CLÁUSULA DE GASTOS EN LA STJUE DE 16.7.2020: ¿MÁS GASTOS RESTITUIBLES; EXTENSIÓN DEL PLAZO PARA INSTAR LA RESTITUCIÓN Y CONDENA EN COSTAS SI LA CLÁUSULA SE DECLARA ABUSIVA?*

Alicia Agüero Ortiz**
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de publicación: 24 de julio de 2020

La STJUE de 16.7.2020[1] resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19), relacionadas con la doctrina del Tribunal Supremo según la cual (i) declarada la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios, debe restituirse solo la mitad del gasto de notaría y de gestoría; (ii) la comisión de apertura no está sujeta al control de abusividad ya que es precio (elemento esencial del contrato) y, por ende, incorporada con transparencia al mismo, no puede ser sometida al control de abusividad de conformidad con el art. 4.2 Dir. 93/13/CEE; (iii) el plazo de prescripción de la acción de restitución es el señalado en el art. 1964.II CC, a pesar de que la acción de nulidad radical sea imprescriptible; y (iv) al no estimarse íntegramente las demandas que soliciten la restitución total de estos gastos, pese a declarar abusiva la cláusula, no puede condenarse en costas a la parte demandada.

A modo de avance, la STJUE 16.7.2020 concluye que, respecto a la cláusula de gastos que: (i) la restitución parcial comporta una moderación que se opone a la Dir. 93/13/CEE, de forma que deberá restituirse toda la partida del gasto atribuido al consumidor por la cláusula abusiva y que no le *impusiera* el derecho supletorio[2]; (ii) la limitación del plazo

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato.
** ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-2794-9200; LinkedIn: https://www.linkedin.com/in/alicia-ag%C3%BCero-ortiz-71040880/
[1] ECLI:EU:C:2020:578.
[2] Como venimos sosteniendo de antiguo: AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de

de ejercicio de la acción de restitución se opone a la Dir. 93/13/CEE si comienza en un momento que impida al consumidor obtener dicha restitución o lo haga excesivamente difícil; y (iii) la falta de condena en costas por desestimar parcialmente el alcance de la restitución, se opone al principio de efectividad del Derecho de la UE.

1. Previo: la doctrina del TS respecto la cláusula de gastos

El 23.1.2019 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, dictó cinco sentencias (en concreto, las sentencias 44[3], 46[4],47[5], 48[6] y 49/2019[7]) en las que fijaba doctrina sobre el alcance de la restitución de los gastos de formalización del préstamo hipotecario tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos[8]. Puede accederse a nuestra crítica en "*Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTS 44, 46,47, 48 y 49/2019, de 23 de enero*"[9].

En ellas, el Tribunal Supremo partió de la comprensión de que para determinar qué partidas debían ser restituidas, por corresponder su pago al prestamista, debía estarse al Derecho supletorio, pues ello sería lo que reestableciera al consumidor a la situación en que se encontraría de no haber existido la cláusula de gastos abusiva.

Así pues, declaró que correspondía la restitución del 100% de los gastos de registro, pues la norma octava de (Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que "[l]os derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho (…)". Dado que el único derecho inscribible en el Registro de

---

2015 (gastos, efectos y plazos)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2017, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/gastos.pdf
Asimismo, analizamos a quién consideramos que atribuye cada gasto el derecho supletorio en: "Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2017, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/artics6mz/Nulidad-clausula-de-gastos.pdf; Tal y como defendimos en: "Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE: comisión de apertura y restitución de gastos. Comentario a las SSTS 44, 46,47, 48 y 49/2019, de 23 de enero", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2019, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CEEcomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf

[3] ECLI:ES:TS:2019:102.
[4] ECLI:ES:TS:2019:101.
[5] ECLI:ES:TS:2019:103.
[6] ECLI:ES:TS:2019:104.
[7] ECLI:ES:TS:2019:105.
[8] Postura reiterada en la STS 11.9.2019 (ECLI:ES:TS:2019:2761).
[9] *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, enero 2019, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nuevamente_dando_esquinazo_a_la_Directiva_93_13CEEcomision_de_apertura_y_restitucion_de_gastos.pdf

la Propiedad es la hipoteca (derecho real de garantía) que se inscribe a favor del acreedor, el obligado a su pago por completo era aquél, por completo.

Por lo que respecta a los gastos de notaría, estableció que solo correspondía la restitución del 50% de su importe ya 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 Notarios, dispone que "[l]a obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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*". En este sentido, comprende el TS que prestamista y prestatario son interesados solidarios obligados al pago porque hipoteca y préstamo son inescindibles y a cada uno le interesa cada uno de esos negocios jurídicos conexos. Como puede observarse, el TS salta el primer criterio de distribución del gasto (quien solicite los servicios del notario, que es el prestamista -usualmente a través de la gestoría que contrata-). En nuestra opinión, es patente que esta limitación al 50% comporta una moderación de los efectos de la nulidad en perjuicio del consumidor.

En relación con los gastos de gestoría, nuevamente concluyó que procedía restituir únicamente el 50% del gasto. El TS apeló para ello al art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que solo impone la obligación de las entidades de informar del derecho que asiste al prestatario de elegir de mutuo acuerdo la entidad tasadora y gestoría. Con todo, el TS comprende que esa norma impone la obligación de ponerse de acuerdo en su designación y ello, considera, porque su intervención interesa a ambas partes, por lo que solo procede la restitución del 50% de la partida. De nuevo se produce una evidente moderación pues, ni su intervención beneficia al prestatario sino que solo tiene como finalidad que el prestamista asegure que se produce adecuadamente la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad[10], evitando dejar en manos del prestatario esta gestión para evitar que no concluya tal operación; ni puede vulnerarse el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), como señala MARÍN LÓPEZ[11]. Estas SSTS no se pronunciaban sobre la restitución de los gastos de tasación.

Respecto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, las SSTS 15.3.2018[12] declararon que no cabía restituir importe alguno ya que el sujeto pasivo del impuesto era el prestatario de conformidad con el art. 68 II del Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD, pese a que se opusiera al art. 29 LITP

[10] Véase la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2017.
[11] MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Editorial Reus, Madrid, 2018.
[12] ECLI: ES:TS:2018:848 y ECLI:ES:TS:2018:849.

y AJD siendo manifiestamente contrario al principio de jerarquía normativa (esgrimimos argumentos completos en contra de esta postura en: "*Venceréis, pero no convenceréis: comentario a la STS 148/2018 de 15-3-2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario*"[13]). De hecho, las STS (Sala Tercera) de 16.10.2018, 22.10.2018 y 23.10.2018 declararon nulo el segundo párrafo del artículo 68 "por cuanto que la expresión que contiene ("cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario") es contraria a la ley". Por ende, siendo nulo el precepto, consideramos inaplicable la jurisprudencia del TS (Sala Primera) fijada en sus sentencias de 15.3.2018. Nótese, además, que tras estas sentencias de la Sala Tercera del TS, se modificó el art. 29 TRLITP y AJD aclarando que "[c]uando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista" (modificación operada por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre).

2. Las cuestiones prejudiciales

El Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, remitió un total de 13 completas cuestiones prejudiciales al TJUE que pueden resumirse como sigue:

1) Si es conforme con el art. 6.1 Dir. 93/13/CEE que se moderen los efectos de la nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario;

2) Si es conforme con el art. 6.1 Dir. 93/13/CEE que, declarada nula la cláusula de gastos, se distribuyan estos por mitad entre prestamista y prestatario;

3) Si es conforme con el art. 6.1 Dir. 93/13/CEE que, declarada nula la cláusula de gastos, no se restituya el importe de tasación e impuesto sobre actos jurídicos documentados y si resulta contraria al artículo 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[14];

4) Si es conforme con el art. 6.1 Dir. 93/13/CEE, que declarada nula la cláusula de gastos, se siga imponiendo al consumidor los gastos de modificación o cancelación de la hipoteca;

[13] *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, marzo 2018, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Comentario_a_la_STS_148-2018_de_15-3-2018_sobre_la_abusividad_de_la_repercusion_del_ITP_y_AJD_al_consumidor.pdf

[14] En nuestra opinión, esto es irrelevante ya que no existe norma (pre-LCCI) que imponga a los prestatarios la tasación del inmueble. *Vid*. bibliografía citada en la nota a pie de página 2.

5) Si es conforme con los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE la jurisprudencia que limita la restitución y si sería contraria al efecto disuasorio pretendido por el art. 7.1;

6) Si es válido moderar apelando al interés el prestatario;

7) Si es conforme con el art. 3.1 y 2 Dir. 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que declara que las comisiones de apertura superan automáticamente el control de transparencia, y si ello comporta una inversión de la carga de la prueba;

8) Si es conforme con el art. 3 Dir. 93/13/CEE que el prestamista no deba acreditar la negociación individualizada de la comisión de apertura;

9) Si es conforme con los arts. 3 y 4 de la Dir. 93/13/CEE una jurisprudencia nacional que impide el control de abusividad por comprender que la comisión de apertura es precio y si debe entenderse que esta comisión constituye una retribución accesoria;

10) Si puede invocarse el art. 4.2 cuando no ha sido transpuesto;

11) Si, de conformidad con el art. 3.1 Dir. 93/13/CEE debe considerarse que una comisión de apertura no negociada individualmente en la que el prestamista no pruebe 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) Si, de conformidad con los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE, declarada la abusividad de la cláusula debe condenarse en costas al profesional con independencia de la restitución concreta de cantidades a que la sentencia condene, en el buen entendimiento de que la pretensión principal es la declaración de nulidad de la cláusula y que la restitución de cantidades es solo una pretensión accesoria inherente a la anterior;

13) Si es conforme a los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE que los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula puedan ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical sea imprescriptible.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta remitió dos cuestiones prejudiciales al TJUE, relativas a la cláusula de gastos, que pueden sintetizarse como sigue:

1) Si es conforme con los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias 44 a 49 de 23.01.2019, en las que distribuye los diferentes conceptos que se integran en la cláusula de gastos abusiva, 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) Si es conforme con los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE que el TS 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.

3. El fallo del TJUE

El TJUE agrupa las quince cuestiones prejudiciales en cinco partes: la primera, relativa a la cláusula correspondiente a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca; la segunda, relativa a la cláusula que impone una comisión de apertura; la tercera, relativa al eventual desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de tal cláusula; la cuarta, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva, y la quinta, relativa al régimen nacional de distribución de las costas en el marco de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas. En nuestra exposición, nosotros centraremos en las relativas a la cláusula de gastos.

3.1. Declarada la nulidad de la cláusula de gastos, deben restituirse todos los gastos que el derecho supletorio no imponga al consumidor

El TJUE parte insistiendo en que, declarada abusiva una cláusula, debe ser dejada sin aplicación, por lo que el juez nacional no puede modificar su contenido (moderarla), pues ello limitaría el efecto disuasorio de la Dir. 93/13/CEE (§ 50 y 51). Así pues, debe operarse como si la cláusula nunca hubiera existido, restableciendo al consumidor a la situación de hecho y de Derecho en la que se habría encontrado en su ausencia, lo que ha de comportar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por este (§52 y 53).

Ahora bien, sin apoyo en su jurisprudencia previa -lo que es demostrado por el hecho de que en este apartado no cite ninguna de sus sentencias previas, a diferencia de los anteriores-, considera ahora el TJUE que "el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido *justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos* de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes. Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad *o una parte* de estos gastos, *ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar*" (§54).

En consecuencia, concluyó que es opuesto a los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE que, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, "el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, *salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan*[15] *al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos*" (§55).

El TJUE no hace referencia específica a los gastos de tasación, ni al IAJD, ni a los eventuales gastos futuros de modificación y cancelación.

3.2. El dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución no puede hacer excesivamente difícil al consumidor su obtención

El TJUE comienza reiterando que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (§82). Ahora bien, las condiciones en las que se preste la protección a los consumidores en virtud de la normativa interna, no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (§83). En este sentido, el art. 1964.2 CC que establece un plazo de prescripción para la acción restitutoria parece que, en principio, no se opone a ninguno de los principios señalados, pues el TJUE ya había declarado conformes al principio de efectividad plazos de dos y tres años (§86, 87).

No obstante, si el plazo comienza a correr a partir de la conclusión del contrato (en la interpretación que realiza del art. 1969 CC), sí puede verse vulnerado el principio de efectivad, pues bien puede ocurrir que "los consumidores ignoren que una cláusula

[15] En francés: "qui trouveraient à s'appliquer en l'absence de ladite clause *imposent* au consommateur le paiement de la totalité ou d'une partie de ces frais".

incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13" (§90). En consecuencia, "la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —*con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula*—, puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica" (§91).

Así pues, el TJUE respondió que los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE no se oponen a que la acción de restitución quede sometida a un plazo de prescripción, "siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución" (§92).

3.3. Debe condenarse en costas al profesional si se estima la acción de nulidad, con independencia de la suerte que corra la acción de restitución

El TJUE declaró que el hecho de que el art. 394 LEC permita que no se condene en costas totalmente al profesional cuando se estime íntegramente la acción de nulidad, porque se estime parcialmente la acción de restitución, vulnera el principio de efectividad del Derecho de la UE, pues puede disuadir a los consumidores de ejercer sus derechos debido a los costes que implica la acción judicial (§94-98).

Por lo tanto, concluyó que *los arts. 6.1 y 7.1 Dir. 93/13/CEE se oponen "a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo,* dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales".

4. Análisis y conclusiones

4.1. Admisibilidad de la integración de la cláusula declarada nula

Como señala ALFARO ÁGUILA-REAL[16], cabe interpretar que el TJUE ordena la integración de la cláusula con el derecho dispositivo, pese a haberse opuesto a esta integración reiteradamente en relación con cláusulas accesorias. Así, en su STJUE 14.6.2012 (C-618/10)[17] declaró que el art. 83 TRLGDCU se oponía al art. 6.1 Dir. 93/13/CEE por permitir integrar la cláusula abusiva modificando su contenido (§73), de forma que la cláusula de intereses moratorios anulada no podía ser integrada con el art. 1108 CC. A este respecto, comprendía MARÍN LÓPEZ que, habida cuenta de la imposibilidad de integración, "si el consumidor solicita que se declare judicialmente la nulidad de la cláusula y se condene al prestamista todo lo cobrado por aplicación de esa cláusula, el juez, si reputa la cláusula abusiva, deberá condenar a reintegrar al consumidor todo lo que este abonó al aplicársele dicha cláusula. No cabe aquí recurrir al derecho supletorio pues las cantidades que satisfizo el consumidor le fueron reclamadas con amparo en la cláusula abusiva, y no en el derecho supletorio"[18].

Por nuestra parte, entendimos que debía proceder la restitución "de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario"[19] y así, analizamos qué gastos correspondía abonar al consumidor de conformidad con el derecho supletorio[20], concluyendo que solo venía obligado a abonar las copias simples que hubiera recibido, así como los gastos notariales y registrales derivados de la cancelación realizada a su solicitud. En realidad, no alcanzábamos esa conclusión por comprender que la nulidad comportara una laguna que debiera ser colmada con el derecho supletorio, sino por entender que la causa de la nulidad se fundaba en la atribución al consumidor de gastos propios del empresario (art. 89.3 TRLGDCU), en la imposición de servicios accesorios no solicitados (art. 89.4 TRLGDCU), o en la imposición de incrementos de precio por servicios accesorios que no respondían a prestaciones adicionales susceptibles de ser

[16] ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto", *Derecho Mercantil España*, disponible en: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html?m=1

[17] ECLI:EU:C:2012:349.

[18] MARÍN LÓPEZ, M.J.: *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Editorial Reus, Madrid, 2018, p. 209.

[19] AGÜERO ORTIZ, A.: "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)", *op. cit.*

[20] "Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?", *op. cit.*

aceptadas o rechazadas en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.5 TRLGDCU). De este modo, comprendíamos que no cabía restitución sobre aquellos gastos abonados y que, en virtud de estos preceptos, no pudieran ser reputados abusivos. Ahora bien, con posterioridad, el TJUE también negó que pudiera considerarse parcialmente abusiva una cláusula (STJUE 26.3.2019, C-70/17 y C-179/17)[21], por lo que, en rigor, tras esta sentencia la única postura ya posible era la apuntada por MARÍN LÓPEZ: la restitución de todos los importes abonados en aplicación de la cláusula abusiva. Por lo tanto, como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, cabe entender que el TJUE está aceptando la integración con el derecho supletorio pese a que no utilice este concepto al afirmar que "el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido *justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional* que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes". Desconocemos si esta integración comportará un cambio jurisprudencial al respecto, o si resulta meramente ocasional, aunque cabría esperar un cambio de postura pues la cuestión prejudicial segunda del JPI de Ceuta cuestionaba específicamente sobre ello.

Ahora bien, lo que consideramos que no apoya el TJUE es la moderación realizada por el TS al considerar que el prestatario debe soportar el 50% de los gastos de notaría y de gestoría por su interés en la concesión del préstamo. En particular, ello fue cuestionado en la segunda cuestión prejudicial del JPI n.º 17 de Palma de Mallorca y fue resuelta indicando que solo podría procederse de este modo si el derecho supletorio *impusiese* al consumidor esa parte de los gastos (§52-55), lo que comprendemos que no sucede como expondremos en el punto siguiente.

También debe advertirse que el TJUE indica que deben restituirse los importes abonados que no fueran *impuestos* por el derecho supletorio al consumidor, lo que se aparta de las SSTS 23.1.2020 que toman en consideración los gastos asignados al prestamista por el derecho supletorio (ordenando la restitución íntegra solo de los gastos "cuyo pago corresponde por completo al prestamista" y moderando el resto).

4.2. ¿Qué gastos deben restituirse tras la STJUE 16.7.2020 por no ser impuestos por el derecho supletorio al prestatario?

Como hemos apuntado, en un trabajo anterior analizamos la distribución de los gastos que efectúa el derecho supletorio[22], por lo que aquí nos centraremos en los elementos

[21] ECLI:EU:C:2019:250.
[22] "Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?", *op. cit.*

esenciales, más controvertidos y novedosos (ej. IAJD). Pues bien, de conformidad con la STJUE 16.7.2020, dado que la normativa supletoria *no impone* la asunción de estos gastos al consumidor, procede la restitución de:

1) El impuesto de actos jurídicos documentados, no solo por los argumentos esgrimidos previamente[23], sino también, y ahora sin lugar a dudas, porque las STS (Sala Tercera) de 16.10.2018, 22.10.2018 y 23.10.2018 han declarado nulo el segundo párrafo del artículo 68 "por cuanto que la expresión que contiene ("cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario") *es contraria a la ley*". Por tanto, de conformidad con el art. 29 TRITP y AJD y el art. 68 del RITP y AJD "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan", siendo así que el adquirente del derecho (hipoteca) es el acreedor garantizado (de suerte que la afirmación contraria fue justamente la que provocó la declaración de nulidad del párrafo 2º del art. 68 RITP y AJD). Y, en todo caso, en los préstamos concedidos tras el 10.11.2018 en que entró en vigor el Real Decreto-ley 17/2018 que modificó el art. 29 TRLITP y AJD aclarando que "[c]uando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista" (lo que es conforme con el art. 14.1.iv de la LCCI, en vigor desde el 16.6.2019).

2) Los gastos de registro: sobre este extremo no existe controversia ni modificación por la LCCI (art. 14.1.iii).

3) Los gastos notariales excepción hecha a las copias simples recibidas por el prestatario: la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone que "[l]a obligación de pago de los derechos corresponderá a los que *hubieren requerido la prestación de las 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". Insistimos en considerar que el derecho supletorio no impone el gasto al prestatario, ni siquiera al 50%, por los siguientes motivos: (i) el primer obligado es aquel que requiera la intervención del notario y, como regla

[23] AGÜERO ORTIZ, A.: "Efectos y Alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación" *op. cit.*; "Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos)" *op. cit.*, Nulidad cláusula de gastos II: ¿a quién corresponde cada gasto en virtud del derecho supletorio?" *ibid*.., y en "*Venceréis, pero no convenceréis: comentario a la STS 148/2018 de 15-3-2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario*", *op. cit.*

general, la prestación de los servicios del notario es requerida por la entidad de crédito, quien remite la minuta (art. 147 RN) y facilita información al prestatario sobre sus datos, cita para la firma, etc.; (ii) el interesado según las normas sustantivas y fiscales (y no coloquialmente, como entiende el TS) es el acreedor garantizado pues es a quien interesa el otorgamiento de la escritura pública como requisito ineludible para la inscripción de su derecho hipotecario en el Registro de la Propiedad y, así, para válida constitución del mismo (art. 145 LH, 1875 CC, 130 LH). Lo que se sigue también del hecho de que el art. 233 RN que "[a] los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera *título ejecutivo aquella copia que el interesado* solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el *notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió*". Dado que la copia con carácter ejecutivo es la primera copia respecto a la que el acreedor pide que se emita con dicho carácter, y que esta es pedida y recibida por el prestamista por ser el "interesado" en los propios términos de la LN y RN (que es quien necesita el título ejecutivo para ejecutar la hipoteca llegado el caso, lo que además es fácilmente verificable pues debe constar al pie o margen de la matriz quién fuera "el interesado que la solicitó", arts. 17.1.IV LN y 244.I RN), es evidente que el interesado es el prestamista garantizado; y (iii) incluso cuando aceptáramos que el prestatario es interesado dado que ambos serían responsables solidariamente, es evidente que la cláusula incide "negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causa en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe" (§78 STJUE 16.7.2020) puesto que comporta el efecto de restringir el contenido de sus derechos (§75 STJUE 16.7.2020), a saber, la posibilidad de que el gasto hubiera sido exigido por completo por el prestamista, pues la obligación prevista en la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 es solidaria, no mancomunada.

En los préstamos inmobiliarios suscritos tras el 16.6.2019 el gasto notarial debe repartirse como sigue: el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (art. 14.1.ii de la LCCI). De este modo, si se impusiera una cláusula que trasladara el gasto notarial al completo al consumidor, cabría instar la restitución de todo el importe abonado exceptuando las copias solicitadas por el consumidor, teniendo presente que una ha de entregarse de forma gratuita (DA 8ª LCCI).

4) Los gastos de gestoría: hasta la entrada en vigor de la LCCI no existía norma alguna que distribuyera el gasto de gestoría por lo que, en los préstamos

concedidos previamente, deberá restituirse el 100% de la cantidad abonada[24]. Como señalamos más arriba, por más que el TS se base en el párrafo segundo del art. 40 de Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios[25], el precepto no se refiere en absoluto a la atribución del gasto sino a la información que debe facilitarse al prestatario. Tampoco lo hacen la Circular 1989 completada por la Orden 1994[26], ni la Circular 1990 en su redacción dada por la Circular 3/2001[27] que las desarrolla, ni la Orden 2899/2011 y Circular 5/2012 (antes de su modificación por la Circular 482/2019), pues del mismo modo se limitaban a indicar que las fichas (FIPER y FIPRE) debían informar de los gastos preparatorios que se atribuyeran al prestatario[28] que se califican precisamente

[24] En contra, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA quien considera que el TJUE confirma la postura del TS, en "Los gastos de la hipoteca tras la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020" Hay Derecho, julio 2020, disponible en: https://hayderecho.expansion.com/2020/07/20/los-gastos-de-la-hipoteca-tras-la-sentencia-del-tjue-de-16-de-julio-de-2020/

[25] "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 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".

[26] Su art. 4.3 "gastos y servicios accesorios" se limita a establecer que "El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse". Nuevamente, la Orden no impone gasto alguno al prestatario, sino que se limita a imponer que la entidad incluya el gasto en el folleto informativo si lo va a atribuir al prestatario, ejemplificando el supuesto con el gasto de tasación. Se trata de una norma que impone una obligación informativa al prestamista, nada más.

[27] Cuyo Anexo VII contiene el modelo de folleto informativo de los préstamos hipotecarios, estableciendo que su apartado 5 "gastos a cargo del prestatario" deberá informar sobre "De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, se hará constar, expresamente, *el derecho que asiste al cliente de proponer, y elegir de mutuo acuerdo con el 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. Igualmente se hará constar que para la designación del Notario ante el que se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública, se estará a lo dispuesto en la legislación notarial". Como puede apreciarse, que un folleto haya de informar de los gastos que se pretende atribuir al prestatario, en su caso, y del consecuente derecho que tiene a elegir otros profesionales, no constituye norma que imponga al prestatario gasto alguno.

[28] *Vid*. Secc. 4 FIPRE Anexo I: "En esta sección se incluirán todos aquellos productos o servicios que han de ser contratados conjuntamente con el préstamo para poder obtenerlo en las condiciones ofrecidas. También se incluirán cualquier requisito que habrá de cumplirse para obtener el préstamo en las condiciones indicadas, tales como ser menor de una determinada edad o pertenecer a un determinado grupo de la población.

como "vinculaciones" y que la FIPER/Oferta vinculante (apartado 7) introduce como sigue: "Si desea beneficiarse de las condiciones del préstamo descritas en la presente ficha, debe cumplir las obligaciones que, a continuación, se indican…" Por tanto, el derecho supletorio no impone este gasto al consumidor y, por ello, debe ser restituido. Por su parte, el art. 14.1.i de la LCCI impone el gasto de gestoría al prestamista.

5) Los gastos de tasación: como sucediera en relación con el gasto de gestoría, no existía norma alguna pre-LCCI que impusiera el gasto de tasación al consumidor. Resultan de aplicación los preceptos señalados en el punto anterior, así como específicamente el art. 4.1 de la Orden 1994 según el cual "[c]uando la entidad concierte o efectúe la tasación del inmueble u otro servicio que considere necesario, *y dicho gasto sea por cuenta del cliente*, deberá indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto"; así como su art. 4.2.: "[c]uando la entidad de crédito concierte o efectúe directamente la tasación del inmueble *pero tales gastos sean a cargo del solicitante,* la entidad de crédito deberá entregar a éste copia del informe de tasación si la operación llega a formalizarse, o el original de dicho informe, en caso contrario". Es patente que la decisión de atribuir el gasto al cliente es del prestamista, esta norma no impone, en modo alguno, el gasto al prestatario, como tampoco lo hacen el art. 4.3 Orden 1994, ni el art. 40 RDL 6/2000, ni el Anexo VII de la Orden 1990 modificada por la Circular 3/2001, que tan solo recoge el eventual contenido del folleto hipotecario. por lo que esta partida también ha de ser restituida íntegramente. Por lo que respecta a la Orden 2899/2011, como señalamos en el punto anterior, se limita a exigir que se informe de los gastos que se atribuyan al prestatario en las correspondientes fichas, sin imponer legalmente ninguno a este. Ahora bien, en

---

2. También se indicarán los gastos preparatorios de la operación, tales como comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse.
En particular, deberá indicarse si resulta exigible la tasación del inmueble y a cargo de quién serán los gastos de la misma. También se indicará que la entidad está obligada a aceptar cualquier tasación aportada por el cliente, siempre que esté certificada por un tasador homologado y no haya caducado, no pudiendo cargar ningún gasto adicional por las comprobaciones que, en su caso, realice sobre dicha tasación.
3. En los préstamos cuya finalidad sea la adquisición de vivienda deberá hacerse constar el derecho que asiste al cliente para designar, de mutuo acuerdo con la entidad de crédito, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación (gestoría), así como de la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad exija para la formalización del préstamo".
Así como la Secc. 7 de la FIPER (Anexo II): "En esta sección, la entidad indicará las *vinculaciones pertinentes, tales como la obligatoriedad de contratar cualquier servicio con la misma entidad o con otra. Por cada obligación, la entidad especificará frente a quién se asume y en qué plazo debe satisfacerse*.
2. La entidad enumerará también cada *coste por categoría, indicando su importe, a quién ha de abonarse y en qué momento*. Si se desconoce el importe, la entidad facilitará una posible horquilla o indicará cómo va a calcularse".

los préstamos concertados tras el 16.6.2019 el prestatario sí viene obligado a asumir este gasto (art. 14.1.i de la LCCI).

Ahora bien, respecto a los gastos de cancelación, no procederá restitución si se hubiera producido, ni cabrá eximir del pago al consumidor (habida cuenta de la integración avalada por el TJUE), puesto que el consumidor es solicitante, interesado y beneficiario de la inscripción (art. 63 RN en relación con la norma sexta del Anexo II RDAN; y art. 19 bis 6ª LH en relación con la norma octava del Anexo II del RDAR). Ahora bien, no se podrá exigir importe alguno, o cabrá restitución de haberse abonado, respecto a los gastos de desplazamiento, de certificado de deuda cero, y de gastos de gestoría o de preparación de documentación. Las mismas conclusiones cabe alcanzar respecto a los gastos de modificación, solo cuando esta fuera interesada por el prestamista cabrá instar su restitución u oponer la inexigibilidad del pago.

4.3. ¿Cuándo cabe comprender que tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula? ¿Cuál debe ser el dies a quo de la acción de restitución?

El TJUE declara que "un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato -con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula-" vulnera el principio de efectividad del Derecho de la UE.

Por lo tanto, el *dies a quo* de la acción de restitución, no puede ser el momento de conclusión del contrato, sino un momento en el que el consumidor pudiera tener razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula. Ello no es esencialmente contrario a la jurisprudencia del TS pues, como señala MARÍN LÓPEZ[29], el TS exige para el nacimiento de la acción "(i) que exista posibilidad jurídica de ejercitar la pretensión, esto es, que la pretensión haya nacido y que sea ejercitable; (ii) que el acreedor tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, esto es, que no concurra una circunstancia (fuerza mayor) que le impida reclamar; y (iii) que el acreedor conozca o debiera haber conocido si hubiera actuado con la diligencia debida, los *hechos* que fundamenta la pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar"[30]. Dado que el conocimiento que exige el TS es de

[29] *Op. cit.* pág. 263.
[30] Con referencia a las SSTS 11.12.2012 (RJ 2013); 21.6.2013 (RJ 8079); 2.12.2013 (RJ 7832); y 14.1.2014 (RJ 1).

hechos y no de derechos, concluye el autor que el *dies a quo* de la acción de restitución debería ser el día que el consumidor recibe las facturas de los pagos efectuados[31] y rechaza que deba comprenderse que el *dies a quo* es la publicación de la STS 23.12.2015[32] (21.1.2016)[33].

Pues bien, cabe comprender que el TJUE introduce una novedad respecto a la jurisprudencia del TS, pues parece que no exige solo un conocimiento de los hechos, sino también del derecho a reclamar al requerir la toma en consideración del momento en que el consumidor pudo tener razonablemente conocimiento de la abusividad de la cláusula. De este modo, se da cabida a la interpretación de que el *dies a quo* de la acción ha de ser la fecha de publicación de la STS 23.12.2015, esto es, el 21.1.2016 para los préstamos suscritos con anterioridad a ella, y la fecha de recepción de las facturas en caso de préstamos suscritos con posterioridad[34].

4.4. Condena en costas: ¿nuevos acuerdos extrajudiciales?

Si hay algo relevante por incuestionable en la STJUE 16.7.2020 es que declara contrario al principio de efectividad del derecho de la UE condicionar el resultado de la distribución de las costas únicamente a restitución que se ordene, habiendo estimada íntegramente la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos (§98 y 99). Por lo tanto, declarada abusiva la cláusula de gastos, deberá condenarse en costas a la entidad prestamista, incluso cuando no se ordene la restitución de todos los importes reclamados (siempre que no se acumule la acción de nulidad siendo estas pretensiones desestimadas).

Esto constituye un revés para las entidades de crédito por lo que, cabe esperar, que tiendan a tratar de alcanzar acuerdos extrajudiciales con los clientes cuyos procesos estén pendientes o que cuyas reclamaciones extrajudiciales estén pendientes de resolver o se presenten tras esta STJUE. En estos acuerdos podría proponerse la devolución parcial de los gastos siguiendo o no las partidas resarcibles de conformidad con la jurisprudencia del TS y, con gran probabilidad, sin seguir el criterio de imposición normativa fijado por el TJUE (que comprendemos, habría de comportar la restitución de los gastos señalados en el apartado 4.2. de este trabajo).

[31] *Op. cit.* pág. 267.
[32] RJ 5714.
[33] *Op. cit.* pág. 266.
[34] Como sostuvo con anterioridad MARÍN LÓPEZ, M. J.: "La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y la acción de restitución de los gastos abonados", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 22/2017.

Por tanto, los consumidores deberán ser especialmente atentos y perspicaces si un acuerdo de este tipo les fuera ofrecido o fuera acordado y, también, los prestamistas deberán tomar en consideración los requisitos establecidos en la STJUE 9.7.2020[35], esto es, deberán asegurarse de informar de la abusividad de la cláusula y de los datos necesarios para que el consumidor pueda calcular el importe a cuya restitución habría tenido derecho (que es, al menos y hasta el momento, el derivado de los gastos restituibles de conformidad con las SSTS de 23.1.2019).

[35] C-452/18; ECLI:EU:C:2020:536. Que comentamos en AGÜERO ORTIZ, A.: "STJUE de 9.7.2020 sobre los acuerdos novatorios en cláusulas suelo: pocas novedades en el horizonte", *Centro de Estudios de Consumo*, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_9.7.2020_sobre_los_acuerdos_novatorios_en_clausulas_suelo-pocas_novedades_en_el_horizonte.pdf