

23. En lo que concierne a los gastos de notario, el Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 07 de julio de 1944), el artículo 63, apartado 1 establece lo siguiente:

Artículo 63, apartado 1: "La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial (...)"

24. En este sentido, también cabe mencionar el Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1989), que en la Norma Sexta del Anexo II dice:

Norma Sexta del Anexo II: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueron varios, a todos ellos solidariamente."

25. En lo que respecta a los gastos del Registro de la Propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1989), impone la obligación de pago en la Norma Octava, apartado 1 del Anexo II de la siguiente manera:

Norma Octava, apartado 1 del Anexo II: "Los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el

derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado."

26. Por su parte, Ley Hipotecaria, en su artículo 6, dispone lo siguiente:

Artículo 6: *"La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:*

- a) Por el que adquiera el derecho.*
- b) Por el que lo transmita.*
- c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.*
- d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos."*

27. En cuanto a las obligaciones de información y transparencia, la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, que en su capítulo I, referido al tipo de interés, comisiones y obligaciones de información, regula las comisiones en el siguiente sentido:

Número 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."*

Artículo 7: *"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 devengado, 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."*

28. En cuanto a las tarifas de las comisiones, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990) sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma tercera, apartado 1, dispone:

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.”

29. En el mismo sentido, 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 que se fijan 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.”*

30. En cuanto a la transparencia en relación con los precios, 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, esta establece 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 fastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor."

31. En lo que respecta a las consecuencias de la nulidad de una determinada cláusula contractual, procede invocar la regla general contenida en el artículo 1303 del Código civil español:

Artículo 1303: *"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."*

32. En lo que concierne a la prescripción de la acción restitutoria de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en base a cláusulas que han sido declaradas abusivas; el artículo 1964 del Código Civil español establece un plazo de prescripción de 5 años:

Artículo 1964, apartado 2: *"Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan."*

Artículo 1969: *"El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse."*

33. Conviene recordar que, con anterioridad al 7 de octubre de 2015, el artículo 1964, apartado 2, del Código Civil español, establecía un plazo de prescripción de 15 años, habiendo sido reducido este a 5 años mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

Preámbulo, Considerando VI: *"Esta reforma sirve también para llevar a cabo una primera actualización del régimen de la prescripción que contiene el Código Civil, cuestión de una gran importancia en la vida jurídica y económica de los ciudadanos."*

A partir de los trabajos de la Comisión General de Codificación, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964, estableciendo un plazo general de cinco años. Con ello se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años."

Disposición final primera. Modificación del Código Civil en materia de prescripción: *"Se modifica el artículo 1964 del Código Civil, que queda redactado del siguiente modo:*

«Artículo 1964.

1. La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.

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

Disposición transitoria quinta. Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes: *“El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil.”*

34. En este sentido, el Artículo 1939 del Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 1939: *“La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.”*

V. APRECIACIÓN JURÍDICA

V.1 Consideraciones previas

35. Las dos cuestiones prejudiciales que nos ocupan plantean un elevado número de preguntas. En particular, la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Mallorca (asunto C-224/19) plantea una batería de hasta 13 preguntas prejudiciales, a las que hay que sumar las dos preguntas formuladas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta (C-259/19). No obstante, la Comisión estima que estas podrían sintetizarse y agruparse en cuatro, atendiendo al objeto y finalidad de las mismas.
36. En efecto, la Comisión considera que para simplificar el debate procesal, así como para dar una respuesta útil a los órganos jurisdiccionales remitentes, procede reformular las preguntas planteadas – al menos todas salvo las preguntas 12) y 13) del asunto C-224/19 – de la forma que se explicará a continuación.
37. En primer lugar, la Comisión constata que las preguntas 1) a 6), ambas inclusive, del asunto C-224/19, así como las dos preguntas formuladas en el asunto C-

259/19, tienen por objeto la cláusula relativa a la imposición de gastos de constitución y cancelación de hipoteca y por finalidad averiguar si la jurisprudencia nacional relativa a los efectos de la nulidad de dicha cláusula es compatible con lo dispuesto por los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, respecto de cada uno de los conceptos que dicha cláusula abarca.

38. Sin perjuicio del análisis pormenorizado que merezca la aplicación de los efectos de la nulidad sobre cada uno de los elementos de dicha cláusula, la Comisión considera que dichas preguntas pueden reunirse en una sola, cuyo tenor literal podría ser el siguiente:

“Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional que, a pesar de haber declarado abusiva y nula de pleno derecho una cláusula contractual no negociada como la controvertida que impone la totalidad de los gastos de formalización, novación y cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario consumidor, integra dicha cláusula determinando para cada uno de los conceptos que la conforman cuáles deben ser los efectos para cada una de las partes?”

39. En segundo lugar, la Comisión constata que las preguntas 7) a 11), ambas inclusive, del asunto C-224/19 tienen por objeto la cláusula de comisión de gastos de apertura y por finalidad, principalmente, averiguar el alcance, contenido y efectos de la obligación de transparencia contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en relación con el posible examen de abusividad de la misma, a la vista, en particular, de la no transposición de dicho precepto en el ordenamiento jurídico español.

40. Por ello, la Comisión considera que pueden resumirse y concentrarse los distintos elementos que generan dudas en el juzgador en una misma pregunta, cuyo tenor literal podría ser el siguiente:

“Los artículos 3, apartado 1 y 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional como

la controvertida que considera una cláusula como la denominada “comisión de apertura” automáticamente transparente y que, por formar parte del precio de contrato, establece que el profesional no está sujeto al deber de transparencia respecto de la misma ni, al mismo tiempo, puede ser objeto de un examen de abusividad por parte de los jueces nacionales?”

41. Por último, a juicio de la Comisión, las preguntas 12) y 13) del asunto C-224/19 relativas, respectivamente, a la compatibilidad del régimen legal de condena en costas procesales en el ámbito de litigios con consumidores y a la compatibilidad del régimen de prescripción de las acciones resarcitorias derivadas de la declaración nulidad por abusiva de una cláusula contractual, pueden contestarse individualmente, a pesar de que su formulación – en particular, la de la pregunta 12) – pueda ser aclarada.
42. En definitiva, la Comisión contestará a las cuestiones planteadas en cuatro bloques: el primero, correspondiente a las preguntas 1) a 6) del asunto C-224/19 y las dos preguntas del asunto C-259/19; el segundo, correspondiente a las preguntas 7) a 11) del asunto C-224/19; el tercero, correspondiente a la pregunta 13) del asunto C-224/19; y el cuarto, correspondiente a la pregunta 12) del asunto C-224/19.

V.2 Respecto de las preguntas 1 a 6 de asunto C-224/19 y 1 y 2 del asunto C-259/19

43. Mediante las preguntas de referencia que la Comisión, para mayor claridad, considera oportuno agrupar y reformular, los órganos jurisdiccionales remitentes cuestionan la jurisprudencia del Tribunal Supremo (principalmente la de la Sala Primera del Tribunal Supremo) relativa a la cláusula que impone íntegramente los gastos de constitución, novación y cancelación del préstamo hipotecario al prestatario consumidor.
44. En sus respectivos autos de remisión, los órganos jurisdiccionales de primera instancia no contestan la declaración de nulidad de la misma ya realizada por el

Tribunal Supremo, pero le reprochan, en esencia, que al pronunciarse sobre el reparto de todos y cada uno de los distintos gastos y conceptos que entran en el ámbito de la cláusula (a pesar, insistimos, de haberla declarado abusiva y por consiguiente nula de pleno derecho), este haya procedido a integrar la citada cláusula, incumpliendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que impone a los jueces nacionales de dejar sin aplicación dichas cláusulas² y por tanto infringiendo el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13.

45. Dicha jurisprudencia del Tribunal supremo viene, en concreto, citada en el marco del punto 1º del Fundamento Jurídico Cuarto del auto de remisión en el asunto C-224/19 y en las páginas 12 y 13 del auto de remisión en el asunto C-259/19. En particular, los autos de remisión se refieren a las sentencias (sala primera del Tribunal Supremo) nº 705/2015 de 23 de diciembre,³ las sentencias nº 147/2018 y 148/2018 de 15 de marzo⁴ y las sentencias nº 44 y 46 a 49/2019, de 23 de enero.⁵
46. Para la Comisión, como punto de partida, procede recordar que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la obligación que incumbe a los jueces nacionales cuando llegan a la conclusión de que una determinada cláusula es abusiva está meridianamente clara: los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.⁶
47. En este sentido, si bien es cierto 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

² Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017 en el asunto C-421/14, *Banco Primus*, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia allí mencionada.

³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5618.

⁴ Respectivamente, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 147/2018, de 15 de marzo de 2018, ECLI: ES:TS:2018:848; y sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 148/2018, de 15 de marzo de 2018, ECLI: ES:TS:2018:849.

⁵ Respectivamente, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 44/2019, de 23 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:102; sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 46/2019, de 23 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:101; y sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 49/2019, de 23 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:105.

⁶ Véase, entre muchas otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012 en el asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, apartado 65.

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.⁷

48. La única excepción reconocida por el Tribunal de Justicia a la interdicción de moderar o integrar una cláusula abusiva se produce en aquellas situaciones en las que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva. En efecto, el Tribunal ha reconocido que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización.⁸
49. Sin embargo, de la descripción del marco jurídico contenido en los autos de remisión, no parece que nos encontremos, en el asunto que nos ocupa, en un escenario tipo *Kásler*, sino que parece existir cierto consenso en que el contrato de préstamo hipotecario podría perfectamente subsistir sin la cláusula que impone la totalidad de los gastos de constitución, novación y cancelación al prestatario consumidor.
50. Así las cosas, una vez declarada la abusividad de una cláusula como la controvertida, como lo hizo el Tribunal Supremo en la jurisprudencia antes citada, a criterio de la Comisión es necesario diferenciar dos hipótesis distintas: (i) por un lado, el caso en el que, tras la supresión de la cláusula abusiva, al restablecerse al consumidor en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el

⁷ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2018 en el asunto C-483/16, *Sziber*, EU:C:2018:367, apartado 34 y jurisprudencia allí citada.

⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84.

consumidor de no haber existido dicha cláusula, existe una disposición legislativa que despliega sus efectos en ausencia de convención válida entre las partes; y (ii) por otro lado, la integración de la cláusula por los jueces nacionales para subsanar en todo o en parte dicha nulidad.

51. Mientras que la segunda posibilidad está claramente vedada por la jurisprudencia del Tribunal, ya que pondría en peligro el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13,⁹ la primera sí sería compatible con la Directiva, en la medida en que el artículo 3, apartado 1 de la Directiva establece que esta solo afecta a cláusulas contractuales, por lo que la misma no proyecta, en principio, sus efectos sobre las disposiciones legales sustantivas de Derecho nacional que se aplican imperativamente en defecto de pacto entre las partes.
52. Por consiguiente, en la medida en que la citada cláusula declarada abusiva contiene en realidad una amalgama de gastos, honorarios e impuestos, es necesario analizar individual y pormenorizadamente el contexto jurídico de cada concepto para determinar si la jurisprudencia nacional objeto de las cuestiones prejudiciales procede efectivamente a una suerte de moderación o integración de la cláusula nula – lo cual sería incompatible con la Directiva 93/13 – o si, por el contrario, mediante la misma, el Tribunal Supremo, en realidad está meramente “explicando” o “aclarando” cuál es la situación jurídica de cada uno de los conceptos que integran la cláusula, por la aplicación de disposiciones legales imperativas en defecto de acuerdo entre las partes.
53. Esto último es precisamente lo que el Tribunal Supremo afirma hacer, según se explicita, por ejemplo, en los puntos 4 y 19 del Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia nº 44/2019 de 23 de enero de 2019.
54. Tal y como se desprende de los autos de remisión, los conceptos incluidos en la citada cláusula abusiva son los siguientes: (i) gastos derivados de la intervención de Notario; (ii) gastos derivados del Registro de la Propiedad; (iii) gastos derivados de la intervención de una gestoría; (iv) abono del Impuesto de Actos

⁹ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15 y C-307/15, *Gutiérrez Naranjo*, EU:C:2016:980, apartado 60.

Jurídicos Documentados y Transmisiones Patrimoniales; y (v) gastos de la tasación del inmueble.

55. Para el análisis de los distintos conceptos, la Comisión tomará como base y referencia los razonamientos efectuados en las citadas sentencias del Tribunal Supremo.
56. **En primer lugar, en lo que concierne a los gastos de Notario:** el Tribunal Supremo, en los puntos 9 a 14 del Fundamento Jurídico Séptimo de su sentencia 44/2019 de fecha 23 de enero de 2019, recuerda que el artículo 63, apartado 1 del Reglamento del Notariado¹⁰ establece que: *“La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial (...)”*. En segundo lugar, añade que la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios¹¹ dispone literalmente que: *“La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.”*
57. En este sentido, el Tribunal Supremo se remite a sus propias sentencias nº 147/2018 y 148/2018, de 15 marzo, en las que ya interpretó que el concepto de “interesado” recogido en el citado Real Decreto que regula el arancel notarial debe extenderse, a los efectos de los préstamos hipotecarios, a ambos, prestamista y prestatario conjuntamente: el primero por cuanto la plasmación del préstamo en escritura pública le otorga un título ejecutivo a los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y un documento que le permite la inscripción del título en el Registro de la Propiedad para constituir válidamente dicha garantía; y que el segundo por cuanto, al estar garantizado el préstamo mediante garantía hipotecaria, puede razonablemente beneficiarse de un tipo de interés más bajo que el que el prestamista ofrecería si no contara con dicha garantía y tuviera que asumir más riesgo en la operación.

¹⁰ Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 07 de Julio de 1944).

¹¹ Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1989).

58. Al entender que ambos son por tanto “interesados” a los efectos de la normativa notarial, el Tribunal Supremo deduce que los gastos notariales, de conformidad con dicha normativa, habrían de repartirse por igual entre la entidad financiera y el consumidor.
59. Del razonamiento expuesto por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, la Comisión deduce que el reparto de dicho gasto entre ambas partes por igual no se debe tanto a una moderación de la cláusula como a la interpretación y aplicación de la normativa notarial al contrato controvertido, en defecto de pacto entre las partes. Esa interpretación de la normativa aplicable no parece irrazonable ni arbitraria y no merma el efecto útil de la Directiva 93/13. En efecto, la atribución íntegra del gasto al consumidor queda sin efecto, pasándose al régimen legal aplicable en defecto de pacto entre las partes, es decir, la atribución del gasto por igual entre ellas.
60. En tales circunstancias, la Comisión opina que, en la medida en que la distribución de los gastos notariales obedece efectivamente a la interpretación y aplicación de una disposición legislativa, la jurisprudencia nacional que lleva a cabo dicha interpretación no es, en principio, incompatible con los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13.
61. **En segundo lugar, en lo que concierne a los gastos del Registro de la Propiedad:** De modo similar, el Tribunal Supremo, en los puntos 15 a 18 del mismo Fundamento Jurídico Séptimo de su sentencia de fecha 23 de enero de 2019 se refiere a lo dispuesto en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad,¹² cuya Norma Octava, apartado 1 del Anexo II establece expresamente que: *“Los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado.”*

¹² Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1989).

62. Según la citada disposición de la Ley Hipotecaria, la inscripción de un título en Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b)) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c)).
63. En la medida en que – por las razones ya explicadas – la inscripción como tal de la garantía hipotecaria favorece a la entidad prestamista, el Tribunal Supremo interpreta que el “interesado” a los efectos de la citada Norma del Arancel de los Registradores de la Propiedad debe ser dicha entidad, exclusivamente. Por consiguiente, en aplicación de la citada norma, los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad deben correr a cuenta exclusiva de la entidad prestamista y no del prestatario consumidor. De nuevo, esa interpretación de la normativa aplicable no parece irrazonable ni arbitraria y no merma el efecto útil de la Directiva.
64. Dicho razonamiento, al igual de lo que sucede con los gastos de notario, no supone tanto una moderación o integración de la cláusula (de hecho, en la práctica, el resultado respecto dicho gasto coincide con el de la total supresión de la cláusula) como una interpretación y aplicación estricta de disposiciones legales (en este caso, la normativa del Registro de la Propiedad al contrato controvertido), en defecto de pacto entre las partes y como tal, dicha jurisprudencia no es, en principio, incompatible con los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13.
65. Esta conclusión no es óbice para que, en ausencia de pacto entre las partes por haberse suprimido – por abusiva – la cláusula de atribución de gastos, llegado el caso y siempre por aplicación estricta de estas mismas disposiciones legales, el concepto de “interesado” para el caso de cancelación la garantía hipotecaria sea el propio prestatario consumidor,¹³ con lo que los gastos de cancelación de la garantía hipotecaria correrían, *ex lege*, a cargo de dicho prestatario consumidor.

¹³ Dicha interpretación es la que se apunta escuetamente en, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso), nº 146/2019, de 29 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:146, punto 3, Fundamento Jurídico Cuarto. Incumbe en cualquier caso al juez nacional interpretar el derecho nacional en tal caso.

66. **En tercer lugar, por lo que se refiere a los gastos derivados de la intervención de gestoría:** En el punto 2 del Fundamento Jurídico Noveno de la sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019, El Tribunal Supremo admite, respecto de dicho gasto, que *“no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario”*. Efectivamente, tal y como añade en el punto 3: *“Estas gestiones –las efectuadas por la gestoría- no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, y que podría llevarse a cabo por el banco o por el cliente.”*
67. A pesar de ello, el Tribunal Supremo considera que en la medida en que la obligación de ponerse de acuerdo sobre la prestación de dicho servicio puede inferirse del artículo 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios¹⁴ y que dicho servicio se ha prestado y aprovecha a ambas partes, procede la división de los gastos de dicho servicio de gestoría por mitad.
68. Con el debido respeto, la Comisión discrepa de tal criterio jurisprudencial y considera, en cambio, que el gasto de gestoría (ni siquiera su división por partes iguales), a diferencia de los gastos notariales o del Registro de la Propiedad, NO viene atribuido por ninguna disposición legislativa nacional aplicable en defecto de acuerdo entre las partes.
69. En primer lugar, el citado artículo 40 del Real-Decreto Ley 6/2000 establece lo siguiente en su primer párrafo: *“Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo. En cuanto a la designación del Notario ante quien se*

¹⁴ Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000).

vaya a otorgar la correspondiente escritura pública, se estará a lo dispuesto en la legislación notarial, debiéndose hacer constar expresamente esta circunstancia en el mismo folleto” (subrayado añadido).

70. Por tanto, la obligación impuesta por dicho precepto a las entidades financieras es – únicamente – la de informar sobre el derecho que asiste a los consumidores de nombrar, de mutuo acuerdo con la entidad financiera, a un gestor independiente que lleve a cabo las tareas de gestión administrativa de la operación (llevar a cabo el expediente, liquidación de tasas e impuestos, etc.).
71. Dicho precepto no impone la exigencia legal de recurrir a dicho profesional, ni prohíbe que dichas tareas de gestión sean desempeñadas por el banco o por el propio consumidor, tal y como admite la propia sentencia del Tribunal Supremo. En otras palabras, de dicha norma se deduce que no existe una disposición legislativa que imponga a las partes la obligación legal de contratación de una gestoría ni que regule, en su caso, quién es el obligado al pago por tales servicios.
72. En estas circunstancias, la Comisión considera que si fue la entidad financiera quien impuso y designó un gestor profesional y atribuyó íntegramente al consumidor los gastos por dicho servicio, tal obligación proviene exclusivamente del pacto privado contenido en la cláusula controvertida. Por ello, una vez esta ha sido declarada nula por abusiva, deben eliminarse todos sus efectos, debiendo la entidad financiera en tal caso resarcir al consumidor por los gastos ocasionados por dicha cláusula¹⁵ sin que sea posible su integración, subsanación o moderación por los jueces nacionales, so pena de eliminarse el efecto disuasorio del artículo 6, apartado 1 de la Directiva.
73. Por consiguiente, en el supuesto antes descrito, la Comisión es de la opinión que habiéndose declarado nula la cláusula en cuestión y en ausencia de disposición legal que regule expresamente el contenido de dicho concepto, deben eliminarse *ex tunc*¹⁶ los efectos de dicha cláusula para el consumidor, procediendo la devolución o el resarcimiento a este de cualquier importe abonado por dicho concepto.

¹⁵ Cuestión distinta sería si fue el consumidor quien decidió recurrir y elegir a dicho profesional.

¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Gutiérrez Naranjo*, antes citada, apartados 61 y 62.

74. **En cuarto lugar, por lo que se refiere al abono del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:** En su sentencia 147/2018 de 15 de marzo,¹⁷ la Sala Primera del Tribunal Supremo vino a pronunciarse precisamente sobre la nulidad de una cláusula que imponía el pago de dicho impuesto al prestatario.
75. Dicho sentencia establecía (punto 1 del Fundamento Jurídico Quinto) que en la medida en que, de conformidad con lo dispuesto en que el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD)¹⁸ la entidad prestamista no queda al margen de dicho tributo en lo que concierne los préstamos hipotecarios, la cláusula que impone indiscriminadamente todas las obligaciones tributarias al prestatario consumidor debía reputarse abusiva y nula de pleno derecho.
76. No obstante, una vez declarada nula la cláusula, tal y como el propio Tribunal Supremo explicó en el punto 2 del Fundamento Jurídico Sexto de dicha sentencia:

“(…)anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, 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

¹⁷ Véase, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 147/2018, de 15 de marzo de 2018, ECLI: ES:TS:2018:848.

¹⁸ 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 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1993).

93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.”

77. Pues bien, la Comisión puede compartir dicho criterio. En efecto, tal y como hemos explicado previamente, en la medida en que existen disposiciones legislativas nacionales que regulan la atribución de un determinado gasto o elemento del contrato de forma imperativa y son aplicables en ausencia de pactos entre las partes, la nulidad de la cláusula por abusiva no puede impedir la aplicación de dichas disposiciones legislativas que, como tales, escapan al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Este es, de forma paradigmática, el caso de una normativa fiscal, como puede ser la LITPAJD o su Reglamento.
78. En este sentido, la Comisión entiende que el Tribunal Supremo (Sala Primera) no procedió a una moderación de la cláusula, sino a la aplicación de la normativa fiscal vigente relativa a dicho impuesto, tal y como había sido interpretada por la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del propio Tribunal Supremo.
79. Es cierto, como pone de manifiesto el auto de remisión en el asunto C-224/19, que mediante tres sentencias de fechas 16, 22 y 23 de octubre de 2018, la sección Segunda de dicha Sala Tercera del Tribunal Supremo revocó la jurisprudencia “histórica” en ese ámbito anulando el artículo 68, apartado 2, del Reglamento del Impuesto¹⁹ y que el pleno de la Sala Tercera, mediante sentencia 1505/2018 de 27 de noviembre,²⁰ decidió volver a su jurisprudencia “histórica” sobre la base de la interpretación del texto del artículo 29 de la LITPAJD.
80. Sin embargo, aunque pueda considerarse que dicho episodio de viraje jurisprudencial – y su posterior retorno – no fue del todo afortunado desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ello no afecta a la circunstancia de que dicha jurisprudencia no hace sino interpretar y aplicar estrictamente la normativa fiscal relativa al ITPJAD al negocio jurídico en cuestión.

¹⁹ Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE núm. 148, de 22 de junio de 1995).

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso), nº 1505/2018, de 16 de octubre de 2018, ECLI: ES:TS:2018:3422.

81. Por ello, a la vista de que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se limita a aplicar las disposiciones legislativas vigentes relativas al ITPJAD, de aplicación imperativa, tal y como habían sido interpretadas por la jurisprudencia de la Sala Tercera del propio Tribunal Supremo, la Comisión opina que no se está moderando ni integrando la cláusula declarada nula, por lo que dicha jurisprudencia no es, en principio, incompatible con los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13.
82. **En quinto lugar, en lo que concierne a los gastos derivados de la tasación del inmueble:** el auto de remisión en el asunto C-224/19 no menciona en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que el objeto de su reproche proviene del criterio mayoritario seguido por las Audiencias Provinciales (órganos de segunda instancia): según parece, el criterio mayoritario de dicha jurisprudencia “menor” es el de negar la restitución de dicho gasto a los consumidores – a pesar de la declaración de nulidad de la cláusula – al estimar que son los consumidores los beneficiarios del préstamo hipotecario y que, siendo el ofrecimiento de la garantía hipotecaria el requisito legal para la celebración de los mismos, les corresponde a ellos “acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y quien(es) debe(n) correr con los gastos necesarios para su valoración.”
83. Según se indica en el auto de remisión, la base jurídica de dicho razonamiento sería el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario,²¹ cuyo párrafo segundo señala lo siguiente: *“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. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años.”*

²¹ Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981).

84. Así, según esa jurisprudencia “menor”, de dicho precepto se inferiría que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía y por tanto correr con los gastos, por lo que, según el criterio jurisprudencial mayoritario, ninguna lesión se produciría por atribuir al consumidor dicho gasto a pesar de anularse la cláusula.
85. Pues bien, a la luz de dicha disposición, la Comisión considera que en realidad ese criterio jurisprudencial no hace otra cosa que subsanar o integrar una cláusula abusiva, puesto que el contenido de la norma invocada no constituye una disposición legislativa que “imponer” que el gasto de tasación en concreto deba recaer sobre el prestatario consumidor.
86. Efectivamente, si bien la norma en cuestión establece unos porcentajes máximos del valor de tasación que la garantía real no puede superar, nada dice la misma sobre quién debe correr con los gastos de dicha tasación. Así, en principio, nada impediría, por ejemplo, que fuera el banco quien corriera con dichos gastos, bien como gesto comercial o bien por disponer de servicios propios de tasación, lo que le permitiría ser más competitivo. En cualquier caso, dicha norma no tiene la naturaleza de disposición legal de imperativo cumplimiento, ni de disposición aplicable en ausencia de acuerdo entre las partes en relación con dicho gasto.
87. Además, tal y como el órgano jurisdiccional remitente objeta en su auto, el artículo 3 bis I de la Ley 2/1981 impone a las entidades de crédito, incluso a aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, la obligación de *“aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.”*. En otras palabras, que las entidades de crédito están obligadas, incluso, a aceptar que el consumidor pueda aportar una tasación certificada por un tasador homologado que el propio consumidor hubiera contratado (por un coste inferior al que le pretende repercutir la entidad).

88. Finalmente, a mayor abundamiento, en opinión de la Comisión, el razonamiento por el cual al ser el consumidor el beneficiario del préstamo, sobre él recae la obligación de acreditar la suficiencia de la garantía real hipotecaria y por lo tanto de correr con los gastos de la tasación también es discutible por incompleto ya que, si bien no cabe duda de que el consumidor es beneficiario del préstamo (sin olvidarnos de que la entidad de crédito se lucra con la operación), no es menos cierto que la entidad de crédito tiene un interés evidente en que la tasación sea correcta y que la garantía hipotecaria efectivamente cubra su crédito frente al consumidor en caso de ejecución forzosa.
89. Es cierto, por otro lado, que el marco jurídico relativo a los gastos de tasación ha ido evolucionando, en particular recientemente a raíz de la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario²² (véanse, en particular, los artículos 13 y 14, apartado 1, letra c) punto i) de la Ley), que transpone la Directiva 2014/17/UE.²³ Sin embargo, dicha norma no resulta de aplicación al litigio principal *ratione temporis*.
90. Por tanto, no existiendo una obligación clara dimanante de una disposición legislativa nacional respecto de dicho concepto aplicable en defecto de pacto válido entre las partes, la Comisión opina que un criterio jurisprudencial por el cual el gasto de tasación del bien inmueble se atribuye íntegramente al consumidor a pesar de la nulidad de la cláusula supone, de facto, una subsanación de la misma por los jueces nacionales, lo cual es contrario a lo dispuesto por el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
91. Así, una vez declarada la nulidad de la cláusula que impone una determinada tasación y traslada el gasto al consumidor, por abusiva, procede únicamente la remoción *ex tunc* de todos los efectos de la misma, con la devolución o

²² Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

²³ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO L 60, 28 de febrero de 2014, p. 34).

resarcimiento al consumidor de todos los importes sufragados por virtud de la misma.

92. Una vez analizados los criterios jurisprudenciales relativos a los efectos de la nulidad para todos y cada uno de los conceptos que integran la cláusula declarada abusiva, la Comisión considera oportuno realizar una observación adicional respecto de los remedios procesales nacionales para garantizar la remoción *ex tunc* de los efectos de la cláusula, al hilo de lo que apunta el auto de remisión en el asunto C-224/19, concretamente en el punto 2º *in fine*, de su Fundamento Jurídico Cuarto.
93. En dicho punto, el órgano jurisdiccional remitente, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo,²⁴ recuerda que para el caso de cláusulas que imponen al consumidor un deber de pago a terceros (como las que nos ocupan en el asunto principal), no es posible recurrir a la acción resarcitoria con base en el artículo 1.303 del Código Civil español, ya que dicho artículo presupone la existencia de prestaciones recíprocas. Sin embargo, los consumidores que han visto dicha cláusula anulada sí podrían recurrir, en cambio -siquiera por analogía-, a las acciones por enriquecimiento injusto o sin causa o a las de recuperación de pago de lo indebido, con base en los artículos 1.895 y 1.896 del Código Civil.
94. La Comisión confirma que, efectivamente, tal y como ha recordado el Tribunal en múltiples sentencias, de las que el auto de remisión cita la sentencia *Sziber*,²⁵ en la medida en que la Directiva 93/13 no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, corresponde a los Estados miembros establecer, en virtud de su autonomía procesal, los cauces procesales oportunos para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de dicha Directiva, siempre que dichos procedimientos respeten los principios de efectividad y equivalencia.
95. Incumbirá pues al juez nacional determinar cuál es el cauce procesal oportuno en el ordenamiento jurídico interno (ya sean las acciones enumeradas u otras) para

²⁴ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 4236/2018, de 19 de diciembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:4236, puntos 3 y 4 del Fundamento Jurídico Segundo.

²⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Sziber*, antes citada, apartados 34 y 35.

eliminar *ex tunc* todos los efectos de la cláusula controvertida y si dicho cauce respeta los principios de efectividad y equivalencia.

96. La Comisión desea añadir una observación final sobre esta primera cuestión: al tratarse, en el asunto que nos ocupa, de pagos hechos a terceros y dado que para alguno de los conceptos, el profesional sólo tendrá que cargar con la mitad de los mismos por aplicación de las disposiciones legislativas imperativas, podría considerarse que el efecto disuasorio es menor que cuando se trata de pagos entre las partes realizados en virtud de una cláusula abusiva, que en principio deben reembolsarse por completo. Ahora bien, según la Comisión, no puede excluirse (al menos, en principio) que los consumidores que sufren la imposición de cláusulas como la controvertida en el asunto principal puedan reclamar, aparte de la reparación contractual de los daños materiales sufridos, alguna cantidad en concepto de daño moral.
97. En virtud de todo lo expuesto, la Comisión respetuosamente propone al Tribunal de Justicia que conteste a las preguntas 1 a 6 del asunto C-224/19 y 1 y 2 del asunto C-259/19 como sigue:
 1. El artículo 6, apartado 1 de la directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.
 2. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que, una vez declarada nula de pleno de derecho una determinada cláusula y eliminados sus efectos, se limita a interpretar y aplicar únicamente aquellas disposiciones legislativas de aplicación estrictamente imperativa en la situación de hecho y de Derecho en la que se encuentra el consumidor en ausencia de la cláusula declarada nula.

Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de dicha Directiva se oponen, sin embargo, a cualquier interpretación o aplicación, por parte de los jueces nacionales, de normas que no sean disposiciones legislativas de aplicación estrictamente imperativa en la situación de hecho y de Derecho en la que se encuentra el consumidor en ausencia de la cláusula declarada nula y que tengan por efecto moderar o integrar una cláusula declarada abusiva.

V.3 Respecto de las preguntas 7 a 11 del asunto C-224/19

98. Mediante las preguntas de referencia que la Comisión, para mayor claridad, considera también oportuno agrupar y reformular, el órgano jurisdiccional remitente básicamente cuestiona la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (principalmente la sentencia 44/2019 de 23 de enero de 2019 de la Sala Primera²⁶) relativa al carácter no abusivo de la cláusula relativa a la Comisión de apertura que ha de pagar el prestatario consumidor con los artículos 3, apartados 1 y 2 y 4, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13 así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
99. En síntesis, el auto de remisión plantea dudas, en particular, sobre los siguientes aspectos de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ejemplificada en la citada sentencia 44/2019 de 23 de enero: (i) que se considere que la cláusula de “comisión de apertura” constituye un elemento del precio del contrato y, por consiguiente, que en aplicación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva, no proceda su análisis de abusividad si esta supera el “test de transparencia”; (ii) que para superar dicho test, no resulte exigible al comerciante demostrar la existencia de los servicios prestados en contraprestación por la citada cláusula (ya que este es uno de los elementos del precio y este viene libremente fijado por el comerciante); (iii) que la existencia de la propia normativa bancaria que prevé la existencia y licitud de dicha cláusula garanticen, per se, la transparencia de la misma; y (iv) que dicha cláusula sea transparente por el de hecho de ser “de general conocimiento entre los consumidores” quienes además le “prestan especial atención” como parte

²⁶ Véase, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), nº 44/2019, de 23 de enero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:102.

sustancial e inicial del sacrificio económico, por venir obligadas las entidades bancarias a informar a los clientes en las denominadas fichas normalizadas de información y por ser un elemento cubierto por la publicidad del producto.

100. La Comisión considera necesario empezar abordando la cuestión de la aplicación, o no, en España del artículo 4, apartado 2 en relación con el artículo 8 de la Directiva 93/13, en línea con lo que ya ha dictaminado el Tribunal de Justicia y lo que la Comisión ya ha expuesto en otros asuntos españoles ante el propio Tribunal.²⁷

101. Efectivamente, tal y como indica el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia ha reconocido ya en asuntos anteriores²⁸ que la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, decidió no incorporar el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, al ordenamiento español. De hecho, así lo admitió en su día el propio Tribunal Supremo en el punto IV (2) del anexo al auto de remisión de 20 de octubre de 2008 en el asunto *Caja Madrid*²⁹ al cual la Comisión se remite. Por tanto, salvo que dicha norma haya sido modificada recientemente por el legislador (lo que no parece ser el caso), resulta sorprendente que en la jurisprudencia a la que se refiere el auto de remisión, el Tribunal Supremo se base en dicha disposición de la Directiva para excluir el control de abusividad “sustantiva” de la cláusula que establece la comisión de apertura (véanse, por ejemplo, los puntos 20 y 21 del Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia 44/2019).

102. Para la Comisión, una disposición de esa trascendencia, que permite a los Estados miembros limitar considerablemente el ámbito de protección ofrecido por la Directiva, debe ser objeto de una incorporación clara y explícita al Derecho nacional, no resultando posible ni conforme al Derecho de la Unión, a la luz de la

²⁷ Véanse nuestras observaciones en el asunto, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, pendiente ante el Tribunal.

²⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2010 en el asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, EU:C:2010:309, apartados 41 y 42.

²⁹ Op. Cit.

jurisprudencia reiterada sobre la transposición de directivas,³⁰ una supuesta incorporación implícita. La falta de un equivalente normativo a esa disposición en el Derecho español, que indique claramente la voluntad del Reino de España de introducir esa limitación, debe interpretarse en el sentido de que se ha querido ofrecer una mayor protección a los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva, que autoriza a los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección a los consumidores.

103. Como consecuencia de la falta de incorporación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español, un órgano jurisdiccional nacional puede (y debe, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el control o examen de oficio) apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula cumpla con las exigencias de transparencia formal y material. Ahora bien, allí donde sea posible en términos jurídicos (por falta de transposición del artículo 4, apartado 2, de la Directiva), el análisis del precio o del objeto del contrato debe adaptarse a su objeto, evitando interferir de manera indebida en el mecanismo de formación de precios en el mercado.

104. Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha recordado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, coincide, con la exigencia de transparencia prevista en el artículo 5 de la citada Directiva en toda su amplitud³¹ y que, en consecuencia, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar, entre otros, de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en dicho artículo 5.³²

³⁰ Véase, a título de ejemplo y entre muchas otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de octubre de 2010 en el asunto C-154/09, *Comisión c. Portugal*, ECLI:EU:C:2010:591, apartado 47 y jurisprudencia allí citada.

³¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017 en el asunto C-186/16, *Andriuc y otros*, EU:C:2017:703, apartado 44.

³² Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016 en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, EU:C:2016:612, apartado 68.

105. De lo anterior se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es equivalente a la contenida, con carácter general, en el artículo 5. Por consiguiente, el examen de transparencia de una cláusula, en sus vertientes formal y material, también forma parte del examen de abusividad que se deriva del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.
106. En este sentido, los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales –aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato–, examinar la transparencia formal y material de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma.
107. Finalmente y para contestar en concreto a la pregunta 10) del auto de remisión, la Comisión estima que, al contrario, si un órgano jurisdiccional español, a sabiendas de que el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 no ha sido incorporado al ordenamiento español limitara su análisis de una cláusula que conformara un elemento esencial del contrato al control de transparencia previsto en el citado precepto y no realizara un examen global y sustantivo de abusividad de conformidad con el artículo 3, apartado 1, dicha limitación del examen de abusividad sí sería, en opinión de la Comisión, contraria al artículo 3, apartado 1 de la Directiva, por cuanto se estaría ofreciendo una tutela a los consumidores que no corresponde con la ofrecida por la Directiva tal y como incorporada al Derecho nacional.
108. De lo expuesto se deduce, en primer lugar, que al no estar limitados los órganos jurisdiccionales españoles en sus facultades de control de la abusividad de las cláusulas de un contrato incluso en el caso de aquellas que constituyan el objeto principal del contrato o se refieran a la adecuación entre el precio y retribución y los servicios a proporcionarse, el debate sobre si la cláusula forma parte, o no, del precio o si es un elemento esencial del contrato carece de pertinencia en el ámbito del Derecho español.

109. A continuación, la Comisión considera oportuno pronunciarse sobre el contenido y alcance del deber de transparencia de las cláusulas en los contratos entre profesionales y consumidores a la luz de lo dispuesto en los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13, puesto que afecta tanto a aquellas cláusulas comprendidas dentro del ámbito del artículo 4, apartado 2 de la Directiva, como a todas las demás.
110. A tal efecto, debemos empezar por recordar una vez más que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida tanto por el artículo 4, apartado 2 como por el artículo 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva.³³
111. Como también ha aclarado el Tribunal de Justicia,³⁴ la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. De lo anterior se deduce, en lo que al asunto principal se refiere, que el contrato debe exponer de forma clara y comprensible no solo el importe de la controvertida comisión de apertura sino su funcionamiento y su relación con el resto del contrato y, en particular, con el precio.
112. En este sentido, corresponde al juez nacional examinar dicha cuestión, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad

³³ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015 en el asunto C-96/14, *Van Hove*, EU:C:2015:262, apartado 40 y jurisprudencia allí citada.

³⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Andriuc y otros*, antes citada, apartado 45.

y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo.³⁵

113. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo, incluyendo en su caso la cláusula controvertida.

114. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.³⁶

115. Por lo que respecta la posible incidencia, en el marco de dicho examen de transparencia, de la existencia de normativa bancaria vigente en el momento de la firma del contrato que regula la posibilidad de incluir la citada comisión de apertura, la sentencia 44/2019 del Tribunal Supremo citada en el auto de remisión afirma que la misma tiene por objeto asegurar la transparencia de dicha comisión (punto 14 del Fundamento Jurídico Tercero).

116. En particular, se trataría de la norma tercera, apartado 1-bis-1º, de la Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre,³⁷ en la redacción dada por la Circular 5/1994 de 22 de julio³⁸ (vigente en el momento de la firma del contrato), que señala lo siguiente:

“b) En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en lo sucesivo Orden sobre

³⁵ Ibidem, apartado 46.

³⁶ Ibidem, apartado 47.

³⁷ Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990).

³⁸ Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 184, de 3 de agosto de 1994).

préstamos hipotecarios), la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo. (subrayado añadido)

Las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo.”

117. De la lectura de dicho precepto se desprende que el mismo tiene únicamente por objeto regular qué conceptos pueden incluirse dentro de la comisión de apertura (los “gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo”) y cuales (los restantes), en cambio, han de ser objeto de cláusulas diferenciadas. Se trata, por tanto, de remunerar los gastos administrativos, de naturaleza “liminar”, relativos al inicio de la tramitación del expediente hipotecario. Sin embargo, dicho precepto no impone al profesional una obligación de transparencia para con el consumidor que pueda considerarse homologable en cuanto a su alcance y contenido a la que la jurisprudencia ha desarrollado a la luz de los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13. Por ello, la Comisión es de la opinión que la mera existencia de dicha norma no garantiza, por sí sola, la transparencia de las cláusulas de comisión de apertura. Efectivamente, la citada Circular no exime al profesional de su deber de información al consumidor derivado de la Directiva.
118. Corresponderá por tanto al juez nacional valorar, a la luz de los elementos de hecho pertinentes (y en particular la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo) y a la vista del tipo de contrato de que se trataba si un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz podía entender el coste económico, el contenido y funcionamiento concreto y la interacción de la cláusula estableciendo la comisión de apertura con el resto del clausulado del contrato (y en particular, con el precio del préstamo).
119. Dicho examen deberá realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el

profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato.³⁹

120. Finalmente, la Comisión abordará la cuestión de la posible abusividad de la cláusula de comisión de apertura desde el punto de vista de los artículos 3, apartado 1 y 4, apartado 1 de la Directiva 93/13 y, en particular, por lo que respecta a la alegada falta de proporcionalidad entre el “coste” de la comisión de apertura y los servicios efectivamente prestados por el profesional como contrapartida. Como ya lo hemos indicado, ese análisis resulta posible a pesar de referirse al objeto del contrato por la falta de incorporación al Derecho español del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

121. Tal y como el auto de remisión pone de manifiesto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera⁴⁰ que la comisión de apertura es un elemento del precio y no la repercusión de un gasto y que, por consiguiente, no exige “nada distinto de la propia concesión del préstamo”, no siendo exigible al profesional que acredite la “realidad del servicio remunerado” por dicha cláusula ya que, en última instancia, este es libre de fijar el precio por sus servicios. En consecuencia, de acuerdo con dicha jurisprudencia, si el profesional ha realizado efectivamente, o no, algún servicio por el que repercute la comisión de apertura sería un factor irrelevante a los efectos de determinar el carácter abusivo de la cláusula.

122. La Comisión observa sin embargo que dicha argumentación se realiza bajo las premisas de que: (i) el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 impide el control de abusividad de la adecuación del precio en la medida en que este esté fijado de forma transparente y (ii) que, por mor de la normativa bancaria aplicable (antes citada), la cláusula de comisión de apertura podía considerarse como transparente *per se* a los efectos del citado artículo 4, apartado 2 de la Directiva.

123. Ahora bien, tal y como se ha explicado anteriormente, la Comisión opina que ambas premisas son incorrectas desde el punto de vista de la Directiva 93/13.

³⁹ Ibidem, apartado 58.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, el punto 17 del Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo, nº 44/2019, de 23 de enero de 2019, antes citada.

124. En cualquier caso, incluso asumiendo que la comisión de apertura deba reputarse como un componente sustancial del precio del préstamo,⁴¹ al no haberse transpuesto el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, nada impide que el juez nacional pueda examinar la abusividad de dicha cláusula a la luz de lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1 y 4, apartado 1 de la Directiva. Es más, la Comisión mantiene que aun cuando formara parte del precio total del préstamo, en la medida en que dicha comisión es objeto de una cláusula diferenciada y con entidad propia dentro del contrato, esta puede y debe ser examinada de forma individual y diferenciada.
125. En este sentido, incumbe únicamente a los jueces nacionales, teniendo en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia, pronunciarse sobre la calificación concreta de la cláusula contractual específica en función de las circunstancias propias del caso.⁴² Es decir, empleando los términos del artículo 3, apartado 1 de la Directiva, corresponderá a los jueces nacionales valorar si dicha cláusula genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento de los consumidores y contrario a la buena fe.
126. Para ello, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una serie de pautas en su jurisprudencia.
127. Así, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido (si las hubiera). Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si – y, en su caso, en qué medida – el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de

⁴¹ Véase el punto 21 del Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo, nº 44/2019, de 23 de enero de 2019, antes citada.

⁴² Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11, *Aziz*, EU:C:2013:164, apartado 66.

que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.⁴³

128. Cabe añadir que un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.⁴⁴

129. En este sentido, el juez nacional podría, por ejemplo, comparar el contenido y los conceptos cubiertos por la cláusula controvertida con los que se recogen en la citada norma tercera, apartado 1-bis-1º, de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre que prevé este tipo de cláusulas para determinar si la cláusula en cuestión pone al consumidor en una situación más gravosa que en la que se encontraría de aplicarse la normativa legal.

130. En ausencia de normas aplicables en Derecho nacional para el caso de que no existiera acuerdo entre las partes o si esas normas no son lo suficientemente precisas como para permitir una comparación apropiada, el juez nacional podrá determinar también si existe un desequilibrio importante en detrimento del consumidor comparando el contenido y coste de la comisión de apertura con otras cláusulas del mismo tipo aplicadas en el mercado en el marco de contratos de préstamos hipotecarios similares en la fecha en que se celebró el contrato controvertido.⁴⁵

131. Por otra parte, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando

⁴³ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Aziz*, antes citada, apartado 68.

⁴⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2014 en el asunto C-226/12, *Constructora Principado*, EU:C:2014:10, apartado 23.

⁴⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Banco Primus*, antes citada, apartado 67 segundo guion.

de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.⁴⁶

132. En otras palabras, el juez nacional deberá analizar si cabría esperar razonablemente que un consumidor hubiera aceptado pagar el importe de la comisión de apertura en contraprestación por los servicios prestados (es decir, los “gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo”) o si, teniendo en cuenta la totalidad del precio del contrato, ese consumidor hubiera aceptado que parte del mismo respondiera a los servicios y conceptos cubiertos por la citada cláusula.

133. Ahora bien, como ya hemos indicado, este tipo de análisis se refiere a uno de los gastos del contrato que incide sobre el precio global del negocio celebrado. Para evitar interferir de manera indebida sobre el mecanismo de formación de los precios en el mercado, y por ende sobre el correcto funcionamiento del mercado interno, la Comisión opina que una intervención del juez nacional debería limitarse a aquellos casos en los que exista una desproporción manifiesta entre el montante de la comisión de apertura y los costes administrativos “liminares” a los que se refiere, o con respecto al coste total del contrato.

134. En este sentido y finalmente, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.⁴⁷

135. Por todo lo expuesto, la Comisión respetuosamente propone al Tribunal de Justicia que conteste a las preguntas 7) a 11) del asunto C-224/19 que:

- 1) En la medida en que un Estado miembro ha decidido no incorporar el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico nacional, los jueces nacionales de dicho Estado miembro pueden apreciar, en el marco de

⁴⁶ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Aziz*, antes citada, apartado 69.

⁴⁷ *Ibidem*, apartado 71.

un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula cumpla con las exigencias de transparencia formal y material. En cambio, a falta de transposición de dicha disposición, la Directiva 93/13 se opone a una situación en la que, en las mismas circunstancias, un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro limitara su análisis de una cláusula que conformara un elemento esencial del contrato al control de transparencia previsto en el citado precepto, sin realizar un examen completo de abusividad, de conformidad con el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13;

- 2) Los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que le corresponde al juez nacional valorar, a la luz de los elementos de hecho pertinentes y, en particular, la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo y a la vista del tipo de contrato de que se trataba si un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz podía entender el coste económico, el contenido y funcionamiento concreto y la interacción de la cláusula estableciendo la comisión de apertura con el resto del clausulado del contrato;

Dicho examen deberá realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato;

- 3) En particular, en circunstancias como las del asunto principal, en las que un análisis de la abusividad del precio y del objeto principal del contrato es posible al no haberse incorporado al Derecho nacional el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la cláusula controvertida, relativa a la comisión de apertura, podrá considerarse abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva si el juez nacional considera, a luz de las circunstancias del asunto, que existe una desproporción manifiesta entre el montante de dicha

cláusula y los conceptos a los que se refiere, o con respecto al coste total del contrato.

V.4 Respeto de la pregunta 13 del asunto C-224/19

136. Debido a la estrecha relación existente entre la pregunta 13 del asunto C-224/19 y las que han sido hasta ahora contestadas, la Comisión considera conveniente dar respuesta a esta en primer lugar y abordar por último la pregunta 12 referente a las costas judiciales.
137. Mediante su pregunta 13, lo que el juez nacional desea saber, en esencia, no es tanto si los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad pueden ser limitados en el tiempo o si la existencia de plazos de prescripción en el ejercicio de las acciones son compatibles, como tales, con la Directiva 93/13 y el Derecho de la Unión (cuestiones ambas ya zanjadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Gutiérrez Naranjo*⁴⁸: la primera en sentido negativo – apartado 73 – y la segunda en sentido positivo – apartado 70-), sino si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, leídos a la luz del principio de efectividad, se oponen al hecho de que, en España, la acción por la que se hacen valer los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad está sometida al plazo de prescripción de 5 años.
138. Con carácter previo al análisis de dicho régimen de prescripción, la Comisión desea aclarar que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴⁹ redujo el plazo general de prescripción de las acciones personales de 15 a 5 años mediante la modificación del artículo 1964 del Código Civil español. Dicha Ley entró en vigor el 7 de octubre de 2015 y preveía un régimen transitorio aplicable a las acciones nacidas antes de la entrada en vigor de dicha ley consistente en que a estas se les seguiría aplicando el plazo de prescripción de 15 años, pero con la limitación de que, transcurridos 5 años desde

⁴⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Gutiérrez Naranjo*, antes citada.

⁴⁹ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

la entrada en vigor de la nueva normativa, dichas acciones se considerarán prescritas si no hubieran prescrito todavía.

139. Con lo que respecta al análisis del plazo de prescripción, como punto de partida, cabe recordar que en la medida en que la Directiva 93/13 no armoniza la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, ni los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, 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 no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Derecho de la Unión (principio de efectividad).⁵⁰

140. Nada en el presente asunto indica que pueda existir un problema desde el punto de vista del principio de equivalencia.

141. En el ámbito concreto de la efectividad, el Tribunal ha subrayado además que tales procedimientos deben garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁵¹

142. Así mismo, como también ha declarado la jurisprudencia del Tribunal, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales y que desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema judicial

⁵⁰ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 2016 en el asunto C-49/14, *Finanmadrid EFC*, EU:C:2016:98, apartado 40.

⁵¹ Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2016 en los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, *Sales Simués*, EU:C:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada.

nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.⁵²

143. Pues bien, en este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que efectivamente la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión⁵³. Ese sería el caso también de un plazo “razonable” de prescripción⁵⁴.

144. Por lo tanto, un plazo de prescripción de cinco años como el que se discute en el presente caso, podría parecer, considerado en abstracto, conforme con el principio de efectividad.

145. Sin embargo, en opinión de la Comisión, la cuestión de si un plazo de prescripción de 5 años es, o no, compatible con el principio de efectividad, particularmente en el caso de contratos de préstamo hipotecario como el controvertido, con una duración prolongada en el tiempo (estos préstamos suelen durar, de media, entre 15 y 30 años) no puede analizarse en abstracto, sino que debe analizarse a la luz de la posición que ocupa esa disposición en el ordenamiento nacional y dependerá también de cuándo comienza a correr dicho plazo, es decir, del *dies a quo*.

146. En este sentido, por lo que la Comisión ha podido averiguar, si bien en derecho español el principio general es que los plazos de prescripción para las acciones personales empiezan a correr desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (artículo 1964, apartado 2 del Código Civil) y, en todo caso, desde el día en que pudieron ejercitarse las acciones (artículo 1969 del Código Civil), no parece existir a día de hoy (al menos a conocimiento de la Comisión) una respuesta clara y uniforme de la jurisprudencia sobre cuál debe ser el *dies a quo* de un plazo como el controvertido. En ausencia, pues, de jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto (al menos, de la que tengamos conocimiento), existen actualmente dos corrientes principales en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.

⁵² Véase la sentencia del Tribunal de Justicia *Finanmadrid EFC*, antes citada, apartados 43 y 44 y jurisprudencia allí citada.

⁵³ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 octubre de 2009 en el asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, EU:C:2009:615, apartado 41.

⁵⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia, *Gutiérrez Naranjo*, antes citada, apartado 70.

147. Por un lado, se encontrarían aquellas Audiencias Provinciales partidarias de fijar el *dies a quo* en el momento del pago de la obligación.⁵⁵ Esta corriente jurisprudencial considera que, si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir del momento en el que el consumidor efectuó prestaciones a favor del profesional en virtud de la cláusula abusiva y nula.
148. Por otro lado, se encontrarían aquellas Audiencias Provinciales partidarias de fijar el *dies a quo* en el momento de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva.⁵⁶ Esta corriente argumenta que la acción por la que se solicita la restitución de una cantidad derivada de la declaración de nulidad de una cláusula, no es independiente de esta última, sino consecuencia directa de la misma. Considera además que con anterioridad a la declaración de nulidad no se conoce si la cláusula es nula y, por tanto, la acción restitutoria no se puede ejercer y el plazo de prescripción no puede empezar a computarse.
149. La Comisión se pronunciará brevemente sobre cada una de dichas opciones a la luz del principio de efectividad, si bien corresponde al juez nacional valorar el respeto del principio de efectividad:
150. Respecto de la opción de fijar el *dies a quo* en el momento del pago de la obligación: La Comisión considera que en caso de computarse de tal forma, el plazo de 5 años no sería compatible con el principio de efectividad pues en supuestos de cláusulas como las controvertidas, que se abonan a la firma del contrato (recordemos que el mismo se firmó en el año 2000), ese criterio significaría que la acción resarcitoria estaría ya prescrita en el momento de la declaración de nulidad, con lo que se privaría a la Directiva de su efecto útil. Téngase en cuenta de nuevo, que los contratos de préstamo hipotecarios son contratos de larga duración, por lo que un plazo de 5 años privaría a la Directiva de su efecto útil en la mayoría de casos en que alguna cláusula se declara nula. En definitiva, dicha corriente jurisprudencial incurriría precisamente en una de las

⁵⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 66/2018, de 1 de febrero de 2018, ECLI:ES:APV:2018:1121.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, nº 59/2018, de 21 de febrero de 2018, ECLI: ES:APLO:2018:114.

circunstancias que el principio de efectividad trata de evitar: que el plazo de prescripción empiece a correr para el consumidor sin que este sea consciente del derecho que le asiste en relación con la nulidad de una determinada cláusula.

151. Respecto de la opción de fijar el *dies a quo* en el momento de la declaración de nulidad: en este caso, el plazo de la acción empezaría a correr en el momento en el que se declara la nulidad de la cláusula, disponiendo el consumidor de cinco años desde la fecha de dicha declaración para instar la restitución de las cantidades indebidamente pagadas. Desde el punto de vista de la Comisión, esta interpretación es más coherente con la naturaleza accesoria o instrumental de la acción restitutoria respecto de la acción –principal- declarativa de la nulidad de la cláusula por abusiva, que se ha configurado como imprescriptible en el marco del Derecho español. Efectivamente, a juicio de la Comisión, si la acción restitutoria es una mera consecuencia de la declaración de nulidad, que puede instarse en cualquier momento, parece más coherente considerar que la prescripción de la consecuencia de dicha declaración no pueda empezar a correr antes de que la misma se efectúe.

152. Esta solución nos parece por tanto más coherente con el conjunto de las normas nacionales aplicables, sería respetuosa con el principio de la seguridad jurídica (en la medida en que queda sometida formalmente al instituto de la prescripción) y no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de efectividad.

153. Por todo lo expuesto, la Comisión respetuosamente propone al Tribunal que conteste a la pregunta 13 que los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 no se oponen al hecho de que la acción por la que se hacen valer los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad esté sometida a un plazo de prescripción de 5 años a contar desde la fecha de dicha declaración de nulidad.

V.5 Respecto de la pregunta 12 del asunto C-224/19

154. Mediante su pregunta 12, que la Comisión aborda en último lugar, el juez nacional desea saber, en esencia, si las reglas nacionales sobre costas procesales son compatibles con los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13

(en particular, en lo que respecta al principio de no vinculación de las cláusulas abusivas y al efecto disuasorio de la Directiva) en la medida en que contemplan la posibilidad de no condenar en costas al profesional cuando se estima íntegramente la acción de nulidad ejercitada por un consumidor pero se estima solo parcialmente la acción resarcitoria accesoria a la anterior.

155. Aunque el auto de remisión no lo menciona expresamente, en el ordenamiento español las reglas básicas sobre las costas procesales en los procesos declarativos civiles vienen establecidas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular, en sus apartados 1 y 2 que disponen lo siguiente:

“1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.”

156. En otras palabras, en el ordenamiento procesal español rige actualmente el principio de vencimiento objetivo, según el cual la parte que ve rechazada sus pretensiones debe hacerse cargo de las costas de la parte que ha vencido en juicio. Sin embargo, dicho sistema viene matizado en dos sentidos: por un lado, los tribunales pueden exonerar a la parte vencida del pago de las costas si consideran que el caso “presentaba serias dudas de hecho o de derecho” y por otro, en caso de estimación parcial de una de las partes o de desestimación de las pretensiones de ambas, los tribunales pueden no obstante condenar en costas a una de las partes si concluyen que esta ha “litigado con temeridad”.

157. Pues bien, la Comisión se remite a lo explicado en el marco de la pregunta anterior por lo que se refiere al contenido y alcance del principio de efectividad y al hecho de que para analizar si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del

procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales.

158. Es cierto que, en algunos casos, las normas sobre costas y gastos procesales pueden ser problemáticas desde el punto de vista del principio de efectividad si hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Derecho de la Unión.⁵⁷ Ese sería el caso, por ejemplo, si dichas normas están diseñadas de tal forma que disuaden a los consumidores de ejercitar sus derechos ante los tribunales.

159. Sin embargo, a juicio de la Comisión el criterio del vencimiento tal y como se plasma en el artículo 394 LEC no parece *a priori* particularmente irrazonable ni disuasorio, máxime cuando el propio precepto permite a los jueces nacionales bien exonerar de la condena en costas a consumidores demandados en casos jurídicamente dudosos o bien (y este parece ser el caso que suscita la pregunta prejudicial) imponer las costas a los profesionales si, a pesar de que el consumidor ha visto sus pretensiones estimadas parcialmente, concluyen que estos han litigado con temeridad o mala fe.

160. La Comisión es consciente de que el ejercicio de acciones ante los tribunales conlleva inevitablemente (en mayor o menor medida) un cierto riesgo. En efecto, la estimación total o parcial de las pretensiones puede depender de cuestiones tales como la forma en que se ejerciten las acciones, el contenido de la demanda o incluso la decisión estratégica de basar la pretensión en una u otra doctrina jurisprudencial. Sin embargo, la Comisión cree que dicho riesgo es inherente a la naturaleza del sistema procesal y que la Directiva 93/13 no requiere la eliminación de todo riesgo para los consumidores cuando estos ejercitan sus derechos ante los Tribunales, sino “tan solo” que las normas sobre costas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que dicha Directiva les confiere.

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia, *Banco Español de Crédito*, antes citada, apartados 52 a 54 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2018 en el asunto C-176/17, *Profi Credit Polska*, EU:C:2018:711, apartados 67 y 68.

161. En particular, en lo que concierne un caso como el controvertido, en el que se ejercitan conjuntamente una acción principal declarativa de nulidad de la cláusula y una acción accesoria de resarcimiento, la Directiva 93/13 leída a la luz del principio de efectividad no exige que en todo caso y con independencia de la suerte que corra la acción de resarcimiento, el juez nacional deba condenar en costas al profesional únicamente por hecho de que se declare la nulidad de una o varias cláusulas.
162. Por todo lo expuesto, la Comisión respetuosamente propone al Tribunal que conteste a la pregunta 12 que los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 no se oponen, en principio, a unas normas nacionales sobre costas procesales que, en términos generales, supeditan la condena en costas al profesional a la estimación total de ambas demandas ejercitadas, una declarativa de nulidad de una cláusula abusiva y la otra accesoria resarcitoria de sus efectos en la medida en que la aplicación de tales normas se haga de acuerdo con los principios de efectividad y equivalencia. Incumbe a los jueces nacionales interpretar y aplicar dichas normas de conformidad con los principios de efectividad y equivalencia.

VI. CONCLUSIÓN

163. La Comisión respetuosamente propone al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas del siguiente modo:

Respecto de las preguntas 1 a 6 del asunto C-224/19 y 1 y 2 del asunto C-259/19:

- “1. El artículo 6, apartado 1 de la directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.*
- 2. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional que, una vez declarada nula de pleno de derecho una determinada cláusula y eliminados sus efectos, se limita a interpretar y aplicar únicamente aquellas disposiciones legislativas de aplicación estrictamente imperativa en la situación de hecho y de Derecho en la que se encuentra el consumidor en ausencia de la cláusula declarada nula.*

Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de dicha Directiva se oponen, sin embargo, a cualquier interpretación o aplicación, por parte de los jueces nacionales, de normas que no sean disposiciones legislativas de aplicación estrictamente imperativa en la situación de hecho y de Derecho en la que se encuentra el consumidor en ausencia de la cláusula declarada nula y que tengan por efecto moderar o integrar una cláusula declarada abusiva.”

Respecto de las preguntas 7) a 11) del asunto C-224/19:

- “1. En la medida en que un Estado miembro ha decidido no incorporar el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico nacional, los jueces nacionales de dicho Estado miembro pueden apreciar, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter*

abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula cumpla con las exigencias de transparencia formal y material. En cambio, a falta de transposición de dicha disposición, la Directiva 93/13 se opone a una situación en la que, en las mismas circunstancias, un órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro limitara su análisis de una cláusula que conformara un elemento esencial del contrato al control de transparencia previsto en el citado precepto, sin realizar un examen completo de abusividad, de conformidad con el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13;

2. *Los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que le corresponde al juez nacional valorar, a la luz de los elementos de hecho pertinentes y, en particular, la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo y a la vista del tipo de contrato de que se trataba si un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz podía entender el coste económico, el contenido y funcionamiento concreto y la interacción de la cláusula estableciendo la comisión de apertura con el resto del clausulado del contrato;*

Dicho examen deberá realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato;

3. *En particular, en circunstancias como las del asunto principal, en las que un análisis de la abusividad del precio y del objeto principal del contrato es posible al no haberse incorporado al Derecho nacional el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la cláusula controvertida relativa a la comisión de apertura podrá considerarse abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva si el juez nacional considera, a luz de las circunstancias del asunto, que existe una desproporción manifiesta entre el montante de dicha cláusula y los conceptos a los que se refiere, o con respecto al coste total del contrato.”*

Respecto de la pregunta 13) del asunto C-224/19:

“Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 no se oponen al hecho de que la acción por la que se hacen valer los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad esté sometida a un plazo de prescripción de 5 años a contar desde la fecha de dicha declaración de nulidad.”

Y respecto de la pregunta 12) del asunto C-224/19:

“Los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 no se oponen, en principio, a unas normas nacionales sobre costas procesales que, en términos generales, supeditan la condena en costas al profesional a la estimación total de ambas demandas ejercitadas, una declarativa de nulidad de una cláusula abusiva y la otra accesorio resarcitoria de sus efectos, en la medida en que la aplicación de tales normas se haga de acuerdo con los principios de efectividad y equivalencia. Incumbe a los jueces nacionales interpretar y aplicar dichas normas de conformidad con los principios de efectividad y equivalencia.”

Napoleón RUIZ GARCÍA

Julio BAQUERO CRUZ

Agentes de la Comisión