



**La declaración de nulidad y los efectos restitutorios de la
cláusula de gastos hipotecarios: un estudio de la evolución
jurisprudencial**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^a. Cristina Escribano Uriarte

Dirigido por:

D. Fernando Díaz Vales

Alcalá de Henares, a 11 de enero de 2021

RESUMEN

La Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 23 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5618) – en adelante, STS 705/2015, de 23 de diciembre – declara, por primera vez, el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario en la que la entidad bancaria imponía al consumidor asumir el pago íntegro de los gastos y tributos derivados de la formalización del préstamo. A partir de dicho precedente, han sido numerosas las resoluciones que han declarado la nulidad de estas cláusulas de gastos en los contratos de préstamo hipotecario.

El propósito este Trabajo de Fin de Máster se fundamenta en el análisis de la evolución que ha experimentado la jurisprudencia a raíz de dicho pronunciamiento hasta la actualidad, dada la interpretación heterogénea existente en relación con el carácter abusivo de cada una de las partidas de gastos, así como de las consecuencias prácticas de la declaración de nulidad de la misma, especialmente en relación con la naturaleza restitutoria, con el fin de elaborar una comparativa entre las diferentes posturas.

ABSTRACT

For the first time, the Spanish Supreme Court Judgment 705/2015 (Civil Chamber, Full Section), December 23th, 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5618) – hereafter, STS 705/2015, December 23th – declares the unfairness of a contractual term of a mortgage loan contract. According to that term the bank imposed on the consumer the assumption of the full payment of all the expenses and taxes derived from the formalization of the loan. As of the date, there have been numerous resolutions that have declared the nullity of these expense clauses in mortgage loan contracts.

In order to develop a comparison between the different judicial postures, the purpose of this Master's Degree Final Project is focused on the analysis of the evolution of the jurisprudence has undergone as a result of this judgment, given the heterogeneous interpretation existing in connection with the abusive nature of each one of the expenditure items and the practical consequences of the declaration of nullity of this term, especially in reference to their restorative nature.

Palabras clave: préstamo hipotecario, cláusula abusiva, gastos hipotecarios, acción de nulidad, condiciones generales de contratación, contratación con consumidores, cláusula de gastos, prescripción.

Keywords: mortgage loan, abusive clause, mortgage expenses, nullity action, general terms and conditions, consumer contracts, expenses clause, prescription.

ÍNDICE

Capítulo I. Introducción: delimitación del objeto de estudio. Naturaleza y características de los contratos de préstamo hipotecario.....	6
1. El préstamo hipotecario como contrato de adhesión con condiciones generales.....	6
2. El préstamo hipotecario como contrato celebrado con consumidor.....	9
Capítulo II. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015: declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.	11
1. Carácter abusivo de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios: control de abusividad configurado como control de legalidad.....	11
2. Las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho.	15
2.1 Antecedentes y desarrollo del litigio.....	15
2.2 Examen y pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto de la declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios.....	16
Capítulo III. Consecuencias jurídicas y económicas de la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula de gastos hipotecarios.....	19
1. Alcance de la declaración de nulidad de pleno derecho.....	19
2. Efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de pleno derecho.	21
Capítulo IV. Evolución de la interpretación jurisprudencial y de los efectos restitutorios de las diferentes partidas de gastos	23
1. Gastos de Notaría y Registro.....	23
1.1 Gastos notariales	24
1.2 Gastos registrales.....	27
2. Gastos relativos al proceso extrajudicial y judicial	28
3. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD)	30
4. Gastos de gestoría y tasación	35
Capítulo V. La problemática relativa al régimen de prescripción.	38
1. Prescripción de la acción de nulidad y de la acción de restitución	38
2. Determinación del <i>dies a quo</i> para el cómputo de la prescripción.....	44
Capítulo VI. Otras cuestiones.	47
1. Supuestos de prestatario no consumidor.	47

2. Incidencia en la cuestión de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.....	51
Conclusiones.....	55
Bibliografía	56
Resoluciones judiciales.....	57

ABREVIATURAS:

Apdo.: Apartado.

Art.: Artículo.

BBVA: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Decreto 8 de febrero de 1946: Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado.

Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Disposición Final: DF.

Disposición Transitoria: DT.

CE: Constitución española, de 29 de diciembre de 1978.

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 29/2002, de 30 de diciembre: Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña.

FJ: Fundamento Jurídico.

IAJD: Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

ITPyAJD: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Ley 50/1980, de 8 de octubre: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Ley 26/1984, de 19 de julio: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Ley 7/1998, de 13 de abril: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley 1/2000, de 7 de enero: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 42/2015, de 5 de octubre: Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 5/2019, de 15 de marzo: Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

OCU: Organización de Consumidores y Usuarios.

RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre: 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.

RD 828/1995, de 19 de mayo: Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre: 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.

RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre: Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre se añade un segundo párrafo al art. 29 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJPI: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

SJPII: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

Capítulo I. Introducción: delimitación del objeto de estudio. Naturaleza y características de los contratos de préstamo hipotecario.

El objeto de este Trabajo de Fin de Máster es el estudio de la cláusula de gastos en los contratos de préstamo hipotecario dentro del más amplio marco de la contratación con consumidores, en relación con el análisis de la interpretación jurisprudencial realizada a partir de su declaración de nulidad por abusiva en la STS 705/2015, de 23 de diciembre cuando la entidad bancaria impone mediante la misma el abono íntegro de los gastos de formalización al prestatario, al resultar esta estipulación contraria a la normativa de consumidores, así como a la legislación aplicable a cada una de las partidas de gastos.

A modo de introducción, se aborda el marco jurídico aplicable a los contratos de préstamo hipotecario en cuanto contratos de adhesión con condiciones generales en el ámbito de la contratación con consumidores. Tras realizar un análisis de las consecuencias jurídicas que implicó la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios por la citada sentencia, se abordan una serie de cuestiones que han resultado controvertidas y en las que no existe una postura jurisprudencial uniforme y pacífica. En particular, la interpretación del carácter abusivo de las diferentes partidas; los efectos de su nulidad, donde hay corrientes jurisprudenciales que apuestan por una restitución parcial mientras que otras han optado por la restitución íntegra de los gastos soportados por el consumidor; asimismo se abordan los problemas que ha originado, en la práctica, el cómputo de la prescripción de la acción de nulidad y la acción de restitución de dichos gastos.

Por último, se examinan otros aspectos como el tratamiento de la abusividad de la cláusula cuando el prestatario no reúne la calificación legal de consumidor, así como los efectos que supuso la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

1. El préstamo hipotecario como contrato de adhesión con condiciones generales.

En la contratación privada, la autonomía de la voluntad de las partes constituye un principio fundamental que les permite determinar y modificar el contenido del contrato como consideren oportuno, siempre y cuando sea conforme a la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 del Código Civil – en adelante, CC-). Sin embargo, este principio de libertad contractual debe ajustarse a ciertas limitaciones previstas en la legislación vigente, por ejemplo, la prohibición de dejar la validez o cumplimiento del contrato al arbitrio de una de ellas (art. 1.256 CC); así como a las características de las partes contratantes y las circunstancias en que se celebra el contrato en cuestión.

Dentro de las diferentes tipologías de contratos privados, el préstamo es aquel acuerdo de voluntades por el que una de las partes entrega a la otra un bien fungible, por ejemplo,

dinero, con la condición de que la otra parte se lo devuelva en la misma especie y cantidad. Puede ser gratuito, aunque también es posible pactar el pago de un interés junto con la devolución de la cantidad entregada (art. 1.740 CC). En el marco de la contratación bancaria, los contratos de préstamo hipotecario son aquellos acuerdos de voluntades celebrados generalmente con una entidad de crédito. En particular, estos contratos forman parte de las operaciones bancarias activas del banco al consistir en contratos de financiación donde la entidad de crédito – prestamista – entrega un capital al prestatario, quien se compromete a restituirlo en el plazo de amortización convenido a través del abono de las cuotas pactadas, así como los intereses que podrán ser fijos o variables según lo establecido en contrato. Y, para garantizar el cumplimiento por parte del prestatario de la obligación de devolución del capital junto con los intereses pactados, se configura con carácter accesorio a esta obligación principal un derecho real de garantía sobre el bien inmueble, la hipoteca regulada en los arts. 104 a 197 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, en adelante Decreto 8 de febrero de 1946.

Debido al crecimiento exponencial que ha experimentado el nivel de consumo, los contratos de préstamo hipotecario se han convertido en la vía más habitual de financiación para la adquisición de viviendas. Esta situación ha provocado que las entidades de crédito elaboren un clausulado “tipo” empleando condiciones generales con el fin de que dicho contenido pueda ser incluido en una pluralidad de contratos. Esta limitación de la autonomía de la voluntad obliga al adherente bien a aceptar las condiciones predispuestas o bien no contratar, sin que exista una verdadera negociación individual previa a la suscripción del contrato, modificándose solamente pequeños aspectos entre unos y otros tales como el capital del préstamo o los plazos de devolución¹. Por esta razón, los contratos de préstamo hipotecario se han convertido en contratos de adhesión con condiciones generales. Los contratos de adhesión han sido definidos por la doctrina como *“todos aquellos en los que existe una previa redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra solo es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”*².

Esta tendencia ha sido reafirmada por la jurisprudencia, al señalar que, con carácter general, la contratación bancaria prescinde en su actividad de la negociación individual optando por la imposición de modelos unitarios que permiten dotar de mayor uniformidad y celeridad a la celebración de sus contratos. Además, el Tribunal Supremo – en adelante, TS – ha señalado que el hecho de que se ofrezcan diferentes alternativas estandarizadas al cliente

¹ S. Del Rey Barba; “La protección de los consumidores, cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios”, en: *Estudios y comentarios: la calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*; Editorial Civitas, S.A., Enero 2019: pp. 1–43.

² L. Díez Picazo; *Introducción a la Teoría del Contrato*, 5º Edición, Civitas, Madrid, 1996: p. 139.

tampoco supone la existencia de una verdadera negociación individual, por lo que dichas cláusulas no pierden por ello su carácter de condición general³.

En consecuencia, el contrato de préstamo con garantía hipotecaria se caracteriza por ser un contrato de adhesión con condiciones generales que no han sido negociadas individualmente cuyo clausulado ha sido impuesto con carácter previo y exclusivamente por la entidad financiera debido a que han sido redactados con la finalidad de ser incorporados a una pluralidad de contratos, con independencia de la persona del prestatario. Por tanto, resulta de aplicación a este tipo de contratos la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación – en adelante, Ley 7/1998, de 13 de abril.

En este modo de contratación, la jurisprudencia ha considerado que no existe libertad contractual en el sentido de la posibilidad para ambas partes de negociar conjuntamente su contenido, sino que en virtud de la situación de preponderancia de una de ellas se encuentran predisuestas unilateralmente⁴. Por su parte, la STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916) establece los requisitos que debe reunir una cláusula a efectos de ser considerada como una condición general de la contratación. En particular, poseer las características de *contractualidad, predisposición, imposición y generalidad*, con independencia de quien las redacte -autoría material-, su apariencia externa, extensión o que el adherente sea consumidor o profesional.

Por otro lado, cabe señalar que aun cuando existan cláusulas que sí se hayan negociado individualmente, no se excluye la aplicación de esta normativa si se considera que constituye un contrato de adhesión en base a una apreciación global de su contenido (art. 1.2 Ley 7/1998, de 13 de abril).

Como contrapartida de la situación de asimetría entre las partes, se establecen unos mecanismos de control relativos a la incorporación, interpretación y contenido del contrato de adhesión⁵. Dentro de estos controles con respecto a la cláusula de gastos hipotecarios cobra especial protagonismo el control de contenido de la cláusula. Con el fin de hacer efectiva dicha protección, la Ley 7/1998, de 13 de abril determina que serán nulas de pleno derecho aquellas condiciones generales que se califiquen como abusivas en los contratos celebrados con consumidores (art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril). En esta línea, el TS ha reiterado el deber de la entidad bancaria de proporcionar a la parte prestataria información suficiente que le permita adoptar la decisión de contratar “*con pleno conocimiento de la*

³ STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916)

⁴ STS 1084/1998, de 13 de noviembre (RJ 1998\8742), FJ Segundo

⁵ S. Del Rey Barba; “La protección de los consumidores, cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios”, en: *Estudios y comentarios: la calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*; Editorial Civitas, S.A., Enero 2019: pp. 1–43.

carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato”, sin que ello implique llevar a cabo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato⁶.

Por todo ello, la calificación de los contratos de préstamo hipotecario como contratos de adhesión con condiciones generales presupone la existencia de una asimetría del poder negociador entre las partes contratantes, puesto que la supremacía que ostenta la entidad bancaria le permite determinar el contenido del contrato bajo sus propias condiciones, teniendo el adherente la alternativa de bien contratar bajo dichas condiciones impuestas o no contratar. Esta situación de desigualdad caracterizada por una ausencia de negociación individual previa a la suscripción del contrato de préstamo tiene como consecuencia la aplicación de los mecanismos de control previstos en la Ley 7/1998, de 13 de abril y, concretamente, en este tipo de cláusulas, el mecanismo de control de contenido de la cláusula.

2. El préstamo hipotecario como contrato celebrado con consumidor.

La situación de asimetría en la que se encuentran los consumidores en el marco contractual en cuanto a su nivel de conocimiento e información demanda la aplicación de un régimen jurídico específico capaz de asegurar de manera efectiva la defensa de sus derechos e intereses. Esta protección especial encuentra su fundamento en el principio constitucional de protección de los consumidores (art. 51 de la Constitución española -en adelante, CE-) donde se encomienda a los poderes públicos el deber de defensa de los consumidores en aras de garantizar la protección de sus legítimos intereses económicos, los cuales son dignos de respeto y protección.

Por tanto, frente a la imposición de pactos o condiciones abusivas resulta procedente la existencia de unos instrumentos de control que garanticen una verdadera protección de los consumidores en todas aquellas instituciones jurídicas en que puedan verse implicados, como puede ser la celebración de contratos de préstamo hipotecario⁷, por ejemplo, mediante la aplicación de controles de transparencia en el procedimiento de contratación. Esta protección se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico español en 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 adelante, RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre – el cual surge con motivo de la trasposición de una serie de Directivas de mínimos en el seno de la Unión Europea – en adelante, UE – con la finalidad de unificar la normativa de los Estados Miembros en relación con los contratos de adhesión, precisamente para evitar la imposición

⁶ STS 215/2018, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1315)

⁷ A. Bercovitz Rodríguez Cano; “El principio de protección de los consumidores”; en *Manuales Universitarios. Apuntes de Derecho Mercantil*; Aranzadi, 2018: p. 3.

de cláusulas abusivas al consumidor⁸, en particular, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en adelante Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril.

Según esta normativa, se entiende por consumidores aquellas personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional, así como aquellas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica cuya actuación se desenvuelve sin ánimo de lucro y en un ámbito diferente a su actividad comercial (art. 3 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). En este sentido, reiterada jurisprudencia ha señalado que lo relevante es examinar la condición legal de consumidor en el momento de recibir la información precontractual y suscribir préstamo, circunstancias que afectan a la prestación del consentimiento, siendo irrelevante si su calificación legal cambia con posterioridad a la suscripción del préstamo ya que lo importante es su cualidad de consumidor en el momento de su celebración⁹.

Por otro lado, se entiende por empresario toda aquella persona física o jurídica, pública o privada, que directamente o a través de otra persona actúe con un propósito relacionado con su oficio o actividad empresarial (art. 4 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

En consecuencia, en los contratos de préstamo hipotecario la entidad bancaria actúa como empresario al suscribir un contrato propio de su actividad comercial y resultará de aplicación esta normativa en aquellos casos en los que el prestatario reúna la noción legal de consumidor.

Así, la aplicación de un régimen jurídico específico para los consumidores y usuarios se ha traducido en una serie de requisitos adicionales para las entidades de crédito en lo referente a la información, publicidad y transparencia de las operaciones celebradas con aquellos clientes que actúan como consumidores. Con carácter general, para hacer efectivo este estatus de protección se prevén unos derechos básicos de los consumidores encaminados a corregir y paliar las desigualdades con el fin de mantener el equilibrio entre las partes contratantes como son, entre otros, la irrenunciabilidad de sus derechos, es decir, cualquier renuncia previa del consumidor a sus derechos es nula (art. 10 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), o la prohibición de cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de sus derechos (art. 62.2 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Y, en particular, concibe como abusivas todas aquellas cláusulas que no habiéndose negociado individualmente supongan un perjuicio para el consumidor y usuario, en contra de las exigencias de la buena fe, y generen un desequilibrio importante en los derechos y

⁸ M^a Nuria Pina Barrajón; “Guía de estudio para comprender la evolución de la jurisprudencia y la legislación respecto de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario”; en *Diario La Ley* N^o. 9701, Sección Doctrina, septiembre de 2020.

⁹ STS 8/2018, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:8)

obligaciones de las partes (art. 82 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). La consecuencia jurídica de la abusividad de estas estipulaciones conlleva, de acuerdo con esta norma, su nulidad de pleno derecho por lo que se tendrán por no puestas (art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

En conclusión, el préstamo hipotecario constituye un tipo de contrato de adhesión con condiciones generales caracterizado por un clausulado predispuesto, cuyas estipulaciones no han sido negociadas individualmente. Con carácter adicional, en el marco de la contratación con consumidores, debe tenerse en cuenta la situación de asimetría de las partes contratantes derivada de la posición predominante de la entidad de crédito unido a la falta de conocimiento y experiencia del consumidor en el ámbito de la contratación. Por las razones expuestas, resulta pertinente la aplicación de un régimen jurídico de protección especial, especialmente para hacer frente a aquellas situaciones en las que la actuación de la entidad de crédito genera un desequilibrio en la esfera de derechos y obligaciones en contra de las exigencias de la buena fe generando un perjuicio para el consumidor o usuario.

Capítulo II. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015: declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

1. Carácter abusivo de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios: control de abusividad configurado como control de legalidad.

El notable incremento que ha experimentado el fenómeno de la contratación en masa como resultado del crecimiento de la sociedad de consumo ha dado lugar a la utilización generalizada de los contratos de adhesión con condiciones generales en la esfera de la contratación bancaria con consumidores. Dada su naturaleza, este hecho ha supuesto, en algunas ocasiones, la existencia de pactos o condiciones abusivas en este tipo de contratos.

Partiendo de la base de que el consumidor, dadas sus características, constituye la parte contratante débil, es esencial tener en cuenta que estos contratos han sido predispuestos por una de las partes, por lo que no han sido redactados de común acuerdo ni ha habido discusiones preliminares sobre su contenido entre ambos intervinientes, sino que la entidad financiera se convierte en el predisponente del mismo gracias a su situación de preponderancia frente al prestatario-consumidor, lo que origina ante todo ya una situación de asimetría desde un punto de vista contractual.

No obstante, la mera existencia de una condición general, entendida como una disposición predeterminada unilateralmente por una de las partes contratantes con el fin de ser incorporada a una pluralidad de contratos (art. 1 Ley 7/1998, de 13 de abril), no la convierte

automáticamente en una cláusula abusiva¹⁰. Para examinar la abusividad de una condición en la contratación con consumidores es preciso acudir a lo establecido en el cuerpo legal específico en esta materia – RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre – y, en particular, a la regulación establecida en el *Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas*. En virtud de esta norma, para que una cláusula se considere abusiva no basta con que no haya sido objeto de una negociación individual, sino que además debe ir en perjuicio del consumidor o usuario, en contra de las exigencias de la buena fe y, además, debe generar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contratantes (art. 82.1 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Asimismo, para apreciar la abusividad de una cláusula se tienen en cuenta aspectos como la naturaleza de los bienes o servicios objetos del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como el resto de las estipulaciones previstas en el contrato (art. 89.3 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). De este modo, aunque en la contratación bancaria con consumidores resulta habitual la ausencia de información previa y negociación individual entre las partes, por lo que el adherente se limita a aceptar las condiciones predispuestas sin poder incidir en su contenido, ello no implica *per se* que dichas estipulaciones sean abusivas.

En contrapartida la entidad bancaria incumple su deber de información con el consumidor cuando no le comunica las consecuencias –económicas y jurídicas– que supone la aceptación de cada una de estas estipulaciones. En estos procedimientos, se atribuye al empresario –entidad de crédito– la carga de la prueba de demostrar que dicha estipulación sí ha sido objeto de negociación individual entre las partes (art. 82 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). A este respecto, el TS¹¹, ha subrayado que el hecho de que en la parte superior de la cláusula se señale un epígrafe denominado “condiciones particulares” u otros enunciados de carácter estereotipado no excluye la aplicación del control de abusividad en este tipo de cláusulas no negociadas con consumidores. De ahí que, para que se considere que ha existido negociación individual es imprescindible que la entidad bancaria demuestre su existencia debiendo cumplir unos estándares de claridad y precisión en la información la cual debe haber sido suministrada de manera clara y fácilmente comprensible que permita al adherente conocer la “*exacta significación de los términos de las condiciones generales*”. Así, configura esta obligación del profesional como una obligación de naturaleza activa y no de mera disponibilidad, la cual cobra especial relevancia en la contratación bancaria con consumidores ante la confianza que suele depositar el cliente en la entidad debido a su falta de conocimiento experto en este tipo de contratos.

¹⁰ S. Del Rey Barba; “La protección de los consumidores, cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios”, en: *Estudios y comentarios: la calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*; Editorial Civitas, S.A., Enero 2019: pp. 22-24.

¹¹ STS 244/2013, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2589), FJ Sexto y Séptimo en relación con el deber de información de los contratos de inversión.

Así pues, no es suficiente con el solo hecho de que la entidad bancaria informe al consumidor de la existencia de dicho pacto, sino que resulta necesario aplicar unos mecanismos de control de abusividad para poder examinar si cumple los requisitos establecidos con carácter imperativo en la normativa de consumidores donde se analizan aspectos como interpretación de su contenido o la transparencia en su redacción, entre otros.

Para el examen de abusividad de la cláusula, se atribuye al juez la competencia de declarar su abusividad y su nulidad, previa audiencia de las partes (art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Para ello analiza si la estipulación se ajusta a los requisitos previstos legalmente aplicables a las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores, así como la normativa aplicable a los contratos de adhesión. En particular, aplica tres mecanismos de control de abusividad: de incorporación, de contenido y de interpretación de la cláusula.

En relación con el control de incorporación, el contenido de este tipo de contratos debe ser accesible para el consumidor con el fin de que pueda conocer su existencia y contenido con carácter previo a la suscripción del contrato. Con respecto a este mecanismo la DF 8ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario introdujo una modificación en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre señalando de manera expresa que todas aquellas condiciones que se incorporen de manera no transparente en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho (art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

En cuanto al control de contenido, la redacción de este tipo de cláusulas debe caracterizarse por su concreción, claridad y sencillez con el fin de que las consecuencias de su aceptación puedan ser comprendidas por el consumidor (art. 5 Ley 7/1998, de 13 de abril). De esta forma, su contenido debe haber sido redactado conforme a la buena fe y garantizar un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes “*lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*” (art. 80 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). En esta línea, la Ley 7/1998, de 13 de abril establece que no formarán parte del contrato aquellas condiciones en las que el adherente no tuvo la oportunidad real de conocer de modo completo en el momento de celebración del contrato (art. 7 apdo. a Ley 7/1998, de 13 de abril). Así, determina la nulidad de pleno derecho de aquellas estipulaciones que contradigan lo dispuesto en la Ley añadiendo expresamente que serán nulas “*las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con consumidores*” (art. 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril).

En tercer lugar, mediante el control de interpretación, en virtud de la *interpretatio contra proferentem*, se prohíbe que las cláusulas con redacción oscura o ambigua beneficien a quien las redacta, por lo que, en caso de duda prevalecerá aquella interpretación que sea

más favorable para el consumidor (arts. 6 Ley 7/1998, de 13 de abril y 80.2 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

En particular, dado que en los contratos de préstamo hipotecario, prima la contratación por adhesión fundamentalmente se aplica un control de contenido con el objeto de analizar si este es acorde con las disposiciones de carácter imperativo aplicables a este tipo de contratos celebrados con consumidores examinando si genera un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Teniendo en cuenta las circunstancias de contratación puestas de manifiesto, se examina si cláusula de gastos de concertación del préstamo hipotecario reúne las características para ser considerada como una cláusula abusiva. De ahí que, cuando esta disposición repercute de manera íntegra en el consumidor el abono de dichos gastos provoca una ausencia de distribución equitativa de los mismos y, con ello, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

No obstante, además de tener que superar los mecanismos de control señalados, con el fin de garantizar una efectiva protección de los consumidores y evitar en todo caso situarles en una situación de indefensión, la legislación ha configurado adicionalmente una serie de cláusulas que son consideradas abusivas en todo caso (art. 82.4 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Y, a propósito de las cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, como es la cláusula de gastos hipotecarios, se considerarán en todo caso como abusivas: aquellas que impongan al consumidor todos los gastos de documentación y tramitación que correspondan por ley al empresario, especialmente en la compraventa de viviendas; las que obliguen al consumidor a soportar todos los gastos derivados de la preparación del mismo que por su naturaleza correspondan al empresario, así como aquellas cláusulas que obliguen al consumidor al pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3 apdos. a y c RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

La consecuencia jurídica de la existencia de una cláusula abusiva es su sanción por el ordenamiento con la nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, esta se tendrá por no puesta. Aunque su declaración de abusividad no tiene que dar lugar necesariamente a la nulidad íntegra del contrato, sino que, si éste puede subsistir sin la misma continuará siendo obligatorio para las partes contratantes (art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Es decir, la declaración de nulidad de la cláusula de gastos no implica la nulidad íntegra del contrato del préstamo hipotecario, sino que la consecuencia jurídica es que dicha cláusula se tendrá por no puesta.

En definitiva, el carácter imperativo de los requisitos previstos en la contratación con consumidores, unido al hecho de que el consumidor no tiene, en muchas ocasiones, la oportunidad de tener un conocimiento real de la cláusula y sus consecuencias antes de la

celebración del contrato exige el cumplimiento de estos mecanismos de control para este tipo de contratos. En consecuencia, la cláusula de gastos de concertación del préstamo hipotecario –habitualmente la cláusula o condición quinta del contrato– es parte integrante de los contratos de préstamo hipotecario los cuales constituyen contratos de adhesión cuyo clausulado ha sido predispuesto por la entidad de crédito, por tanto, deben cumplir estos requisitos previstos en la contratación con consumidores relativos a las cláusulas no negociadas individualmente.

2. Las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho.

2.1 Antecedentes y desarrollo del litigio.

La STS 705/2015, de 23 de diciembre, examina diversas cuestiones en relación con numerosos contratos de préstamo hipotecario y otros contratos bancarios celebrados con consumidores. En concreto, analiza las cláusulas de contratos de préstamo hipotecario relativas a la transparencia de la cláusula suelo, intereses de demora del préstamo, la obligación del destino profesional o empresarial del bien hipotecado, el vencimiento anticipado del préstamo por impago o incumplimiento del deudor, el carácter abusivo de las condiciones específicas del servicio de contratación telefónica y, en lo que a efectos de este Trabajo interesa, la imputación de los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario al prestatario-consumidor (condición 5ª del contrato de préstamo hipotecario celebrado con la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria – en adelante, BBVA).

Con carácter previo a esta resolución, existían pronunciamientos anteriores del TS relativos a contratos de compraventa de vivienda en los que la jurisprudencia ya había puesto de manifiesto que la repercusión en el consumidor de los gastos de formalización de la escritura, así como la imputación exclusiva de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva que impedía una distribución equitativa de los gastos, generando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y, por tanto, era una estipulación nula¹². La Sala considera que, aunque estas sentencias eran relativas a contratos de compraventa, su doctrina resulta perfectamente trasladable al caso puesto que entiende que la financiación de la vivienda constituye una fase o faceta del proceso de adquisición de esta.

El presente procedimiento se inició mediante la interposición de una demanda por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra el BBVA y el Banco Popular Español, en virtud de la cual se solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarase el carácter abusivo y la nulidad de, entre otras, la condición 5ª relativa a la cláusula de gastos de formalización del préstamo hipotecario de BBVA, teniéndose por no puesta. Asimismo,

¹² STS 550/2000, de 1 de junio (Rec. 2158/1995) y STS 842/2011, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7981)

se instaba la cesación por parte de las entidades de crédito del empleo y difusión de este tipo de condiciones, así como la utilización de cláusulas con efectos similares o análogos a estas con el fin de impedir que se continuase en la utilización de estas en un futuro.

El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de determinadas cláusulas. La resolución fue recurrida en apelación por la OCU, el Ministerio Fiscal, así como los bancos demandados. La sentencia de apelación estimó parcialmente los recursos de la OCU y el Ministerio Fiscal, pero desestimó íntegramente los interpuestos por las entidades bancarias demandadas. Este pronunciamiento pone especial énfasis en la importancia del control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores. En esta línea, considera que la aplicación del principio de *interpretatio contra proferentem* cobra un significado diferente en el ámbito de las acciones colectivas. Mientras que en el ejercicio de una acción individual en relación con una estipulación de redacción ambigua, en virtud de este principio se examina si dicha redacción resulta perjudicial para el adherente, en las acciones colectivas –como ocurre en este procedimiento– se ejerce un control en abstracto, en virtud del cual se entiende que cuando la redacción dudosa de una cláusula pudiera dar lugar a una consecuencia abusiva lo procedente sería su expulsión del tráfico mercantil con el fin de que no pueda seguir produciendo tal efecto¹³.

Disconformes con dicho pronunciamiento, las entidades financieras interponen sendos recursos de casación e infracción procesal ante el TS que dan lugar a la sentencia objeto de análisis.

2.2 Examen y pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto de la declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios.

De los motivos aducidos en los recursos de casación e infracción procesal interpuestos por las entidades de crédito demandadas, cabe centrarse en el recurso de casación interpuesto por BBVA el cual consta de nueve motivos y, en particular, en el motivo séptimo se opone a la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario (condición 5ª del contrato de préstamo hipotecario formalizado con BBVA).

Esta cláusula atribuye con carácter exclusivo al consumidor el abono la totalidad de los gastos y tributos derivados de la formalización del préstamo hipotecario. En concreto, los gastos derivados de la intervención notarial y registral, los tributos que gravan el préstamo hipotecario, concretamente el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados -en adelante, IAJD-, los gastos del seguro de daños, así como los gastos pre-procesales, procesales o de

¹³ SAP de Madrid 242/2013, de 26 de julio (ECLI:ES:APM:2013:12691), FJ Quinto.

otra naturaleza derivados del incumplimiento de la parte prestataria de su obligación de pago, los derechos de procurador y honorarios de abogado de la entidad prestamista aunque su intervención no fuese preceptiva. Con carácter previo al análisis de las diferentes partidas de gastos, el TS tacha ya de *llamativa* la extensión de dicha cláusula.

La base legal sobre la que fundamenta la declaración de abusividad de dicha cláusula se sustenta, principalmente, en el art. 89.3 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre relativo a las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato y, concretamente, aquellas que atribuyen al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario. En virtud de esta norma tendrán la consideración de abusivas en todo caso aquellas estipulaciones que pretendan imponer al consumidor el abono de los gastos derivados de la preparación de la titulación que dada su naturaleza correspondan al empresario, así como el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario (art. 89.3 apdos. a y c RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

En consonancia, considera la Sala que una estipulación como la condición 5ª del contrato de referencia que pretende atribuir al consumidor el pago de la totalidad de los costes derivados de la formalización del préstamo, llegando a suplir en ocasiones el deber que le corresponde al banco e incluso contraviniendo disposiciones legales, se trata una cláusula abusiva de conformidad con la legislación de consumidores y específicamente señala que constituye “*una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas*” teniendo en cuenta el hecho de que la garantía es adoptada en beneficio del prestamista¹⁴.

Asimismo, fundamenta su decisión en que el ordenamiento establece como abusivas en todo caso aquellas cláusulas que pretenden atribuir al consumidor bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3. 4º RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), así como la imposición de penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad y separación (art. 89.3. 5º RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Posteriormente, procede a analizar las diferentes partidas de gastos con el fin de dilucidar si a tenor de lo establecido en la normativa sectorial aplicable a cada una de ellas y las circunstancias concurrentes, resulta abusiva la imposición íntegra de dichos gastos al consumidor.

¹⁴ A. Agüero Ortiz; “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017)” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*; Nº 22/2017: p. 53.

Con respecto a los aranceles notariales y registrales, considera que es la entidad bancaria prestamista quien ostenta el principal interés en la formalización e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, ya que ello le permite ostentar un título ejecutivo, en caso de incumplimiento del deudor (art. 517 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –en adelante, Ley 1/2000, de 7 de enero-) al constituir una garantía real y adquirir con ello la posibilidad de ejecución especial en caso de incumplimiento de la parte prestataria (art. 685 Ley 1/2000, de 7 de enero). Y, a pesar de que la normativa reglamentaria aplicable permite una distribución equitativa de estos gastos, mediante esta condición se han imputado con carácter exclusivo al consumidor lo que origina un desequilibrio relevante teniendo en cuenta, a juicio del Alto Tribunal, que la hipoteca es adoptada en beneficio del prestamista como instrumento garante frente a un posible impago o incumplimiento.

Por lo que se refiere a los tributos que gravan el préstamo y en particular el IAJD, establece la resolución que no es posible que la entidad financiera quede al margen de los tributos que se devenguen con motivo del otorgamiento de la escritura pública, señalando que de conformidad con la legislación aplicable el prestamista es sujeto pasivo del IAJD en lo relativo a la constitución del derecho y, en todo caso, en relación con la expedición de copias, actas o testimonios. Además, la consideración de abusiva de aquella estipulación que impone al consumidor la carga tributaria en los que el sujeto pasivo es el empresario se encuentra expresamente prevista en la legislación de consumidores (art. 89.3 apdo. c RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

En cuanto a la repercusión íntegra en el consumidor de los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento de la parte prestataria de su obligación de pago, dicha disposición contraviene de plano aspectos que se encuentran sujetos a estricta regulación legal, como son la imposición de las costas procesales (arts. 394, 398, 559 y 561 Ley 1/2000, de 7 de enero) en las que se atribuye al juez la competencia de determinar su imposición al dictar sentencia en función de las vicisitudes del procedimiento con sujeción a la citada regulación. Por otra parte, se impone el pago al consumidor de los honorarios de abogado y derechos que procurador de la entidad de crédito, aunque su intervención no resulte preceptiva, estipulación que resulta, también abusiva según la interpretación de la Sala, al exigir al consumidor el abono de unos gastos que ni siquiera tiene la posibilidad de conocer o prever que puedan existir ya que las actuaciones extrajudiciales o judiciales de las que se puede hacer valer la entidad bancaria son múltiples y de diferente índole lo que origina, de igual forma, un grave desequilibrio entre las partes contratantes.

Ahora bien, en lo que concierne a la repercusión de los gastos relativos a la contratación del seguro de daños no se plantea que dicha imposición revista un carácter abusivo o resulte desproporcionada, habida cuenta de que cualquier merma del bien –vivienda hipotecada– afecta de manera directa en la disminución de la garantía. Con lo cual, dicha partida se

deriva de una obligación de la parte prestataria de conservar de manera diligente y adecuada el bien hipotecado a fin de asegurarlo frente a cualesquiera riesgos que pudieran afectarlo. Asimismo, el art. 14 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro –en adelante, Ley 50/1980, de 8 de octubre– señala explícitamente que corresponde al tomador del seguro la obligación de pago de la prima.

Por todas las razones expuestas, mediante la desestimación de los recursos interpuestos por las entidades de crédito, esta Sentencia marca un importante precedente en la interpretación de la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios al tiempo que reafirma la doctrina jurisprudencial que había venido aplicando el TS en relación con el control de abusividad y transparencia aplicable a los contratos de compraventa de vivienda. De este modo, procede a declarar la nulidad por abusiva la cláusula de imputación de gastos al imponer al consumidor todos los gastos derivados de la concertación de préstamo hipotecario en relación con los aranceles notariales y registrales, el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, así como el abono de los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza que se originen por el incumplimiento del prestatario de su obligación de pago, sobre la base de que dicha cláusula origina, a juicio del TS, un grave desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

A partir de este pronunciamiento, se produjo un importante incremento del número de reclamaciones que tenían por objeto la declaración de nulidad de esta con el fin de obtener la restitución de los gastos abonados. No obstante, la evolución jurisprudencial de los años posteriores no ha mantenido un criterio unánime en lo que respecta al carácter abusivo de las diferentes partidas objeto de examen en esta Sentencia, los efectos restitutorios de su declaración de nulidad, así como el régimen de prescripción aplicable para el ejercicio de estas pretensiones. Habida cuenta de que uno de los principales motivos por los que los pronunciamientos posteriores no han estado regidos por un criterio uniforme encuentra su explicación en que lo que declaró la STS 705/2015, de 23 de diciembre fue la nulidad de pleno derecho de esta estipulación, con base en el art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como en las disposiciones previstas en la Ley 7/1998, de 13 de abril. De esta forma, a partir de entonces ha sido necesario abordar las consecuencias de carácter jurídico y económico que se derivan de esta, es decir, cuál es el alcance de la declaración de nulidad y cuáles son los efectos restitutorios que dimanen de esta. Dicha interpretación jurisprudencial será objeto de estudio pormenorizado en los capítulos posteriores.

Capítulo III. Consecuencias jurídicas y económicas de la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula de gastos hipotecarios

1. Alcance de la declaración de nulidad de pleno derecho.

Por lo que respecta al alcance de la declaración de nulidad de pleno derecho de esta cláusula debe tenerse en cuenta una serie de precisiones. En primer lugar, tanto el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre como la Ley 7/1998, de 13 de abril disponen que siempre que pudiera subsistir el contrato sin esta cláusula este continúa siendo obligatorio para ambas partes¹⁵. Por tanto, la declaración de abusividad y consecuente nulidad de pleno derecho lo son en relación con la cláusula no con el contrato de préstamo hipotecario. De lo contrario, la nulidad total del préstamo ocasionaría un verdadero perjuicio para el consumidor al verse obligado, ante una situación de vencimiento anticipado del contrato de préstamo, a devolver la totalidad del capital pendiente de amortización en una sola vez, por lo que el ejercicio de esta acción de nulidad perdería su esencia y finalidad al perjudicar, aún en mayor medida, al prestatario que a la entidad bancaria¹⁶.

Por su parte, la jurisprudencia comunitaria ha matizado el alcance de la facultad del juez de inaplicar dicha cláusula mediante el procedimiento correspondiente, señalando que ello no le permite alterar su contenido, ya que la función del juzgador debe limitarse a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva¹⁷. De no ser así, la facultad de modificar su contenido podría eliminar a largo plazo el efecto disuasorio que produce sobre los profesionales su declaración de nulidad¹⁸. Otra matización realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea – en adelante, TJUE – en cuanto a las consecuencias de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva por el juez es que su supresión implica que debe inaplicarla íntegramente debido a que el estudio de la abusividad debe realizarse en su conjunto, valorando la condición en su integridad¹⁹.

En atención a ello, una vez declarada su nulidad no es posible aplicar con carácter subsidiario un precepto de carácter dispositivo del Derecho nacional, excepto si fuera necesario, en aras de garantizar la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor y con ello evitar a que la declaración de abusividad abocara a la anulación del contrato en su

¹⁵ Art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y art. 10 Ley 7/1998, de 13 de abril.

¹⁶ STS 158/2019, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:773) en relación con la declaración de nulidad de una cláusula multidivisa.

¹⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980); apdo. 57: “*Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma*”.

¹⁸ STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 (ECLI:EU:C:2012:349); STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341) y STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21)

¹⁹ STS 470/2015, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3828); FJ Sexto: “*(...) La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos concertados con consumidores es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos en el Derecho español, en el art. 1.258 del Código Civil (LEG 1889, 27), salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor (...)*”

totalidad²⁰. No obstante, esta situación no se produce con la declaración de nulidad de esta estipulación, por lo que el contrato de préstamo hipotecario continua vigente con la única modificación relativa a la expulsión e inaplicación de esta cláusula.

2. Efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de pleno derecho.

Una vez establecida la extensión y alcance de la declaración de nulidad, procede determinar cuáles son las consecuencias prácticas que dimanen de la expulsión del contrato de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario. Es decir, a falta de una estipulación que lo regule en el contrato, cómo se distribuirá entre las partes el pago de las diferentes partidas derivadas de la formalización del préstamo con garantía hipotecaria.

Sobre este particular, ha llamado la atención al TS el hecho de que en el ordenamiento jurídico español no exista una disposición de índole legal o reglamentaria que regule específicamente cómo se ha de realizar esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor. Cabe matizar que no es posible aplicar la regla general dispuesta en el CC relativa a la devolución de las prestaciones entre las partes tras la declaración de nulidad de una obligación²¹ puesto que en este caso los gastos en los que se ha incurrido derivan de intervenciones de terceros ajenos a la relación jurídica litigiosa y cuyos servicios son necesarios para proceder a la formalización del préstamo, como son la intervención del Notario, la actuación del Registrador de la propiedad, o los servicios del gestor, entre otros. Por lo tanto, lo que desde luego no podría suponer la declaración de abusividad es que estos terceros no perciban lo que les corresponde por la prestación de sus servicios²².

Así, dado que lo que aquí acontece es que la entidad prestamista se ha lucrado de manera indebida al ahorrarse unos gastos que legalmente le correspondía asumir, el Alto Tribunal considera que esta situación guarda una similitud analógica con la figura del enriquecimiento injusto²³. En consecuencia, frente a las ventajas económicas obtenidas de manera injusta e indebida por el profesional surge un derecho de restitución que deberá

²⁰ STJUE 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21)

²¹ Art. 1.303 CC: “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”.

²² STS 44/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102); FJ Sexto: “Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde”.

²³ STS 44/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102); STS 46/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:101); STS 47/2019 de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103); STS 48/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:104) y STS 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:105); todas ellas con referencia a la STS 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4236)

permitir al consumidor que se restablezca la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría de no haber existido esta cláusula abusiva.

Debido a ello, se atribuye a los jueces y tribunales la labor de, una vez declarada la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, valorar, partida por partida, cómo ha de ser, de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la contratación o, en su caso, modificación o cancelación del contrato de préstamo, el reparto de dichos gastos entre el banco y el consumidor. Para ello deberán efectuar una valoración de la normativa aplicable a cada partida de gastos en el momento de celebración del contrato²⁴ a fin de examinar a quién corresponde su abono, sin olvidar que la naturaleza de estos gastos no se refiere al pago de una comisión o interés al banco, sino que hacen referencia a pagos realizados por servicios prestados por terceros ajenos a la relación jurídica en relación con los trámites necesarios para la formalización, modificación o, en su caso, cancelación del préstamo, por lo que no hay duda de que estos sujetos no pueden resultar impagados por sus intervenciones, sino que habrá que determinar la parte a la que le corresponde sufragarlos, en virtud de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Así, desde el año 2016 hasta la actualidad han sido los órganos jurisdiccionales, fundamentalmente de primera y segunda instancia, quienes han ido interpretando los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de esta estipulación lo que ha dado lugar a una numerosa casuística, a pesar de que algunas interpretaciones contradictorias, como se analizará más adelante, han sido casadas por el TS.

En esta labor interpretativa también ha desempeñado un papel fundamental la jurisprudencia comunitaria con motivo de múltiples cuestiones prejudiciales interpuestas por los órganos jurisdiccionales españoles en estos procedimientos relativos a la interpretación de la aplicación del Derecho comunitario en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas y económicas de declaración de nulidad de este tipo de cláusulas abusivas. Resulta ilustrativo a estos efectos el reciente pronunciamiento del TJUE el pasado 16 de julio de 2020, en el asunto C-224/2019 (ECLI:EU:C:2020:578) relativo a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en la que advierte a los órganos juzgadores españoles que la denegación de la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta estipulación sería contraria al art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, excepto si una disposición del Derecho nacional impone al consumidor el pago de parte o la totalidad de los citados gastos.

²⁴ Art. 4.1 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril: “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.”

Un sector de la jurisprudencia menor²⁵ ha considerado que la declaración de nulidad de esta cláusula supone *de facto* la obligación del prestamista de sufragar todos los gastos derivados de la formalización del préstamo por constituir una práctica que no solo se aleja de las exigencias de la buena fe, sino que se trata de un servicio que no ha sido solicitado por el consumidor a causa de una garantía predispuesta por el banco derivada de la elección de un instrumento jurídico que le permite acudir en caso de incumplimiento al procedimiento de ejecución especial. Sin embargo, la gran mayoría han procedido a efectuar un análisis partida por partida aplicando los efectos restitutorios de acuerdo a la legislación vigente en el momento de la contratación puesto que la nulidad de la cláusula no conlleva que el prestatario quede relevado de la obligación de sufragar los gastos que según de la normativa le correspondan.

Todo ello, teniendo en cuenta la matización realizada por la STS 148/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:849) la cual declara que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril conlleva el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor en caso de que esta cláusula no existiese, de tal manera que corresponde a los órganos jurisdiccionales analizar quién debe sufragar estos gastos ante la ausencia de pacto entre las partes de conformidad con la normativa vigente en el momento de la celebración del contrato de préstamo hipotecario.

Capítulo IV. Evolución de la interpretación jurisprudencial y de los efectos restitutorios de las diferentes partidas de gastos

A continuación, se procede a un análisis de los pronunciamientos más relevantes de la jurisprudencia sobre las consecuencias y efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad a partir de la interpretación realizada en el pronunciamiento de la STS 705/2015, de 23 de enero, respecto de cada una de las partidas de gastos.

1. Gastos de Notaría y Registro.

Partiendo de la base de que la válida constitución de la hipoteca requiere su formalización ante Notario y la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad (arts. 1.875 CC y 145 Decreto 8 de febrero de 1946), la normativa atribuye la obligación de pago a quien solicite el servicio o a aquel a cuyo favor se inscriba el derecho (Real Decreto 1426/1989, de 17 de Noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II) y al Real Decreto 1427/1989, de 17 de Noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (norma 8ª del Anexo II).

²⁵ SJPII nº 1 de Segovia de 26 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:JPII:2018:158), entre otras.

Cabe destacar que esta materia ya había sido abordada anteriormente por la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), la cual pone de relieve en sus resoluciones que la normativa aplicable sobre transparencia y abusividad no puede ser objeto de interpretación literal, sino que ha de predominar una interpretación extensiva pro-consumidor, con el objeto de promover la información transparente y protección de los usuarios en la contratación de servicios financieros²⁶. En consonancia con ello, considera este organismo que cuando el prestamista se dedique con carácter habitual a la concesión de préstamos hipotecarios la normativa de consumidores y usuarios será aplicable cuando el prestatario constituya una persona física o jurídica que tenga condición legal de consumidor, con independencia del tipo de inmueble hipotecado o el carácter del propietario del mismo, siempre y cuando el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno a la actividad profesional o empresarial del deudor²⁷.

De conformidad con estos preceptos, la STS 705/2015, de 23 de diciembre declaró que es el prestamista quien ostenta principalmente el interés en el otorgamiento de escritura ante Notario y la posterior inscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, puesto que el banco resulta indudablemente beneficiado al obtener un título ejecutivo (art. 517 Ley 1/2000, de 7 de enero), constituir una garantía real (art. 104 Decreto 8 de febrero de 1946) y adquirir la posibilidad de ejecución especial (art. 685 Ley 1/2000, de 7 de enero). A juicio del TS, resulta abusivo que dicha estipulación haga recaer sobre el prestatario la totalidad de los gastos originados a causa de la intervención notarial y registral, imposición que, además, resulta opuesta a las disposiciones reglamentarias aplicables las cuales permitirían una distribución equitativa de dicha carga, ya que aunque el beneficiado por el préstamo es el prestatario-consumidor puesto que el mismo le permite la financiación de la adquisición de su vivienda, la Sala considera que no debe *perderse de vista* que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, es decir, de la entidad bancaria.

1.1 Gastos notariales

Por lo que se refiere a los gastos derivados de la intervención notarial conviene señalar previamente que, a pesar de la naturaleza peculiar del contrato de préstamo hipotecario, donde coexisten dos figuras jurídicas diferentes, de un lado el préstamo (contrato) y, de

²⁶ Resolución de 29 de septiembre de 2014, de la DGRN en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Córdoba nº 7, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario (BOE-A-2014-10955)

²⁷ Resolución de 28 de abril de 2015, de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Madrid n.º 6, por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de hipoteca (BOE-A-2015-6077) y Resolución de 22 de julio de 2015, de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Logroño n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por los recurrentes, por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto un tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido (BOE-A-2015-10280)

otro, la hipoteca (derecho real de garantía) la jurisprudencia ha aclarado que ambas son “inescindibles y configuran una institución jurídica unitaria”²⁸, esto es, existe una consideración unitaria del conjunto negocial por lo que el arancel se aplica por un único concepto: el contrato de préstamo hipotecario²⁹. Esta matización ha sido clave para poder determinar la distribución de los gastos de esta partida, puesto que no existen diferentes conceptos minutables sujetos a arancel al realizar la inscripción de la escritura pública del contrato de préstamo hipotecario, sino que a la hora de determinar quién ostenta el interés se parte de una consideración unitaria de todo el conjunto³⁰.

Conforme a ello, la normativa aplicable estipula que corresponde sufragar estos gastos a la parte que haya solicitado la intervención notarial y, en su caso, a los interesados en esta intervención³¹. No obstante, no se especifica en este precepto si el *interesado* es el prestatario o el prestamista. Por ello, el TS ha considerado que dada la realidad inescindible que constituye el contrato de préstamo hipotecario debe establecerse una distribución equitativa de los gastos notariales puesto que se encuentran igualmente interesados el consumidor, así como la entidad bancaria. Por un lado, a la parte prestataria le resulta conveniente la adquisición del inmueble a través de esta vía de financiación, ya que le permite obtener un préstamo con garantía hipotecaria que habitualmente se concede a un tipo de interés inferior al que se aplica en los préstamos concertados sin esta garantía. Además, la intervención del Notario favorece al adherente en cuanto al control de contenido por este aplicador del Derecho sobre la escritura de préstamo, así como la especial asistencia que puede prestar al consumidor en relación a los derechos que le asisten³². Por su parte, el interés de la entidad bancaria radica en la seguridad jurídica que le ofrece este mecanismo de garantía hipotecaria frente a un impago o incumplimiento del préstamo³³.

A pesar de que algunos pronunciamientos de la jurisprudencia menor declararon que correspondería a la entidad bancaria el pago íntegro de los gastos notariales por entender que la entidad bancaria es la interesada en la documentación pública del contrato de préstamo, entendiéndose que no se puede considerar como interesado o beneficiado al

²⁸ STS 47/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103) con referencia a STS 1331/2007, de 10 de diciembre que ya adelantaba que: “*el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario ya que esta subsumido en un derecho real de hipoteca y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta*”.

²⁹ SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:APM:2016:4269)

³⁰ STS 46/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:101); STS 47/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103), FJ Tercero.

³¹ 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: “*Sexta. –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*”.

³² Art. 147 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

³³ La STS 705/2015, de 23 de diciembre (ECLI: ES:TS:2015:5618) fundamenta dicha decisión en que con ello el banco obtiene título ejecutivo (art. 517 LEC) constituye garantía real (arts. 1.875 CC y 2.2 Decreto 8 de febrero de 1946) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 Ley 1/2000, de 7 de enero).

consumidor en estos casos por lo que no puede negarse a la parte prestataria la devolución íntegra de estas cantidades³⁴, resulta destacable la interpretación de cierta jurisprudencia, en la que tras concluir que el principal interesado en la documentación y elevación a escritura pública del contrato de préstamo es el banco, admite que también el prestatario guarda cierto interés en la realización de estas operaciones por lo que considera que lo equilibrado sería una división porcentual del arancel en función del grado de interés disponiendo que correspondería un 30% al prestatario y el abono del 70%³⁵ del arancel restante a la entidad prestamista. Ahora bien, señala estos porcentajes a título meramente enunciativo puesto que interpreta que su aplicación vulneraría la jurisprudencia comunitaria al estar introduciendo una modificación en la cláusula lo que podría mitigar el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, por lo que finalmente decide en el fallo que será la entidad prestamista la que deberá abonar la cuantía íntegra correspondiente a esta partida³⁶.

No obstante, existe una postura predominante que, de conformidad con la normativa, establece que ambas partes estaban interesadas en la intervención notarial por lo que correspondería sufragar a cada una la mitad del arancel³⁷, dado que no solamente ambas aparecen como comparecientes en la escritura del préstamo hipotecario, sino que no debe perderse de vista que también el prestatario resulta beneficiado de este trámite, puesto que constituye un requisito constitutivo para la formalización del contrato de préstamo hipotecario que resulta más ventajoso que la contratación de un préstamo personal y ofrece condiciones más favorables. Esta corriente se fundamenta en la premisa de que la declaración de nulidad de la cláusula no significa que automáticamente la entidad bancaria deba abonar la totalidad de los gastos soportados indebidamente por el consumidor, ya que en tal caso se estaría generando un enriquecimiento injusto a favor de la parte prestataria³⁸, por lo que el consumidor debe abonar los gastos que le correspondan en virtud del derecho supletorio³⁹.

Esta última postura ha sido finalmente confirmada recientemente por el TS⁴⁰ cuando declara que no se opone a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril el hecho de que se niegue al consumidor la restitución total de una de las partidas de gastos cuando de conformidad con la normativa vigente en el momento de celebración del contrato, éste tenía el deber de soportar parte de los mismos, como es en el caso de las disposiciones aplicables a los gastos

³⁴ SJPI nº 11 de Oviedo 247/2016, de 9 de diciembre (JUR 2017\1549); SAP de Las Palmas de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:APGC:2020:552); SAP de Pontevedra 188/2016, de 7 de abril (ECLI:ES:APPO:2016:592); SAP de Islas Baleares 391/2007, de 27 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2017:2188); entre otras.

³⁵ SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:APM:2016:4269)

³⁶ SJPI nº 11 de Murcia 1/2017, de 23 de octubre (ECLI:ES:JPI:2017:595)

³⁷ SAP de Pontevedra 188/2016, de 7 de abril (ECLI:ES:APPO:2016:592) con referencia a la SAP de A Coruña 132/2017, de 25 de septiembre (ECLI:ES:APC:2017:994A) y SAP de Asturias 295/2017, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APO:2017:2505)

³⁸ SJPI nº 2 de Barakaldo de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\73051)

³⁹ A. Agüero Ortiz; “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017)”, en: *Revista CESCO de Derecho de Consumo*; Nº 22/2017: p. 62.

⁴⁰ STS 457/2020, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2495)

notariales⁴¹. En atención de lo cual, en vista de pronunciamientos anteriores del TS, la intervención notarial interesa a ambas partes contratantes, por lo tanto, sus costes deberán ser distribuidos por mitad⁴². Este razonamiento deberá aplicarse de manera análoga en los supuestos de intervención notarial en la modificación o novación del contrato de préstamo hipotecario al resultar igualmente interesadas ambas partes contratantes. Sin embargo, en los aranceles notariales originados con ocasión de la cancelación del contrato de préstamo considera que el interesado es el prestatario puesto que es a él a quien favorece la liberación del gravamen, de tal modo que estos gastos deberán ser soportados de manera íntegra por la parte prestataria. En lo que respecta a las copias de la escritura notarial, lógicamente, corresponde abonarlas a quien la solicite, puesto que evidentemente quien las pide es la parte que está interesada⁴³.

1.2 Gastos registrales

A diferencia de lo dispuesto en la normativa aplicable a los gastos notariales donde se atribuye el deber de sufragar los gastos a quien tenga *interés* en esta intervención, la obligación de pago de los gastos derivados de la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad no se impone a quien esté interesado en tal operación sino a *“aquel a cuyo favor se inscriba el derecho”*⁴⁴. Conforme a ello, el TS ha dispuesto que los gastos registrales deben ser soportados íntegramente por la entidad prestamista, ya que la inscripción se realiza a favor del banco. Salvo, en el caso de inscripción de la escritura de cancelación del préstamo hipotecario, dado que libera del gravamen al prestatario, se inscribe a favor de él por lo que le corresponde sufragar los gastos de esta partida⁴⁵. Esta jurisprudencia ha sido confirmada recientemente por la mencionada STS 457/2020, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2495) la cual recalca que la inscripción de la garantía hipotecaria es a favor del prestamista, por lo que a tenor de lo dispuesto en la normativa registral es el banco el que debe abonar íntegramente esta partida.

⁴¹ Art. 63 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado y la Norma Sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre.

⁴² STS 44/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102); STS 46/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:101); STS 47/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103); STS 48/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:104) y STS 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:105); todas ellas con referencia a la STS 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4236); confirmadas por la STS 457/2020, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2495)

⁴³ STS 148/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:849) FJ Tercero; STS 46/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:101), entre otras.

⁴⁴ Norma 8ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de Noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

⁴⁵ STS 47/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103); FJ Sexto: *“2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.”*

Siguiendo la línea asentada por doctrina de las SSTs de 23 de enero de 2019⁴⁶ la jurisdicción contencioso-administrativa ha sentado jurisprudencia en sus sentencias de 13 y 15 de mayo de 2020⁴⁷ en la que determina que no resulta conforme a Derecho la imposición al prestatario de los gastos registrales derivados de la transmisión de la titularidad de derechos reales de hipoteca derivada de escisión de entidades bancarias que no corresponden a operaciones de saneamiento y reestructuración de las mismas. Por tanto, no es posible que se imponga al prestatario el pago de la minuta no solo de la cancelación de la escritura de préstamo, sino también la correspondiente a la transmisión de la que la parte prestataria es totalmente ajena.

2. Gastos relativos al proceso extrajudicial y judicial

Mediante esta partida se repercute en el prestatario la obligación de satisfacer y resarcir a la entidad bancaria los gastos extrajudiciales y judiciales que se generen a ésta ante un incumplimiento del prestatario de su obligación de pago o aquellos que se originen a la entidad bancaria para el cobro del crédito, como pueden ser aquellas actuaciones que realice el banco con objeto de reclamar la deuda, como requerimientos de pago por correo certificado, teléfono, así como otros costes indirectos. También se atribuye con carácter exclusivo al consumidor los honorarios de abogado y derechos de procurador de la entidad financiera incluso cuando su intervención en las actuaciones extrajudiciales o judiciales en cuestión no resultase preceptiva.

Con respecto a esta partida, la STS 705/2015, de 23 de diciembre establece que, de entrada, estos gastos se encuentran sometidos a una estricta regulación legal, tanto para los procesos declarativos (art. 394 y 398 Ley 1/2000, de 7 de enero), como para los procesos de ejecución (arts. 559 y 561 Ley 1/2000, de 7 de enero). En consecuencia, la imputación en el prestatario de las costas procesales en todo caso no solo infringe normas de orden público (art. 89 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril) sino que bajo la interpretación del TS origina un desequilibrio evidente entre las partes al hacer recaer las consecuencias de un proceso exclusivamente sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación en cuestión ni tampoco las facultades de moderación reconocidas en la ley. Además, esta competencia corresponde al órgano juzgador cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho o temeridad por una de las partes. Por tanto, no es una cuestión susceptible de ser modificada a través de la autonomía de la voluntad de las partes.

⁴⁶ STS 44/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102); STS 46/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:101); STS 47/2019 de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103); STS 48/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:104) y STS 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:105); todas ellas con referencia a la STS 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4236)

⁴⁷ STS 399/2020, de 13 mayo (ECLI:ES:TS:2020:1027) y STS 544/2020, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1026)

Por lo que se refiere a los honorarios de abogado y derechos de procurador de la entidad prestamista aun cuando no fuese preceptiva su intervención, dicho pacto infringe, a juicio de la Sala, el art. 32.5 Ley 1/2000, de 7 de enero el cual excluye dichos gastos de una eventual condena en costas, salvo si el tribunal apreciase temeridad o el domicilio de la parte representada o defendida en el juicio estuviese en un lugar diferente al que se ha tramitado en el mismo. Por estos motivos, esta partida ocasiona una absoluta falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes. El TS toma en consideración que debe añadirse la dificultad que supone para el consumidor valorar las consecuencias de la imputación de los gastos en el momento de la firma del contrato, al ser imposible que se puedan conocer las acciones de las que podría hacerse valer el banco de dichos profesionales sin que resultase preceptiva su intervención, cuestión que de por sí ya debería ser suficiente para considerar que dicha cláusula resulta abusiva. Y habida cuenta de que las actuaciones que puedan tener lugar tanto en fase extrajudicial como en fase procesal son múltiples, de diversa índole e ilimitadas, supone una práctica abusiva que coloca al consumidor en una situación de grave desequilibrio que generaría, además, una grave situación de incertidumbre e inseguridad jurídica para el prestatario.

A pesar de que algún pronunciamiento ha declarado que no resulta abusivo el hecho de que se imponga el abono de los gastos judiciales o extrajudiciales al consumidor puesto que estos se derivarían de los daños y perjuicios que precisamente este ocasione con motivo del incumplimiento de su obligación⁴⁸, con carácter general, se ha mantenido por la jurisprudencia menor posterior la postura del TS que esta atribución en todo caso introduce un evidente desequilibrio en una de las partes al hacer recaer las consecuencias de un proceso sobre ella sin tener en cuenta cuál es la procedencia de la reclamación que en su caso se inicie y, principalmente, obviando en el ámbito de las costas las facultades de moderación que con carácter imperativo dispone la ley. Todo ello supone una falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes, ocasionando un evidente desequilibrio en la posición de ambas⁴⁹.

Por lo que se refiere a la imposición de las costas al prestatario, no solo resulta contrario a la normativa sino que además la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578), ha dispuesto que se opone a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, así como al principio de efectividad del Derecho de la UE, el hecho de que en los procedimientos sobre cláusulas abusivas se aplique la regla del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, provoca que a pesar de que sus pretensiones fuesen estimadas, debe pagar íntegramente los gastos de su defensa y representación lo que impide que se cumpla el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho que se persigue con la declaración de nulidad de la

⁴⁸ SJPI nº 6 de Granollers 410/2016, de 21 de diciembre (JUR 2017\9372)

⁴⁹ SAP de Pontevedra 188/2016, de 7 de abril (ECLI:ES:APPO:2016:592); SAP de La Rioja 177/2017, de 31 de octubre (AC 2017\1335); SAP de Tarragona 252/2016, de 1 de junio (ECLI:ES:APT:2016:880)

cláusula abusiva, por tanto, a pesar de que fueran estimadas sus pretensiones, no quedaría indemne. Esta situación es calificada por el TJUE como un obstáculo significativo para el consumidor que puede suponer un efecto disuasorio para ejercer su derecho el hecho de que tenga que soportar parte de las costas del litigio. Posteriormente, la STS 472/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2838) va más allá al determinar el deber de la entidad bancaria de abonar todas las costas en aquellos procedimientos de cláusulas abusivas en las que el consumidor vea estimadas todas sus pretensiones. Este pronunciamiento pro-consumidor tiene como finalidad evitar el efecto disuasorio que puede pesar sobre el prestatario-consumidor a la hora de decidir acudir a la vía judicial para reclamar una cláusula abusiva cuando las cantidades que se reclaman son moderadas. El TS incide en el hecho de que dicha imposición es congruente con el deber de restablecer la situación de hecho y de derecho anterior a la existencia de esta cláusula abusiva derivado de su declaración de nulidad de pleno derecho.

No obstante, hay que tener presente que esta jurisprudencia no se aplicaría en los supuestos de estimación parcial, puesto que en tales casos “*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 por temeridad*” (art. 394 Ley 1/2000, de 7 de enero).

3. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD)

En primer lugar, cabe poner de manifiesto que los elementos de la obligación tributaria, como es el sujeto pasivo del impuesto, revisten un carácter imperativo por lo que no pueden ser modificados a través de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Por otra parte, es de destacar que mediante la cláusula litigiosa la entidad prestamista imponía al consumidor no solo el abono íntegro del IAJD – objeto de examen de este apartado – sino de todos los tributos que se deriven de la celebración del contrato de préstamo hipotecario⁵⁰, repercusión que genera un desequilibrio relevante en los derechos del consumidor.

Según la normativa aplicable a este impuesto⁵¹, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –ITPyAJD- es un tributo de naturaleza indirecta que grava: transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias y actos jurídicos documentados (art. 1 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre). Descartando para este supuesto la aplicación del impuesto en relación con las operaciones societarias entre entidades, resta establecer, primeramente, la distinción entre los conceptos de

⁵⁰ T. Vázquez Muiña; “La doctrina del Tribunal Supremo sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”; en *Ars Boni Et Aequi*; 2018; pp. 115-122

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en adelante RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, así como el Reglamento objeto de desarrollo de esta Ley: Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en adelante RD 828/1995, de 19 de mayo.

transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, dado que cada uno de ellos tiene sus propias reglas en cuanto al sujeto pasivo de los mismos.

A efectos de esta norma, se consideran como transmisiones patrimoniales onerosas aquellas transmisiones onerosas *inter vivos* entre particulares de bienes y derechos de cualquier naturaleza que integren el patrimonio de una persona física o jurídica. Dentro de las operaciones sujetas a este impuesto se encuentra la constitución de derechos reales y préstamos (art. 7.1 apdo. b) RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre). En estos casos, dispone expresamente que el prestatario es el obligado al pago a título de contribuyente (art. 8 apdo. d) RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre y art. 34 RD 828/1995, de 19 de mayo).

Por otra parte, se entiende por actos jurídicos documentados todos aquellos que se formalicen en el territorio nacional, así como aquellos que habiéndose formalizado en el extranjero tengan efectos de índole jurídica o económica en España (art. 6 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre). En particular, señala que quedan sujetos a gravamen los documentos notariales (art. 28 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre). De este modo, no resulta controvertido que el otorgamiento de escritura pública ante notario para la formalización del contrato de préstamo hipotecario constituye un hecho imponible a efectos de gravamen de este impuesto. En cuanto a la determinación del sujeto pasivo de este impuesto la RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre establecía que “*será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan*” (art. 29 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre). Y, con respecto, a la formalización de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, el RD 828/1995, de 19 de mayo que lo desarrolla establece que, a efectos de sujeto pasivo de este impuesto, como *adquirente* al prestatario (art. 68 párrafo segundo RD 828/1995, de 19 de mayo).

Con carácter previo a la STS 705/2015, de 23 de diciembre, el TS ya había declarado, en relación con un contrato de compraventa, el carácter abusivo que implica la imputación exclusiva en el comprador de todos los tributos derivados de la transmisión del inmueble, al considerar que resultaba contraria a los derechos previstos en la legislación fiscal aplicables a la distribución de la carga tributaria asumida en un procedimiento de contratación donde no tenía cabida la negociación individual y que, además, acarreaba un importante perjuicio económico en el consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe⁵². En consecuencia, dicha cláusula era nula⁵³. En este criterio se apoya la STS 705/2015, de 23 de diciembre, aunque la doctrina expuesta hacía referencia a contratos de compraventa, al entender la financiación de la vivienda como una fase proceso de adquisición de esta. Concretamente, dispone que no es posible que la entidad bancaria quede al margen de la obligación de

⁵² STS 842/2011, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7981)

⁵³ STS 550/2000, de 1 de junio (RJ 2000\5090) y STS 842/2011, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7981)

abono del tributo al entender que el banco es sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, a la expedición de copias o testimonios que fuesen necesarios. No obstante, es de destacar que la base jurídica sobre la sostiene su razonamiento el TS son los arts. 8 y 15 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre cuando dichos artículos se refieren a la determinación del sujeto pasivo para el impuesto de transmisiones patrimoniales⁵⁴. Por otra parte, pone de manifiesto que la repercusión íntegra de este impuesto en el consumidor contraviene de plano la legislación de consumidores la cual califica expresamente como abusiva en todo caso aquella cláusula que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3 c) RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Ciertamente, la interpretación de esta partida ha sido una de las más controvertidas por el TS en función de los preceptos relativos al impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas, en lugar de haber examinado la controversia surgida en relación con las disposiciones aplicables al IAJD que es el que grava dicha operación mercantil (arts. 29 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre y 68 párrafo segundo RD 828/1995, de 19 de mayo). Esta cuestión ha dado lugar a diferentes posturas discrepantes en relación con los efectos derivados de la declaración de nulidad de esta cláusula con respecto a esta partida. Por un lado, existía una jurisprudencia menor que se ha mantenido favorable a la devolución íntegra de estos gastos al prestatario y, en particular, dispone que la entidad bancaria es sujeto pasivo respecto al IAJD en cuanto a la constitución del derecho y, en todo caso, en lo relativo a la expedición de las copias, actas o testimonios que interese y, especialmente, dada la condición de consumidor de la parte prestataria, cuestión que infringe de plano el art. 89.3 c) RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁵⁵. Incluso algunas sentencias fueron más allá al considerar que nada impedía al legislador modificar la normativa existente en un futuro con el fin de hacer efectiva la condición de sujeto pasivo de la entidad financiera⁵⁶.

Por otro lado, existía otra corriente que entendía que la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula debido a su vocación de generalidad no impedía que posteriormente se examinase quién constituía el sujeto pasivo de este impuesto a tenor de lo dispuesto en la Ley y Reglamento aplicable. En este sentido, interpretan que la cuestión reviste una mayor complejidad ya que, a pesar de que los argumentos de la STS 705/2015, 23 de diciembre

⁵⁴ T. Vázquez Muiña; “La doctrina del Tribunal Supremo sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”; en *Ars Boni Et Aequi*; 2018; pp. 115-122.

⁵⁵ SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:APM:2016:4269), FJ Quinto; SJPI nº 6 de Granollers 410/2016, de 21 de diciembre (JUR 2017\9372), FJ Séptimo; SAP de Tarragona 252/2016, de 1 de junio (ECLI:ES:APT:2016:880), FJ Segundo; SAP de Pontevedra 188/2016, de 7 de abril (ECLI:ES:APPO:2016:592), FJ Segundo; SAP de Murcia 140/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:APMU:2016:566), FJ Segundo; SJPI nº 1 de Benidorm 174/2017, de 5 de junio (JUR 2017\147403), entre otras.

⁵⁶ SAP de Vizcaya 478/2017, de 13 diciembre (AC 2017\1550), FJ Segundo.

son, en principio, correctos, consideran que son incompletos⁵⁷, esta STS no tiene en cuenta lo dispuesto el art. 68 del Reglamento que prevé expresamente como sujeto pasivo al prestatario. Bajo esta razonamiento, la AP de Asturias ha declarado en diferentes pronunciamientos que la repercusión de este gasto no contraviene el art. 89.3 c) RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre dada la previsión expresa del prestatario como sujeto pasivo en el art. 68 RD 828/1995, de 19 de mayo⁵⁸.

En consecuencia, estas resoluciones establecen que el sujeto pasivo y, por tanto el obligado al pago, es la parte prestataria, basando su criterio en la postura unánime que se venía manteniendo por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS la cual estableció que el “*derecho*” al que hace referencia el precepto es precisamente el contrato de préstamo – unidad de hecho imponible - el cual se materializa en la escritura ante Notario, por lo que, a pesar de que se encuentre garantizado mediante hipoteca y sea un requisito constitutivo su inscripción en el Registro de la Propiedad, por tanto, entendían que el principal beneficiado era el prestatario⁵⁹. Esta tesis sostiene que, de lo contrario, la repercusión del pago de este impuesto al banco supondría la transmisión del cumplimiento de obligaciones contributivas a quien no es sujeto pasivo del tributo, por tanto quien debía asumir el pago del impuesto era el prestatario y no la entidad bancaria⁶⁰, puesto que dado el carácter accesorio de la hipoteca y siendo el préstamo el negocio principal es sujeto pasivo ya que es quien resulta beneficiado del negocio jurídico⁶¹.

Sin embargo, esta segunda tesis parece dejar de lado la repercusión económica que genera en la figura del cliente-consumidor el abono íntegro de la cuantía que representa este tributo, es decir, el desequilibrio relevante que genera esta repercusión en el marco de una contratación carente de una negociación individualizada. Por otra parte, en contra del razonamiento expuesto por esta corriente, la imposición de este tributo al consumidor supone un desplazamiento total de la carga tributaria relativa a una cláusula que ha sido declarada nula por abusiva lo que no permitiría el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho que se persigue mediante su declaración de nulidad, sino que la imposición abusiva persiste en relación con esta partida y resultaba contraria a la protección que se pretende mediante el art. 89.3 c) RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Asimismo, el hecho de que fundamenten su criterio en jurisprudencia asentada por la Sala Tercera del TS pone de relieve dos cuestiones. Por un lado, se apoyan en jurisprudencia que corresponde a

⁵⁷ SJPI nº 11 de Murcia 1/2017, de 23 de octubre (ECLI:ES:JPI:2017:595), FJ Sexto; SJPI nº 11 de Oviedo 247/2016, de 9 de diciembre (JUR 2017\1549), FJ Sexto; SJPI nº 9 bis de Córdoba 4/2017, de 27 de noviembre (ECLI: ES:JPI:2017:665), FJ Tercero; SAP de Islas Baleares 391/2007, de 27 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2017:2188), FJ Sexto; entre otras.

⁵⁸ SAP de Asturias 32/2017, de 1 de febrero (ECLI:ES:APO:2017:399); SAP de Asturias 63/2017, de 17 de febrero (ECLI:ES:APO:2017:642); SAP Asturias 197/2017, de 2 de junio (ECLI:ES:APO:2017:1587).

⁵⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 27 marzo 2006, (Rec. 1839/2001); STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de octubre de 2006 (Rec. 4593/01), entre otras.

⁶⁰ SAP de La Rioja 177/2017, de 31 de octubre (AC 2017\1335).

⁶¹ STSJ de Madrid 573/2016, de 26 de junio (ECLI:ES:TSJM:2016:6829); STSJ de Madrid 637/2016, de 9 de junio (ECLI:ES:TSJM:2016:8411).

otro orden jurisdiccional⁶² por lo que cabría preguntarse hasta qué punto tienen estos pronunciamientos un efecto vinculante en el orden jurisdiccional civil teniendo en cuenta que aunque la interpretación del sujeto pasivo de un impuesto corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, la única jurisdicción competente para determinar cuándo una cláusula no ha sido objeto de negociación individual en el ámbito de la contratación con consumidores y origina un desequilibrio relevante es la jurisdicción civil. Por otra parte, existe cierta doctrina que critica el argumento alegado en relación con la unidad de hecho imponible, ya que en dicha operación no se está gravando una transmisión patrimonial onerosa sino la emisión de la primera copia de escritura del contrato de hipoteca y en que recibe el prestatario están exentas de dicho impuesto⁶³.

Dada la imprevisión normativa existente en torno al sujeto pasivo, en el mes de noviembre de 2018 se pronunció la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS⁶⁴ en las que dictaminaba la necesidad de suprimir el párrafo segundo del art. 68 RD 828/1995, de 19 de mayo con el fin de aclarar la situación y se considerase como sujeto pasivo a la entidad bancaria, declarando así la supresión de este segundo párrafo al considerarlo ilegal y contrario a lo dispuesto en el art. 29 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. No obstante, vuelven a tener lugar nuevos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 27 de noviembre de 2018⁶⁵ las cuales, en contra de las sentencias anteriores, declaran que la condición de sujeto pasivo en las escrituras de préstamo hipotecario es el prestatario.

Sin duda, estos pronunciamientos generaron una situación de completa incertidumbre en el mercado hipotecario la cual fue abordada por el legislador mediante el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre se añade un segundo párrafo al art. 29 RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre – en adelante, RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre – en el que se prevé expresamente que: *“Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”*. Dicha reforma entró en vigor a partir del 10 de noviembre de 2018; en consecuencia, el criterio mantenido es que las escrituras formalizadas a partir de esta fecha se considerará como sujeto pasivo del IAJD a la entidad bancaria y aquellas anteriores a la misma el sujeto pasivo será el cliente.

⁶² STS 482/1994, de 26 mayo (RJ 1994\3749) dispone en su FJ Segundo: *“la existencia de diferentes órdenes dentro de la misma impide que la doctrina legal sentada en los de otra naturaleza pueda alegarse en el orden jurisdiccional civil, regido por diferentes principios”*

⁶³ A. Agüero Ortiz; “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017)”; en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*; N° 22/2017, p. 72.

⁶⁴ STS 1505/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3422); STS 1503/2018, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3511) y STS 1531/2018, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3519).

⁶⁵ STS 1671/2018, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3887); STS 1670/2018, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3885) y STS 1669/2018, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3888).

En vista de lo cual, el sujeto pasivo del IAJD - antes de la modificación del RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre - era el prestatario⁶⁶, ello fue ratificado por la STS 48/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:104)⁶⁷ que determinó específicamente en relación con el abono del IAJD que en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico documentado, el sujeto pasivo es el prestatario y, en lo que se refiere al derecho de cuota fija por AJD respecto del timbre de la matriz corresponde el abono al prestatario y en relación con las copias se considerará como sujeto pasivo a aquel que las solicite. Esta doctrina jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por la mencionada STJUE de 16 de julio de 2020 (ECLI:EU:C:2020:578) que establece que no resulta contrario al Derecho de la UE la aplicación de las disposiciones legales supletorias aplicables, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva. En base a ello, jurisprudencia del TS reciente ha manifestado que habida cuenta de que el RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre solamente es aplicable a los contratos celebrados con posterioridad a su vigencia ya que no contiene una regulación retroactiva, en aquellos contratos celebrados con anterioridad a esta fecha el sujeto pasivo del IAJD era el prestatario⁶⁸.

4. Gastos de gestoría y tasación

Por lo que se refiere a los gastos de gestión, no existía una norma de índole legal o reglamentaria que determinase a quién correspondía el abono de la factura de la gestoría encargada de realizar los trámites correspondientes a la formalización del préstamo, tales como la llevanza de la documentación necesaria ante el Notario para la formalización de la escritura, su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad o la presentación de la liquidación del IAJD ante la oficina liquidadora de la Comunidad Autónoma correspondiente, entre otros. Sin embargo, a través de la cláusula debatida, se impone unilateralmente al consumidor la obligación de sufragar íntegramente estos gastos. A este respecto es preciso tener en cuenta que en muchos casos la persona del gestor se encuentra impuesta por la entidad bancaria y no se ofrece alternativa al consumidor prestatario de poder realizar una gestión personal de estos servicios o de elegir un gestor de confianza.

Aunque inicialmente no existía esa normativa específica que estableciese a quien corresponde los gastos de gestoría, la legislación de consumidores⁶⁹ califica como abusivas, en todo caso, *“la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas (...) de gestión que no le sean imputables”* y *“la imposición al consumidor de los gastos de*

⁶⁶ Antigua redacción del art. 68 RD 828/1995, de 19 de mayo.

⁶⁷ En línea con el razonamiento expuesto en las STS 148/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:849) y STS 147/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:848)

⁶⁸ STS 475/2020, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2935); STS 477/2020, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3120); STS 393/2020, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2223)

⁶⁹ Art. 89.3 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario”. Por otra parte, el carácter abusivo de esta imposición podría derivarse de los gastos de gestoría constituyen servicios complementarios y de carácter accesorio que no han sido solicitados por el consumidor (art. 89.4 y 89.5 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Por lo tanto, se trata de servicios adicionales cuya opción de contratación no ha sido manifestada al consumidor con una claridad o separación adecuada que le hubiera permitido aceptarlos o rechazarlos según lo considerase oportuno. Tampoco resultaría de recibo recurrir a criterios, como el utilizado en los gastos notariales, en relación a quien es el interesado en su intervención para determinar quién es el obligado al abono de estos gastos, por lo que su imputación al consumidor debe reputarse abusiva sin necesidad de entrar a evaluar a quién interesa o no estos trámites⁷⁰.

Por su parte, la tasación tiene como objetivo determinar el valor de un bien –en este caso, del inmueble– de conformidad a unos criterios establecidos y siguiendo metodología concreta. En el ámbito hipotecario, este trámite permite establecer cuál es el valor del bien que se establece como garantía en el contrato de préstamo hipotecario. Así, constituye una obligación que deben cumplir las entidades bancarias en caso de que quieran, con carácter posterior, movilizar los préstamos hipotecarios vendiéndolos en el mercado. Al igual que los gastos de gestoría, constituyen un servicio de carácter accesorio que no puede ser impuesto al consumidor (art. 89.4 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Además, dicha información es de vital importancia especialmente para la entidad de crédito, puesto que mediante la misma puede conocer el valor del inmueble y con ello saber el riesgo que supondría, en términos económicos, el incumplimiento del préstamo por parte del consumidor, puesto que precisamente la garantía frente al incumplimiento es el inmueble.

Tras la STS 705/2015, de 23 de diciembre, la jurisprudencia menor⁷¹ ha considerado en ocasiones que, por un lado, los gastos de gestoría constituyen un servicio accesorio y no obligatorio y a pesar de constituir una práctica habitual por parte de las entidades bancarias la imposición de los clientes de los servicios de un gestor, ello no obsta que al no constituir un servicio imprescindible para la formalización del préstamo y teniendo en cuenta que ha sido impuesto de manera unilateral por el banco corresponde a la entidad prestamista la devolución íntegra de las cantidades por este concepto⁷².

En la misma línea se ha postulado otra jurisprudencia menor, tanto en relación a los gastos de gestoría como los de tasación, existe en ambos casos una ausencia de reparto equitativo y sin perjuicio de que los gastos de tasación del inmueble sea un trámite obligatorio, al entender que el único interesado económicamente es el banco porque le permite evaluar el riesgo de la operación hipotecaria y, en cambio, el prestatario se limita a cumplir con un

⁷⁰ A. Agüero Ortiz; “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017)” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*; Nº 22/2017: pp. 62 y 63.

⁷¹ SJPI nº 11 de Oviedo 247/2016, de 9 de diciembre (JUR 2017\1549).

⁷² SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:APM:2016:4269).

requisito que se le impone para formalizar el préstamo. Por lo que corresponde la devolución íntegra a la parte prestataria de estas partidas⁷³. Otros pronunciamientos, han considerado procedente la moderación de la restitución de los gastos de gestoría en un 50% al entender que también el prestatario tiene interés en realización de estos trámites⁷⁴. Incluso, algunas SAP de Asturias declararon válida la repercusión íntegra de los gastos de gestoría al consumidor al no haber sido realizado este trámite por la entidad bancaria y teniendo en cuenta, además, que figuraba su nombre en la factura correspondiente⁷⁵. No obstante, estas resoluciones no tienen en cuenta de que este trámite constituye un servicio accesorio que sin embargo es impuesto, en muchos casos, de manera obligatoria y sin opción al consumidor por parte de la entidad bancaria por lo que el consumidor debe soportar unos gastos sobre los que ni siquiera tiene la alternativa de elegir realizar dichos trámites personalmente o encargárselos a un tercero de su elección.

Esta cuestión de los gastos de gestoría fue examinada y casada por el TS que declara que los debe pagar aquel a quién se presta el servicio y, siguiendo la misma línea interpretativa referente a los gastos notariales, establece que las gestiones se realizan en beneficio de ambas partes por lo que el pago de estos debe distribuirse equitativamente entre la entidad de crédito y el prestatario consumidor⁷⁶. Dispone que a pesar de que este tipo de gestiones puede ser realizadas personalmente por el prestatario o por el banco, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios determina la obligación de ponerse de acuerdo en la elección de un gestor (art. 40) y teniendo en cuenta que además la elección de un gestor profesional para estos trámites constituye una práctica habitual en la formalización del contrato de préstamo hipotecario, el gasto deberá ser sufragado por mitad.

A pesar de ello, algunos pronunciamientos posteriores a esta resolución de órganos de primera y segunda instancia que, aunque pueden ser recurridos en apelación o casación, establecen la devolución íntegra de los gastos relativos a estas partidas. A modo de ejemplo, la SAP de Las Palmas de 21 de julio de 2020 (ECLI:ES:APGC:2020:552) repercute en su totalidad los gastos hipotecarios a la entidad bancaria. Por otro lado, llama la atención que la SJPI nº 6 de Oviedo 1054/2020, de 9 de septiembre de 2020 (PO 365/2020) en su fallo condena a la entidad bancaria al reintegro de todos los gastos de registro, gestoría y tasación.

Sin embargo, la STS 555/2020, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3453) considera que el criterio favorable al reparto equitativo de este gasto no resulta acorde con la doctrina

⁷³ SJPI nº 11 de Murcia 1/2017, de 23 de octubre (ECLI:ES:JPI:2017:595); SJPI nº 9 bis de Córdoba 4/2017, de 27 de noviembre (ECLI:ES:JPI:2017:665).

⁷⁴ SJPI nº 2 de Barakaldo, de 27 de marzo (JUR 2017\73051)

⁷⁵ SAP de Asturias 42/2017, de 27 de enero (ECLI:ES:APO:2017:165) y SAP de Asturias 126/2017, 24 de marzo (ECLI:ES:APO:2017:741).

⁷⁶ SSTS 44/2019 (ECLI:ES:TS:2019:44), 46/2019 (ECLI:ES:TS:2019:101) y 47/2019 (ECLI:ES:TS:2019:103), todas ellas de 23 de enero de 2019.

establecida en la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578) en relación con los contratos previos a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, por lo que ante la inexistencia de un derecho supletorio aplicable en defecto de pacto sobre cómo debían abonarse los gastos de gestoría, antes de la entrada en vigor de esta normativa, no cabe negar al consumidor la devolución de estas cantidades con motivo de la declaración de una cláusula como abusiva.

Capítulo V. La problemática relativa al régimen de prescripción.

1. Prescripción de la acción de nulidad y de la acción de restitución

Como regla general, los derechos y las acciones “*de cualquier clase que sean*” se extinguen por la prescripción (art. 1.930 párrafo 2º CC), salvo excepciones previstas en el CC u otras normas que determinen expresamente el carácter imprescriptible de una acción o derecho como puede ser, por ejemplo, la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de filiación matrimonial (art. 132 CC). Desde una perspectiva objetiva, esta institución se vincula con la necesidad de otorgar seguridad y certidumbre a las relaciones jurídicas⁷⁷ y, desde un enfoque subjetivo, se fundamenta en una presunción de abandono o dejación de su ejercicio e inactividad por parte del titular del derecho⁷⁸. Por estos motivos, la doctrina del TS ha declarado que la interpretación de esta figura ha de realizarse de manera cautelosa y restrictiva al estar basada en estos factores y no en términos de estricta justicia⁷⁹. Habida cuenta de que la prescripción extintiva genera una pérdida de un derecho subjetivo por lo que debe ser abordada y estudiada con cautela en función de las circunstancias de cada caso con el fin de evitar un automatismo de la aplicación de unos plazos que pudieran dar lugar a resultados equitativos, en aras de ejercer una tutela que permita garantizar el reequilibrio de los intereses que mediante dicha acción se pretende, teniendo en cuenta al mismo tiempo la inviabilidad de que el ordenamiento jurídico pueda otorgar una protección jurídica indefinida ante situaciones fácticas que, en garantía de la seguridad jurídica, no es posible mantener *sine die*⁸⁰.

⁷⁷ STS de 16 marzo 1981 (RJ 1981\916) con referencia a la STS de 17 diciembre 1979 (RJ 1979\4363) dispone que: “*contemplando a la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, advierte que está llena de sentido e interés social y obliga a tener en cuenta la finalidad de este último carácter [...] y a examinar todos los aspectos implícitos en la noción de seguridad jurídica [...] de cuyo propósito resulta la conclusión de que no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción que, como instituto no fundado en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo.*”

⁷⁸ STS 12/2013, de 21 enero (ECLI:ES:TS:2013:203); STS 311/2009, de 6 mayo (RJ 2009\2910), entre otras.

⁷⁹ STS 340/2010, de 24 mayo (ECLI: ECLI:ES:TS:2010:2916).

⁸⁰ Abel B. Veiga Copo; “La prescripción extintiva en un concepto de reformas. Vigencias y desfases”; en *Cuaderno Europeo de Deusto*, junio de 2019, p. 139.

Por lo que se refiere a la cláusula de gastos hipotecarios, acudiendo a la base jurídica aplicable a la misma, por un lado, en el ámbito de la contratación con consumidores, el art. 83 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre establece que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva conlleva su nulidad absoluta, es decir, como si esta nunca hubiera existido (efectos *ex tunc*). Por su parte, la imprescriptibilidad de las acciones individuales de no incorporación y nulidad se desprende de los arts. 7 y 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril. Esta nulidad absoluta ha sido considerada por la jurisprudencia como una acción de carácter imprescriptible⁸¹, puesto que el contrato es considerado nulo desde su inicio por lo que no es susceptible de ser convalidado con el paso del tiempo⁸².

Ahora bien, en este tipo de procedimientos coexisten dos acciones que si bien se encuentran estrechamente relacionadas cabe diferenciarlas a efectos del plazo de prescripción aplicable a cada una de ellas. Por una parte, se encuentra la acción dirigida a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, pero debe tenerse en cuenta que los efectos de dicha cláusula ya se han desplegado, esto es, la imposición y abono al prestatario de los gastos de formalización del préstamo hipotecario. Por tanto, la mera declaración de nulidad resultaría insuficiente para garantizar el resarcimiento al prestatario del desequilibrio relevante que en la esfera de sus derechos le ha generado la repercusión de la totalidad de los gastos, por lo que es necesario el ejercicio de una acción, subordinada a la de nulidad⁸³, dirigida a la restitución de estos gastos indebidamente repercutidos consumidor, la cual no busca un pronunciamiento meramente declarativo, sino que esta pretensión tiene como objeto la condena al prestamista a la restitución de estos gastos.

De ahí que, dada la naturaleza y consecuencias que poseen cada una de estas acciones resulta preciso abordar si ambas están sujetas a un mismo régimen jurídico en materia de prescripción o, si por el contrario, cada una tiene sus propias reglas.

Sobre esta cuestión existen dos posturas, un sector de la jurisprudencia parte de la existencia de una acción única e imprescriptible que abarca la declaración de abusividad y nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y se extiende a los efectos derivados de la misma, al concebir la restitución de los gastos al prestatario como una consecuencia directa y necesaria de la nulidad⁸⁴. Esta tesis considera que el sometimiento de la acción de restitución de los gastos a un plazo de prescripción contravendría los arts. 3 y 4 de la

⁸¹ STS de 14 noviembre 1991 (RJ 1991\8241) declara en su FJ Quinto: “*la acción de nulidad de pleno derecho o de inexistencia contractual, es imprescriptible, de acuerdo con la antigua regla de lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo, de manera que las acciones de limitación temporal para accionar de cuatro años, que establece el art. 1301 del Código Civil, viene limitada a las acciones de anulabilidad, pero no a las de nulidad radical o inexistencia*”

⁸² STS 606/2016, de 6 octubre (ECLI:ES:TS:2016:4283).

⁸³ A. Carrasco Perera; “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado”; en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Nº 21/2017, pp. 91-105.

⁸⁴ J. Vacas Larraz; “Sobre la prescripción de la acción de resarcimiento de los efectos de la nulidad”; en *Boletín Comisión de Derecho Privado* Vol. I nº 24, abril de 2020.

Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, así como a principios rectores del Derecho comunitario como son el principio de no vinculación o el principio de efecto disuasorio, ya que implicaría el establecimiento de una limitación de carácter temporal que daría lugar a la convalidación de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad lo que obstaculizaría la posibilidad de subsanar de manera efectiva este desequilibrio generado entre el consumidor y el profesional.

La jurisprudencia nacional favorable a esta postura se basa en la premisa establecida por la jurisprudencia del TJUE que afirma que cláusula contractual que ha sido declarada abusiva debe entenderse que nunca ha existido (art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril). Por tanto, según este razonamiento la declaración judicial de nulidad de esta debe traer como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor en caso de que esta cláusula nunca hubiera existido⁸⁵, lo cual lleva aparejado un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. De lo contrario, la exclusión de este efecto restitutorio supondría un menoscabo del efecto disuasorio previsto en los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril⁸⁶ y el hecho de los efectos de la declaración de nulidad quedasen sujetos a un límite temporal daría lugar a una protección que resultaría incompleta e insuficiente. Y que, incluso, dado el amplio margen existente desde la declaración de abusividad de dicha cláusula hasta la existencia de una sentencia firme⁸⁷, podría dar lugar a la prescripción de la acción de restitución durante ese plazo lo que mitigaría el efecto disuasorio que se pretende con la declaración de abusividad de esta cláusula frente a la continuación del empleo de las mismas por parte de las entidades de crédito. En esta línea, entiende que tampoco es posible otorgar al consumidor una protección inferior a la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico⁸⁸.

Sin embargo, existe otro criterio asumido por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia que entiende que la figura de la prescripción opera de manera diferente en este tipo de procedimientos dada la existencia de dos acciones diferenciadas: una acción declarativa – de nulidad de la cláusula abusiva – y la acción de restitución la cual constituye una pretensión de condena. Por tanto, existen dos regímenes jurídicos de prescripción aplicables a cada una de ellas.

⁸⁵ STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17 (ECLI:EU:C:2019:207).

⁸⁶ STJUE 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980).

⁸⁷ J. Vacas Larraz; “Sobre la prescripción de la acción de resarcimiento de los efectos de la nulidad”; en *Boletín Comisión de Derecho Privado* Vol. I nº 24, abril de 2020.

⁸⁸ STS 558/2017, de 16 octubre (ECLI:ES:TS:2017:3721).

Ciertamente, en la práctica se ha puesto de manifiesto la existencia de una dualidad de acciones en estos procedimientos⁸⁹ al existir, por un lado, un sector que, aunque declara la nulidad de esta cláusula por abusiva, ha considerado improcedente la restitución al considerar que quien debía asumir los gastos era el prestatario⁹⁰. Por otra parte, en base al requerimiento procesal de que el demandante deba ejercitar ambas acciones de manera acumulada, en virtud del principio de congruencia se ha negado la restitución de los gastos en aquellos procedimientos en los que no se ha solicitado expresamente la restitución de los gastos⁹¹ al entender que de la declaración de nulidad no se deriva automáticamente la devolución de las cantidades. Así, existen pronunciamientos en los que no se condena a la entidad bancaria a la restitución de los gastos abonados por el prestatario cuando en la demanda solamente se instó la declaración de nulidad⁹².

En la misma línea, la doctrina ha defendido esta postura al afirmar que, a efectos de prescripción, es necesario distinguir entre la acción declarativa de nulidad y la acción restitutoria de lo entregado, ya que el carácter imprescriptible debe entenderse respecto de la declaración de nulidad pero no en relación con la restitución de los bienes o cosas que han sido entregadas u obtenidas en virtud de un contrato nulo la cual sí está sujeta a un plazo de prescripción⁹³.

En vista de lo cual, la discusión surge en torno al plazo de prescripción al que se encuentra sujeta la acción de restitución dirigida a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario. Al no existir ni en la normativa nacional ni en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril un plazo de prescripción específico para la restitución de lo ejecutado en una cláusula declarada nula, se aplicaría supletoriamente el régimen de prescripción previsto en la legislación civil el cual establece un plazo de prescripción de cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación para las acciones personales que tuviesen un plazo específico (art. 1.964.2 CC).

Por tanto, según la legislación vigente existe un plazo de cinco años para poder hacer valer ante los tribunales los efectos devolutivos derivados de la acción de restitución. Cabe

⁸⁹ STS 148/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:849) hace referencia en su FJ Cuarto al carácter autónomo distinguido la acción de restitución de la acción de nulidad cuando señala concretamente que serán los tribunales quienes concreten en procedimientos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, como se distribuyen los gastos e impuesto de la operación.

⁹⁰ A. Agüero Ortiz; “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*; N° 22/2017; pp. 54

⁹¹ M. Jesús Marín López; “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados” en *Revista CESCO de Derecho de consumo* N° 22/2017, pp. 86-99

⁹² SAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APZA:2017:150); SAP de Madrid 139/2017, de 31 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:4689); SAP de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre; (ECLI:ES:APH:2016:722); SAP de Jaén 153/2016, de 7 de marzo (ECLI:ES:APJ:2016:346); entre otras.

⁹³ L. Díez Picazo; “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” Tomo I, Civitas, pp. 314; E. Cordero Lobato y M. Jesús Marín López, “Derecho de obligaciones y contratos en general”, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 169; E. Cordero Lobato y M. Jesús Marín López, “Derecho de obligaciones y contratos en general”, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 169.

señalar que este artículo ha sido modificado por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil – en adelante, Ley 42/2015, de 5 de octubre – dado que anteriormente existía un plazo de prescripción de 15 años. Tras entrada en vigor de esta normativa, surge una problemática en torno al régimen transitorio aplicable a aquellos contratos celebrados antes del 7 de octubre de 2015 – fecha de entrada en vigor de la reforma – así como los contratos formalizados posteriormente. En concreto, la DT 5ª prevé el régimen de prescripción aplicable a aquellos contratos nacidos antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley señalando que se regirán por lo dispuesto en el art. 1.939 CC⁹⁴. Según este precepto, el régimen aplicable a la prescripción es el vigente en el momento en que se inicia el plazo prescriptivo, es decir, de acuerdo con la normativa aplicable en el momento de formalización del contrato. No obstante, dispone que la prescripción se entiende por finalizada cuando la reforma reduce el plazo de prescripción anterior – como en el presente caso – y dicho nuevo plazo transcurre tras la entrada en vigor de la modificación normativa.

En la práctica, la eficacia retroactiva parcial de esta reforma⁹⁵ no ha permitido dilucidar claramente qué plazo se aplica en función de la fecha de celebración del contrato de préstamo hipotecario. Sobre los efectos transitorios de esta modificación se ha pronunciado recientemente el TS – STS 21/2020, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2020:21) – el cual según el momento de celebración del contrato establece cuatro hipótesis posibles: (i) los contratos formalizados con anterioridad al 7 de octubre del 2000 se encontrarían ya prescritos a la entrada en vigor de esta ley al haber transcurrido el plazo de quince años previsto en la legislación anterior a la reforma; (ii) las relaciones jurídicas nacidas entre el 7 de octubre del 2000 y el 7 de octubre de 2005 se les aplicaría el plazo de quince años previsto en la legislación anterior a la reforma; (iii) aquellos negocios jurídicos nacidos a partir del 7 de octubre de 2005 y hasta el 7 de octubre de 2015 – fecha de entrada en vigor de la reforma – les sería de aplicación la DT 5ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre lo que estas acciones se encuentran prescritas desde el 7 de octubre de 2020; (iv) los contratos formalizados con posterioridad al 7 de octubre del 2015 se encuentran sujetos a la nueva redacción del art. 1.964.2 CC con motivo de esta reforma, es decir, tienen un plazo de prescripción de 5 años.

Además, dada la existencia de Derechos forales en nuestro ordenamiento jurídico, debe tenerse en cuenta que los contratos de préstamo hipotecario formalizados en Cataluña se encuentran sujetos a un plazo de prescripción de 10 años (art. 121-20.1 Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, en adelante Ley 29/2002, de 30 de diciembre).

⁹⁴ Art. 1.939 CC: “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.”

⁹⁵ M. Jesús Marín López; “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”; en *Revista CESCO de Derecho de consumo* N° 22/2017, pp. 86-99.

Con respecto esta reducción del plazo, el TJUE ha tenido ocasión de manifestarse recientemente a raíz de una cuestión prejudicial interpuesta por un Juzgado de Mallorca, señalando que el Derecho comunitario no se opone a una normativa nacional que, al mismo tiempo que reconoce el carácter imprescriptible de una acción de nulidad, establece un plazo de prescripción en relación con la acción dirigida a hacer valer sus efectos restitutorios siempre que los plazos sean razonables y sean respetuosos con los principios de equivalencia y efectividad⁹⁶. Por tanto, considera que este nuevo plazo de prescripción de 5 años no imposibilita ni dificulta de manera excesiva el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, debido a que no resulta incompatible con el Derecho de la UE la existencia de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir en interés de la seguridad jurídica⁹⁷ y, en particular, la extensión temporal establecida en el ordenamiento jurídico español es suficientemente amplia para permitir una posibilidad real de autotutela de los derechos del consumidor.

Por consiguiente, la existencia de dos acciones diferenciadas en estos procedimientos demanda la necesidad de limitar temporalmente la acción dirigida a la restitución de estos gastos debido a que no es posible perpetuar el ejercicio de una pretensión de condena obviando principios tan importantes como el de seguridad jurídica, presunción de abandono o de tolerancia frente a una situación de hecho⁹⁸, así como la estabilidad económica lo que podría dar lugar a situaciones como la interposición de una reclamación de un contrato concluido hace décadas, incluso mediante acciones ejercitadas por los propios herederos del prestatario generando una situación de incertidumbre e inestabilidad indefinida⁹⁹. Sin perjuicio de que se garantice la existencia de unos plazos razonables que permitan el ejercicio oportuno y efectivo de este derecho, así como la protección que persigue la normativa aplicable, ya que como ha señalado el TS, la interpretación restrictiva de la figura de la prescripción de estar siempre justificada, so pena de dejar vacío de contenido la protección que se pretende de las disposiciones señaladas¹⁰⁰.

En torno al régimen jurídico de prescripción aplicable también ha existido una problemática en relación a cuál sería el tratamiento de esta figura de los contratos de préstamo hipotecario ya extinguidos, en concreto, si por haberse satisfecho la totalidad del préstamo con garantía hipotecaria la acción se encuentra prescrita. En lo que respecta al ejercicio de la acción de nulidad, es evidente que su carácter imprescriptible impide su convalidación por el transcurso del tiempo por lo que esta acción de nulidad no se encuentra sometida a plazo de prescripción alguno y su ejercicio es independiente a si el préstamo se encuentra

⁹⁶ STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578)

⁹⁷ STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/18 (ECLI:EU:C:2009:615)

⁹⁸ STS 27 de febrero de 1964

⁹⁹ SAP de Madrid 929/2019, de 11 septiembre (ECLI:ES:APM:2019:16041).

¹⁰⁰ SAP de Barcelona 360/2020 de 18 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:977) establece en su FJ Segundo: *“(...) aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre el relaciones jurídicas que no pueden estar amenazadas de esta forma por tiempo indefinido”*

extinguido o no, debido a que la jurisprudencia entiende que no existe fundamento que legitime el mantenimiento de la situación jurídica originada por los efectos de un contrato nulo¹⁰¹. En particular, el TS se ha pronunciado recientemente a propósito de la extinción de contratos de préstamo extinguidos que las cláusulas abusivas– STS 662/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3911) – en relación con una cláusula suelo – declarando que la extinción del contrato no impide la facultad del prestatario de poder ejercer la acción dirigida a la restitución de los gastos indebidamente soportados cuando dicha cláusula ha sido declarada como abusiva.

Por los criterios expuestos, la vigencia o no del contrato de préstamo hipotecario constituye un hecho irrelevante y dicha cuestión no afecta al ejercicio de sus derechos dirigidos a la reclamación contra el prestamista por el carácter abusivo de una cláusula de gastos¹⁰², siempre y cuando el ejercicio de la acción de restitución se interponga en plazo y la acción no haya prescrito¹⁰³. Así pues, la imposibilidad de reclamar por el transcurso del tiempo se encuentra vinculada a que la acción no haya prescrito con independencia de si dicho préstamo se encuentra o no cancelado¹⁰⁴.

2. Determinación del *dies a quo* para el cómputo de la prescripción.

Una vez concluida prescriptibilidad de la acción dirigida a hacer valer la restitución de los gastos soportados por el prestatario es necesario analizar desde cuándo comienza el cómputo del plazo de prescripción. Según la normativa aplicable, el art. 1.969 CC dispone, como regla general, que cuando no exista una disposición especial que determine otra cosa, el inicio del plazo para la prescripción de las acciones se contará desde el día en que estas pudieron ejercitarse. Y, con respecto a las acciones personales que no estén sometidas a un plazo específico, como en el presente caso, el art. 1.964.2 CC señala que el *dies a quo* comienza “desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”. Por su parte, la legislación civil catalana establece que el plazo de prescripción comienza desde que la acción ha nacido y es ejercible, añadiendo como condicionantes que la persona titular de la misma conozca o pueda conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse (art. 121-23 Ley 29/2002, de 30 de diciembre).

¹⁰¹ SAP de Vizcaya 279/2018, de 26 abril 2018 (ECLI:ES:APBI:2018:555) con referencia a las STS de 21 de enero de 2000 y STS 230/2002 de 14 de marzo.

¹⁰² M. Jesús Marín López; “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”; en *Revista CESCO de Derecho de consumo* N° 22/2017, pp. 92-99.

¹⁰³ SJPI n° 1 de Benidorm 174/2017, de 5 de junio (JUR 2017\147403) , FJ Quinto: “(...) ese alegato defensivo tampoco puede prosperar, pues el que nos hallemos ante un contrato ya cancelado y agotado no impide la interposición de reclamaciones siempre y cuando nos hallemos ante el ejercicio de acciones interpuestas en plazo”.

¹⁰⁴ M. Jesús Marín López; “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”; en *Revista CESCO de Derecho de consumo* N° 22/2017, p. 95.

Con carácter previo, resulta necesario analizar desde una perspectiva objetiva y subjetiva el art. 1.969 CC, en el sentido en que si solo se tuviera en cuenta el *dies a quo* en relación con el nacimiento de la acción– dimensión objetiva – es decir, desde el pago de estas partidas por parte del consumidor, se estarían dejando de lado aspectos relevantes tales como si el prestatario era conecedor o no de que esos gastos habían sido indebidamente repercutidos de manera íntegra sobre él, si disponía de una posibilidad real y efectiva para poder ejercitar esta pretensión, si tenía conocimiento suficiente de los hechos que motivaban la pretensión o si conocía la identidad del sujeto contra el que iba a dirigir su reclamación¹⁰⁵.

Trasladando estos requisitos a la pretensión dirigida a hacer valer los efectos devolutivos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, desde una óptica objetiva, esta acción debería ser jurídicamente ejercitable no desde la formalización del contrato de préstamo sino desde que están cantidades han sido efectivamente satisfechas por el prestatario en ejecución de la cláusula, ya que carecería de sentido el ejercicio de una acción de restitución de unas partidas que no han sido abonadas¹⁰⁶. Existe cierta jurisprudencia menor que considera que el plazo se inicia desde la realización efectiva de los pagos que son objeto de la pretensión de restitución ya que desde ese momento es cuando se origina el perjuicio en la esfera de derechos del consumidor ante una disminución en su patrimonio¹⁰⁷, así como el correlativo enriquecimiento para la entidad financiera quien queda exonerada de manera injusta de unos gastos que debía haber asumido¹⁰⁸.

Sin embargo, no puede obviarse el análisis desde un punto de vista subjetivo, en el sentido en que el prestatario conozca o pueda conocer que es titular de un derecho a reclamar la devolución de estas partidas frente a la entidad bancaria por ser dicha cláusula de gastos nula de pleno derecho. Sobre este último requisito existen posiciones enfrentadas en la jurisprudencia y la doctrina ya que resulta difícil delimitar en qué momento exacto puede conocer el consumidor la nulidad de esta cláusula y su derecho a reclamar ya que es a partir de dicha fecha cuando se iniciará el plazo prescriptivo. Un sector de la jurisprudencia es favorable a el plazo debería comenzar desde la declaración de nulidad de la cláusula por la STS 705/2015, de 23 de diciembre, dada la notoriedad y enorme publicidad que tuvo esta sentencia desde su publicación en el BOE el 21 de enero de 2016, no obstante esta sentencia no reviste un contenido constitutivo sino declarativo, es decir, una cláusula nula

¹⁰⁵ M. Jesús Marín López; “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil”: en *La prescripción extintiva, Tirant lo Blanch*, 2014, pp. 15 y ss.

¹⁰⁶ M. Jesús Marín López; “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados”; en *Revista CESCO de Derecho de consumo* N° 22/2017, pp. 92-99.

¹⁰⁷ J. Vacas Larraz; “Sobre la prescripción de la acción de resarcimiento de los efectos de la nulidad”; en *Boletín Comisión de Derecho Privado* Vol. I n° 24, abril de 2020.

¹⁰⁸ SAP de Madrid 929/2019, de 11 de septiembre (ECLI:ES:APM:2019:16041); SAP de Madrid 1355/2019, de 7 de noviembre (ECLI:ES:APM:2019:15074), entre otras.

de pleno derecho es nula desde su nacimiento¹⁰⁹, como si nunca hubiera existido, no desde la declaración de nulidad de la misma por parte de los órganos jurisdiccionales. Tampoco tendría sentido que se estableciera un plazo anterior a esta sentencia, ya que antes de dicha resolución no era posible conocer ni siquiera que dicha cláusula era nula por lo que el consumidor se encontraría imposibilitado a haber ejercido una acción de restitución ante la ignorancia de su nulidad. Además, surgiría la problemática en torno a aquellos contratos formalizados con posterioridad a este pronunciamiento dado que constituiría una exigencia muy restrictiva y limitativa de derechos del consumidor la exigencia con carácter generalizado de que todos tuvieran conocimiento de la existencia de este pronunciamiento, así como los derechos que les amparan, prueba de ello, ha sido la formalización de préstamos con posterioridad a esta sentencia en los que se ha seguido aplicando esta cláusula abusiva. Por ello, debe tenerse presente la capacidad de análisis y evaluación limitada que presenta el consumidor cuando en múltiples ocasiones sigue sin disponer de una información transparente y entendible en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario que le permita conocer el contenido abusivo de esta estipulación así como los derechos que le amparan frente ello¹¹⁰.

Por otra parte, podría entenderse que el *dies a quo* comenzase desde el momento de la declaración de nulidad de la cláusula en el procedimiento judicial correspondiente, ya que podría entenderse que a partir de ese momento el consumidor conoce la posibilidad de ejercitar esta pretensión ante la nulidad de la misma¹¹¹. No obstante, al igual que ocurre con la declaración de nulidad de la cláusula en la STS 705/2015, de 23 de diciembre, esta declaración reviste efectos declarativos. Además, el carácter imprescriptible de la declaración de nulidad permitiría interponer la pretensión de restitución de los gastos de contratos celebrados mucho tiempo atrás lo que podría afectar seriamente a la seguridad jurídica. Por otro lado, dado que ambas acciones suelen ser ejercidas de forma acumulada podría entenderse que el consumidor conoce, al menos, la probabilidad de que si la cláusula es declarada nula se desplegarían dichos efectos restitutorios.

La jurisprudencia del TJUE¹¹² se ha manifestado recientemente sobre esta cuestión declarando la necesidad de prever la posibilidad de que el consumidor pueda ignorar la existencia de una cláusula abusiva cuando suscribe un contrato de préstamo hipotecario o

¹⁰⁹ STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980) dispone que en su apdo. 61 que una cláusula declarada abusiva “*nunca ha existido*”.

¹¹⁰ Abel B. Veiga Copo; “La prescripción extintiva en un concepto de reformas. Vigencias y desfases”; en *Cuaderno Europeo de Deusto*, junio de 2019, p. 149.

¹¹¹ SAP de La Rioja 59/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES:APLO:2018:114): “*el dies a quo para la reclamación de cantidad de una cláusula declarada nula comienza con la firmeza de la declaración de nulidad, pues en este sentido reza el artículo 1971 del CC conforme al cual: «El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme»*”.

¹¹² STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578); STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 (ECLI:EU:C:2020:536).

puede ocurrir que no sea consciente de la amplitud de los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril. A juicio del TJUE no cabría sostener la determinación del *dies a quo*, en todo caso, desde la formalización del contrato o el abono de los gastos, dado que ello supondría aplicar un plazo para la restitución de los gastos al margen de que el consumidor tuviese o pudiese tener conocimiento real del carácter abusivo de la cláusula lo que podría dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos que le amparan como consumidor y vulneraría los principios comunitarios como es el principio de efectividad. Por estas razones, la jurisprudencia comunitaria contempla la realización de una valoración de las circunstancias caso por caso ante la posibilidad de que puedan concurrir elementos que pudieran dar lugar a una excesiva dificultad en el procedimiento de reclamación.

Conforme a lo expuesto, resulta difícil fijar un momento específico en la determinación del *dies a quo* en este tipo de reclamaciones por lo que lo más prudente sería valorar cada caso concreto ya que el conocimiento de la nulidad de la cláusula de gastos puede variar de un consumidor a otro en función de sus circunstancias. No resultaría de recibo establecer un *dies a quo* desde un momento en que la acción no fuese ejercible en virtud de las circunstancias del caso concreto ya que ello sería contrario a los principios comunitarios de equivalencia, no vinculación, así como el principio de efecto disuasorio¹¹³ lo que podría dejar, a la postre, la declaración de nulidad vacía de contenido al no poder obtener los efectos restitutorios derivados de la misma. Mientras que tampoco sería procedente otorgar una protección absoluta e ilimitada al consumidor poco diligente que ha manifestado una dejación en el ejercicio de su derecho estableciendo el *dies a quo* desde el momento de la declaración de nulidad de una cláusula de gastos en cada caso, ya que ni los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril ni la jurisprudencia comunitaria se opone a que la acción para hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva quede sometida a un plazo de prescripción siempre que ni en el momento en que dicho plazo comienza a correr (*dies a quo*) ni su duración hagan “*imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución*”¹¹⁴.

Capítulo VI. Otras cuestiones.

1. Supuestos de prestatario no consumidor.

La calificación del prestatario como consumidor resulta decisivo ya que solo en ese caso se encontrará amparado bajo el paraguas de protección que la legislación comunitaria y nacional confiere a los consumidores en el ámbito de la contratación frente a la imposición de cláusulas abusivas, mediante la aplicación de un régimen jurídico especial y, en particular, de unos mecanismos de control de abusividad de incorporación, de contenido e

¹¹³ J. Vacas Larraz; “Sobre la prescripción de la acción de resarcimiento de los efectos de la nulidad”; en *Boletín Comisión de Derecho Privado* Vol. I nº 24, abril de 2020.

¹¹⁴ STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578).

interpretación de la cláusula (art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril y arts. 82 y ss. RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Además, la STS 705/2015, de 23 de diciembre declara la abusividad de la cláusula de gastos sobre la base del art. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por consiguiente, de conformidad con la legislación de consumidores.

De esta manera, se hace necesario abordar qué ocurre en los casos en los que el prestatario no reúne la condición legal de consumidor y cuál el régimen jurídico aplicable ante la imposición íntegra en el prestatario no consumidor de los gastos de formalización del préstamo hipotecario.

En primer lugar, la doctrina jurisprudencial¹¹⁵ ha puesto de manifiesto que el hecho de que el prestatario sea un profesional o empresario, no obsta que pueda existir un abuso de posición dominante por parte de la entidad bancaria, por lo que nada impide que pueda declararse judicialmente la nulidad de una condición general – como la cláusula de gastos hipotecarios –cuando esta es abusiva en el sentido en que sea generadora de un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes, contraria a la buena fe. En este sentido, las condiciones generales pueden ser objeto de control por vía de su incorporación e inclusión (art. 5 Ley 7/1998, de 13 de abril) por lo que deben ajustarse a unos criterios de transparencia y control, y no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones en las que el adherente –sea o no consumidor– no haya tenido oportunidad real de conocer de manera concreta en el momento de suscripción del contrato; aquellas que sean oscuras, ambiguas e incomprensibles (art. 7 Ley 7/1998, de 13 de abril). Sin embargo, en los contratos suscritos por profesionales no se aplica el segundo control relativo al examen de la transparencia de las cláusulas en los contratos suscritos con consumidores de acuerdo con las exigencias previstas en los arts. 82 y ss. RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹¹⁶. De tal manera que si el órgano jurisdiccional valora, a la luz de las circunstancias, que la cláusula de gastos reúne las exigencias formales de claridad y comprensibilidad (arts. 5 y 7 Ley 7/1998, de 13 de abril) no procedería la declaración de abusividad de esta estipulación.

Por otra parte, según reiterada jurisprudencia el concepto de *abusividad* en sentido estricto no opera en contratos celebrados entre profesionales y empresarios¹¹⁷ debido a que la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas se concibe como una técnica de protección frente al prestatario-consumidor y no frente al prestatario en general¹¹⁸. Por ello, la doctrina

¹¹⁵ STS 41/2017, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2017:124).

¹¹⁶ STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916); STS 464/2014, de 8 de septiembre (RJ 2014\4660).

¹¹⁷ STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916); STS 367/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2550); STS 30/2017, de 18 de enero (RJ 2017\922); STS 41/2017, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2017:124); STS 57/2017, de 30 de enero (RJ 2017, 371); STS 639/2017, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4116); STS 8/2018, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:8); entre otras.

¹¹⁸ STS 227/2015, de 30 abril (ECLI:ES:TS:2015:1923)

jurisprudencial ha rechazado de manera reiterada la aplicación del control de abusividad en cláusulas perjudiciales para profesionales o empresarios¹¹⁹.

Por consiguiente, será decisivo determinar si el prestatario reúne o no la condición legal de consumidor. Según la legislación vigente, son consumidores las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, así como las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica cuando actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito diferente al de su actividad comercial (art. 3 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). En cuanto a la delimitación entre consumidor y profesional, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva¹²⁰, dado que lo determinante no son las condiciones subjetivas del contratante – ya que una persona puede considerarse consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras - sino el destino de la operación. En consecuencia, solo aquellos contratos de préstamo hipotecario celebrados con independencia de cualquier actividad profesional y con la finalidad de satisfacer necesidades de consumo privado son objeto de protección de la legislación de consumidores frente a la imposición de cláusulas abusivas, de lo contrario dicha protección no resultaría justificada¹²¹. En consecuencia, el juez nacional valorará aquellas circunstancias que permitan demostrar cuál es la finalidad con la que se adquiere el inmueble, así como la naturaleza del bien o servicio¹²².

Así, existen pronunciamientos por parte de la jurisprudencia nacional que han llevado a la inaplicabilidad de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios al interpretar que en el caso concreto no actuaban como consumidores. En particular, cierta jurisprudencia menor ha considerado “*insostenible*” que se considere que el prestatario reúne la condición de consumidor cuando su intervención se realiza en beneficio una sociedad mercantil de la que es titular¹²³. Por ejemplo, en aquellos casos en los que el préstamo hipotecario se utiliza con el fin de financiar la construcción de infraestructura relativa a su actividad profesional ha sido calificado como “*un supuesto patente de actuación empresarial*”¹²⁴ el cual resulta incompatible con la noción legal de consumidor ante la existencia de un afán de enriquecimiento en la operación realizada por el prestatario. De esta manera, lo relevante no es si actúa en nombre propio o a través de una sociedad sino la finalidad de su intervención, es decir, si esta es ajena o no a su actividad profesional. Por ejemplo, podría considerarse que actúa como consumidor una persona que suscribe un contrato de préstamo para la adquisición de su vivienda habitual, en cambio se excluye su cualidad de

¹¹⁹ STS 587/2017, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3802)

¹²⁰ STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17 (ECLI:EU:C:2019:123).

¹²¹ STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/2016 (ECLI:EU:C:2018:37).

¹²² STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (ECLI:EU:C:2015:538).

¹²³ SAP de Valencia 303/2019, de 11 de marzo (ECLI:ECLI:ES:APV:2019:1162), SAP Barcelona 1526/2019, de 29 de julio (ECLI:ES:APB:2019:10559)

¹²⁴ SAP de Badajoz 211/2019, de 25 de marzo (ECLI:ECLI:ES:APBA:2019:308); SAP de Asturias 138/2019, de 22 de noviembre (ECLI:ECLI:ES:APO:2019:1124).

consumidora cuando el inmueble va a ser destinado para la realización de una actividad comercial¹²⁵ donde queda excluida la contratación del préstamo como un acto de consumo al entender que existe una finalidad de lucro en la operación¹²⁶. Menor duda se aprecia en aquellos casos en los que la suscripción del contrato se realiza directamente por una sociedad mercantil dada la presunción del ánimo de lucro en las operaciones de las mismas (art. 116 Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio y art. 2 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)¹²⁷.

Con respecto al tratamiento en aquellos casos en los que el inmueble hipotecado se destina a una finalidad mixta, es decir, a satisfacer necesidades personales del prestatario y, al mismo tiempo, al ejercicio de una actividad profesional, el criterio mantenido por el TS en línea con la jurisprudencia del TJUE se fundamenta en que prestatario podrá ampararse en el régimen jurídico especial aplicable a los consumidores cuando el vínculo del contrato con la actividad profesional sea de carácter tenue o marginal, es decir, cuando su actividad empresarial no es predominante¹²⁸.

Con carácter general, el momento en que según la jurisprudencia debe examinarse la condición legal de consumidor es en el momento de suscripción del préstamo hipotecario y recibe la información precontractual, dado que dichas circunstancias afectan a la prestación del consentimiento, siendo irrelevante si su condición legal cambia posteriormente¹²⁹. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ya había asentado que esta protección no se encuentra justificada en casos en los que el objeto del préstamo hipotecario es una actividad profesional aun cuando la misma se prevea para un momento posterior¹³⁰. Así, en ciertos casos se ha excluido la cualidad de consumidor del prestatario ante un contrato de préstamo hipotecario de un inmueble que va a ser utilizado para el ejercicio de una actividad comercial al entender que la suscripción del préstamo constituye un negocio jurídico de carácter profesional y empresarial¹³¹, ya que en esos casos nada impide que en el futuro el prestatario pueda utilizar el local hipotecado como medio para su actividad empresarial¹³².

Ahora bien, cierta doctrina se ha mostrado crítica frente a una exclusión generalizada a aquellos contratantes que a pesar de que no reúnen la calificación jurídica de consumidor continúan siendo, dadas sus cualidades particulares, la parte débil del contrato, como

¹²⁵ STS 230/2019, de 11 de abril (ECLI:ECLI:ES:TS:2019:1226).

¹²⁶ SAP de Palencia 236/2019, de 1 de julio (ECLI:ECLI:ES:APP:2019:340).

¹²⁷ SAP de Barcelona 1644/2019, de 26 de septiembre (ECLI:ECLI:ES:APB:2019:11075).

¹²⁸ STS 224/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1385) y STJUE 25 de enero de 2018, asunto C-498/2016 (ECLI:EU:C:2018:37).

¹²⁹ STS 8/2018, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:8).

¹³⁰ STJUE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95 (ECLI:EU:C:1997:337).

¹³¹ STS 230/2019, de 11 de abril (ECLI:ECLI:ES:TS:2019:1226).

¹³² SAP de Palencia 236/2019, de 1 de julio (ECLI:ECLI:ES:APP:2019:340).

podrían ser pequeños empresarios o autónomos¹³³. De ahí que lo más prudente en estos casos sería tener en cuenta su nivel de conocimiento experto y su situación particular, los cuales deberían contextualizarse según las circunstancias de cada caso, so pena de colocar al prestatario en una situación de indefensión frente a la imposición de una cláusula abusiva que le genera un grave desequilibrio.

En suma, existe una diferencia de tratamiento en función de si el prestatario es o no consumidor, de tal suerte que en aquellos casos en los que no ostente tal calificación legal no podrá acogerse a los mecanismos de protección y control dispuestos por la normativa y la jurisprudencia y, teniendo en cuenta que ni el legislador español ni la norma comunitaria han previsto a día de hoy un régimen de protección específico frente a este tipo de cláusulas cuando el prestatario no es consumidor, deberán analizarse las circunstancias del caso concreto con el fin de examinar si se cumplen las exigencias requeridas en la contratación en general: buena fe, justo equilibrio de las prestaciones (art. 1.258 CC y art. 8.1 Ley 7/1998, de 13 de abril). Sin embargo, no será de aplicación el control de transparencia el cual queda reservado a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores¹³⁴. Por lo cual, si no concurren los requisitos de declaración de nulidad previstos en la legislación civil (art. 1.261 CC) ni se aprecia por parte del tribunal una vulneración del principio de buena fe, y la cláusula litigiosa se entiende que supera un control de contenido y comprensión, no resulta contraria a las leyes, no es oscura ni inconcreta, se entenderá que no concurre error en la prestación del consentimiento de los prestatarios, por lo no se considerará abusiva.

2. Incidencia en la cuestión de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Ante la elevada litigiosidad generada por la existencia de cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios¹³⁵ se promulga esta ley con el objetivo de transponer al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, en aras de reforzar la seguridad jurídica, la transparencia, así como la comprensión de esta modalidad de contratación y de las cláusulas que lo componen con el fin de garantizar el justo equilibrio entre las partes¹³⁶.

¹³³ S. Del Rey Barba; “La protección de los consumidores, cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios”, en: *Estudios y comentarios: la calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*; Editorial Civitas, S.A., Enero 2019: pp. 25 y 26.

¹³⁴ STS 705/2015, de 23 de diciembre (ECLI: ES:TS:2015:5618); STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916); STS 138/2015, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1279); STS 168/2020, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:812).

¹³⁵ C. Sánchez Benítez: “Consideraciones críticas sobre algunos aspectos de la Ley 5/2019 de los contratos de crédito inmobiliario: especial análisis de los artículos 14, 24 y 25” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 2/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U.

¹³⁶ M^a Nuria Pina Barrajón; “Guía de estudio para comprender la evolución de la jurisprudencia y la legislación respecto de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario”; en *Diario La Ley*; Nº. 9701, Sección Doctrina, Septiembre de 2020, Wolters Kluwer; p. 4.

Así, este cuerpo legal pretende ir más allá con el fin de codificar unas garantías dirigidas a reforzar la protección de los prestatarios en la contratación de créditos inmobiliarios.

En primer lugar, las disposiciones de esta norma son imperativas e irrenunciables (art. 3.1 Ley 5/2019, de 15 de marzo), lo que impide que las partes introduzcan cualquier cláusula que modifique su contenido, ni siquiera cuando pudiera ser más beneficiosa para el prestatario. Esta circunstancia ha sido criticada por algunos autores al considerar que, al menos, debería haberse permitido la modificación cuando estas fuesen más favorables al prestatario mediante una “*imperatividad relativa*”¹³⁷.

En relación con la aplicación temporal de esta norma, no se aplica retroactivamente a aquellos contratos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor -16 de junio de 2019 (DF 16ª Ley 5/2019, de 15 de marzo)-, los cuales quedan sometidos a la normativa aplicable en el momento de su formalización¹³⁸, a excepción de aquellos que sean objeto de novación o subrogación con posterioridad a su entrada en vigor (DT 1ª apdo. 1 Ley 5/2019, de 15 de marzo). Con respecto a la normativa aplicable en los supuestos en los que ya se hubiera entregado información precontractual al prestatario con anterioridad al 16 de junio de 2019, pero la escritura de préstamo se formaliza con posterioridad a esta fecha, la DGRN emitió una Instrucción¹³⁹ estableciendo que la simple emisión de información precontractual no equivale a la existencia de un contrato, por lo que la fecha que se tiene en cuenta es la relativa a la formalización del préstamo hipotecario.

A efectos de la cláusula de gastos hipotecarios interesa destacar, en particular, una serie de novedades y modificaciones. Por un lado, esta norma introduce una ampliación de la esfera subjetiva de protección en la contratación inmobiliaria al extender su régimen jurídico a todas las personas físicas independientemente que ostenten o no la calificación legal de consumidor, siempre que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos que se encuentren garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía que recaigan sobre bienes inmuebles de uso residencial, así como aquellos cuya finalidad sea la

¹³⁷ K. Jochen Albiez Dohtmann; “Problemas y contradicciones en la protección del prestatario no consumidor en la ley de contratos de crédito inmobiliario”; en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 19/2019; Universidad de Jaén; 2019; p. 17.

¹³⁸ En este sentido, la STS 44/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102) señaló expresamente en su FJ 7º que: “19.- *Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece probable que lleve a cabo el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 del Código Civil)*”.

¹³⁹ Instrucción de 17 de junio de 2019, sobre la firma de operaciones cuya comercialización, oferta y entrega al consumidor de la información se ha desarrollado bajo la vigencia de la normativa anterior, formalizándose el préstamo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir (art. 1 Ley 5/2019, de 15 de marzo). Ciertamente, esta ampliación de su paraguas de protección permite garantizar la tutela de los derechos de ciertos colectivos que aun no siendo consumidores siguen encontrándose una situación de asimetría y necesitan una especial protección en la contratación, como por ejemplo trabajadores autónomos¹⁴⁰.

Otra de las novedades más destacadas reside en la regulación exhaustiva que desarrolla esta ley en lo que concierne a las obligaciones de información y transparencia para los prestamistas a través de la introducción de mecanismos que permiten reforzar el equilibrio de las partes no solo durante la relación contractual sino antes de la suscripción del contrato de préstamo hipotecario. Este deber de información y transparencia precontractual se materializa a través formularios normalizados -Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)- que deberán ser suministrados al prestatario con una antelación mínima de diez días naturales. Y, en particular, en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) se informa al prestatario de la existencia de aquellas cláusulas o elementos relevantes entre los que se encuentra la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo (art. 14 Ley 5/2015, 15 de marzo).

Asimismo, el legislador utiliza esta ley como instrumento para la mejora de la Ley 7/1998, de 13 de abril, así como la legislación de consumidores en el ámbito del control de las cláusulas abusivas. Concretamente, mediante la reforma de ciertas disposiciones que han sido objeto de examen durante este Trabajo entre las que resulta preciso destacar la modificación de los arts. 83 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre así como del art. 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (DF 4º y DF 8ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo), en los que se añade un párrafo adicional en sintonía con el control de transparencia que por vía jurisprudencial se había venido aplicando hasta el momento en relación con la existencia de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores donde el legislador establece expresamente que aquellas que no sean incorporadas de modo transparente serán consideradas nulas de pleno derecho. No obstante, este control de transparencia solamente se sigue manteniendo en la esfera de contratación con consumidores¹⁴¹. Análogamente, el carácter general del nuevo apartado 4 del art. 521 Ley 1/2000, de 7 de enero -reformado por la DF 5ª Ley 5/2019, de 15 de marzo- es de aplicación únicamente a los préstamos hipotecarios con consumidores, al disponer “*que las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la*

¹⁴⁰ K. Jochen Albiez Dohtmann; “Problemas y contradicciones en la protección del prestatario no consumidor en la ley de contratos de crédito inmobiliario”; en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 19/2019; Universidad de Jaén; 2019; p. 5.

¹⁴¹ K. Jochen Albiez Dohtmann; “Problemas y contradicciones en la protección del prestatario no consumidor en la ley de contratos de crédito inmobiliario”; en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 19/2019; Universidad de Jaén; 2019; en p. 12 señala que “*esta voluntad clara del legislador seguirá impidiendo en el futuro un cambio en la jurisprudencia a favor de la transparencia material de las condiciones generales en contratos con empresarios*”.

utilización de condiciones generales abusivas se remitirán de oficio por el órgano judicial al Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, para su inscripción”.

Igualmente, para reforzar esta protección se incrementan las exigencias de control de los Notarios y Registradores de la propiedad en relación con la autorización e inscripción de cláusulas que han sido declaradas abusivas, como es el caso de la cláusula de gastos hipotecarios. Dicha obligación se materializa en unos mandatos: por un lado, a los Registradores de la propiedad, quienes no podrán inscribir aquellas cláusulas en contratos con consumidores que vulneren normas imperativas o que hayan sido declaradas nulas por abusivas por una STS con valor de jurisprudencia o en virtud de sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación (art. 258.2 LH, modificado por la DF 1ª Ley 5/2019, de 15 de marzo); por otra parte, este refuerzo del control de abusividad se materializa con el deber de los Notarios de informar a las partes cuando aprecien la existencia de una cláusula que pueda ser abusiva y advertirles, en su caso, si insisten en su otorgamiento.

Por último, una de las reformas más relevantes a efectos de la cláusula objeto de análisis de este trabajo es que mediante esta ley por primera vez el legislador establece el régimen aplicable al reparto de los gastos de formalización del préstamo hipotecario, incluso va más allá al obligar al prestamista a informar al prestatario mediante la entrega de un documento que indique qué gastos corresponde abonar a cada parte (art. 14.1.e de la Ley 5/2019, de 15 de marzo).

Así, el reparto de los gastos de formalización de los contratos de préstamo hipotecario formalizados tras la entrada en vigor de esta ley queda de la siguiente manera: corresponden al prestatario los gastos de tasación del inmueble y se atribuye al prestamista el deber de sufragar los gastos de gestoría, los aranceles notariales, así como los relativos al Registro de la Propiedad. Por lo que se refiere al abono del IAJD se remite a lo establecido en la normativa tributaria aplicable. Y con respecto al coste de las copias, correrán a cargo de aquella parte que las solicite.

No obstante, existen ciertos aspectos que no se encuentran desprovistos de controversia como el criterio adoptado en relación al deber del prestamista de abono de los gastos notariales, el cual se aparta del criterio jurisprudencial asentado por el TS cuya regla establecía que debían sufragarse por mitad, la imputación de los gastos de tasación al prestatario respecto de la que es preciso cuestionarse si sería razonable en aquellos casos en los que el prestamista designa de manera unilateral al tasador¹⁴². Sin embargo, es indudable que la codificación del reparto de estos gastos ha supuesto un paso muy importante

¹⁴² M. Jesús Marín López, “Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario”; en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 10/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U, p. 19.

tendente a reducir la ingente litigiosidad existente sobre el reparto de estas partidas, otorgando una mayor seguridad jurídica en la contratación de préstamos hipotecarios.

Conclusiones

Primera.- La declaración nulidad por abusiva de la cláusula de gastos hipotecarios por la STS 705/2015, de 23 de diciembre, sobre la base el desequilibrio relevante que implica la atribución exclusiva de dichos gastos al prestatario-consumidor, permitió sentar las bases para proceder al reparto equitativo de las diferentes partidas el cual ha sido abordado por la jurisprudencia posterior.

Segunda.- Una vez declarada la nulidad de la cláusula, corresponde al juez examinar qué parte ostenta el deber legal de abonar cada una de las partidas en función de la normativa aplicable a cada una de ellas en el momento de suscripción del contrato de préstamo.

Tercera.- Los gastos notariales deben ser soportados por mitades, al tener ambas partes interés en la intervención notarial.

Cuarta.- El abono de los gastos registrales corresponde a la entidad prestamista, habida cuenta de que la inscripción le permite obtener un título ejecutivo con la posibilidad de ejecución especial ante un incumplimiento contractual del prestatario.

Quinta.- Los gastos judiciales y extrajudiciales, así como los honorarios de abogado y procurador, se encuentran sometidos a estricta regulación legal de carácter imperativo y, por tanto, indisponible para las partes. En cuanto a las costas, el TS ha establecido recientemente que deberán ser sufragadas por la entidad prestamista cuando el consumidor vea estimadas todas sus pretensiones.

Sexta.- En relación con el sujeto pasivo del IAJD, de conformidad con la antigua redacción del art. 68 II RD 828/1995, de 19 de mayo, el prestatario es el sujeto pasivo de este impuesto. No obstante, tras la reforma introducida por el RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, en los contratos de préstamo formalizados a partir del 10 de noviembre de 2018 se configura como sujeto pasivo de este tributo al prestamista.

Séptima.- En lo que concierne a los trámites de gestoría y tasación, la postura más reciente de la jurisprudencia se inclina por la devolución íntegra de estos gastos al tratarse de servicios complementarios y accesorios no solicitados por el prestatario-consumidor.

Octava.- A efectos del cómputo del plazo de prescripción, debe diferenciarse el carácter imprescriptible de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la pretensión dirigida a la restitución de los gastos la cual está sujeta a un plazo de prescripción de 5 años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (art. 1964.2 CC). Y, a fin de evitar una situación de indefensión, para determinar el *dies a quo*, la jurisprudencia comunitaria ha

establecido la necesidad de examinar las circunstancias de cada caso con el objeto valorar desde qué momento podía realmente el consumidor ejercitar esta pretensión.

Novena.- La Ley 5/2019, de 15 de marzo, codifica por primera vez la distribución de los gastos de formalización del préstamo hipotecario, por lo que en los préstamos formalizados tras su entrada en vigor corresponden al prestatario el abono los gastos de tasación y al prestamista sufragar gastos notariales, registrales y de gestoría. En cuanto al sujeto pasivo del IAJD se remite a lo dispuesto en la legislación fiscal aplicable.

Décima.- Ciertos aspectos continúan siendo objeto de controversia, como ocurre con la inexistencia de un régimen jurídico de protección específico para aquellos los prestatarios no reuniendo la calificación legal de consumidor se encuentran en una situación de asimetría en el ámbito de la contratación, como algunos pequeños empresarios o autónomos.

Bibliografía

- A. Agüero Ortiz; “Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017)” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*; Nº 22/2017.
- K. Jochen Albiez Dohrmann; “Problemas y contradicciones en la protección del prestatario no consumidor en la ley de contratos de crédito inmobiliario”; en *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 19/2019; Universidad de Jaén; 2019.
- A. Bercovitz Rodríguez Cano; “El principio de protección de los consumidores”; en *Manuales Universitarios. Apuntes de Derecho Mercantil*; Aranzadi, 2018.
- A. Carrasco Perera; “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado”; en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Nº 21/2017.
- E. Cordero Lobato y M. Jesús Marín López, “Derecho de obligaciones y contratos en general”, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- S. Del Rey Barba; “La protección de los consumidores, cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios”, en: *Estudios y comentarios: la calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*; Editorial Civitas, S.A., enero 2019.
- L. Díez Picazo; *Introducción a la Teoría del Contrato*, 5º Edición, Civitas, Madrid, 1996.
- L. Díez Picazo; “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial” Tomo I, Civitas.
- M. Jesús Marín López; “El dies a quo del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil”: en *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, 2014.

- M. Jesús Marín López; “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados” en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, Nº 22/2017.
- M. Jesús Marín López, “Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario”; en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 10/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U.
- M^a Nuria Pina Barrajón; “Guía de estudio para comprender la evolución de la jurisprudencia y la legislación respecto de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario”; en *Diario La Ley*, Nº. 9701, Sección Doctrina, septiembre de 2020.
- C. Sánchez Benítez: “Consideraciones críticas sobre algunos aspectos de la Ley 5/2019 de los contratos de crédito inmobiliario: especial análisis de los artículos 14, 24 y 25” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 2/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U.
- J. Vacas Larraz; “Sobre la prescripción de la acción de resarcimiento de los efectos de la nulidad”; en *Boletín Comisión de Derecho Privado*, Vol. I nº 24, abril de 2020.
- T. Vázquez Muiña; “La doctrina del Tribunal Supremo sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”; en *Ars Boni Et Aequi*; 2018.
- Abel B. Veiga Copo; “La prescripción extintiva en un concepto de reformas. Vigencias y desfases”; en *Cuaderno Europeo de Deusto*, junio de 2019.

Resoluciones judiciales

STJUE:

- STJUE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95 (ECLI:EU:C:1997:337).
- STJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, asunto C-40/18 (ECLI:EU:C:2009:615).
- STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 (ECLI:EU:C:2012:349).
- STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 (ECLI:EU:C:2013:341).
- STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (ECLI:EU:C:2015:538).
- STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21).
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980).
- STJUE 25 de enero de 2018, asunto C-498/2016 (ECLI:EU:C:2018:37).
- STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17 (ECLI:EU:C:2019:123).
- STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-118/17 (ECLI:EU:C:2019:207).
- STJUE de 9 de julio de 2020, asuntos acumulados C-698/18 y C-699/18 (ECLI:EU:C:2020:536).

- STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (ECLI:EU:C:2020:578) .

STS:

- STS de 17 diciembre 1979 (RJ 1979/4363).
- STS de 16 marzo 1981 (RJ 1981\916).
- STS de 14 noviembre 1991 (RJ 1991\8241).
- STS 482/1994, de 26 mayo (RJ 1994\3749).
- STS 1084/1998, de 13 de noviembre (RJ 1998\8742).
- STS 550/2000, de 1 de junio (Rec. 2158/1995).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 marzo 2006 (Rec. 1839/2001).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de octubre de 2006 (Rec. 4593/01).
- STS 311/2009, de 6 mayo (RJ 2009\2910).
- STS 340/2010, de 24 mayo (ECLI: ECLI:ES:TS:2010:2916).
- STS 842/2011, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7981).
- STS 12/2013, de 21 enero (ECLI:ES:TS:2013:203).
- STS 244/2013, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2589).
- STS 241/2013, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1916).
- STS 464/2014, de 8 de septiembre (RJ 2014\4660).
- STS 138/2015, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:1279).
- STS 227/2015, de 30 abril (ECLI:ES:TS:2015:1923).
- STS 470/2015, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3828).
- STS 705/2015, de 23 de diciembre (ECLI: ES:TS:2015:5618).
- STS 367/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2550).
- STS 606/2016, de 6 octubre (ECLI:ES:TS:2016:4283).
- STS 558/2017, de 16 octubre (ECLI:ES:TS:2017:3721).
- STS 30/2017, de 18 de enero (RJ 2017\922).
- STS 41/2017, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2017:124).
- STS 57/2017, de 30 de enero (RJ 2017, 371).
- STS 224/2017, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1385).
- STS 558/2017, de 16 octubre (ECLI:ES:TS:2017:3721).
- STS 587/2017, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3802).
- STS 639/2017, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4116).
- STS 8/2018, de 10 de enero (ECLI:ES:TS:2018:8).
- STS 147/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:848).
- STS 148/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:849).
- STS 215/2018, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1315).
- STS 475/2020, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2935).
- STS 477/2020, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3120).
- STS 1505/2018, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3422).

- STS 1503/2018, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3511).
- STS 1531/2018, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3519).
- STS 1669/2018, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3888).
- STS 1670/2018, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3885).
- STS 1671/2018, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3887).
- STS 725/2018, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4236).
- STS 44/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:102).
- STS 46/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:101).
- STS 47/2019 de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:103).
- STS 48/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:104).
- STS 49/2019, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2019:105).
- STS 158/2019, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:773).
- STS 230/2019, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1226).
- STS 662/2019, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3911).
- STS 21/2020, de 20 de enero (ECLI:ES:TS:2020:21).
- STS 168/2020, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:812).
- STS 399/2020, de 13 mayo (ECLI:ES:TS:2020:1027).
- STS 544/2020, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1026).
- STS 393/2020, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2223).
- STS 457/2020, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2495).
- STS 472/2020, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2838).
- STS 555/2020, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3453).

STSJ:

- STSJ de Madrid 637/2016, de 9 de junio (ECLI:ES:TSJM:2016:8411).
- STSJ de Madrid 573/2016, de 26 de junio (ECLI:ES:TSJM:2016:6829).

SAP:

- SAP de Islas Baleares 391/2007, de 27 de diciembre (ECLI:ES:APIB:2017:2188).
- SAP de Madrid 242/2013, de 26 de julio (ECLI:ES:APM:2013:12691).
- SAP de Murcia 140/2016, de 25 de febrero (ECLI:ES:APMU:2016:566).
- SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:APM:2016:4269).
- SAP de Jaén 153/2016, de 7 de marzo (ECLI:ES:APJ:2016:346).
- SAP de Pontevedra 188/2016, de 7 de abril (ECLI:ES:APPO:2016:592).
- SAP de Tarragona 252/2016, de 1 de junio (ECLI:ES:APT:2016:880).
- SAP de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APH:2016:722).
- SAP de Asturias 42/2017, de 27 de enero (ECLI:ES:APO:2017:165).
- SAP de Asturias 32/2017, de 1 de febrero (ECLI:ES:APO:2017:399).
- SAP de Asturias 63/2017, de 17 de febrero (ECLI:ES:APO:2017:642).
- SAP de Asturias 126/2017, 24 de marzo (ECLI:ES:APO:2017:741).

- SAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo (ECLI:ES:APZA:2017:150).
- SAP de Madrid 139/2017, de 31 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:4689).
- SAP de Asturias 197/2017, de 2 de junio (ECLI:ES:APO:2017:1587).
- SAP de A Coruña 132/2017, de 25 de septiembre (ECLI:ES:APC:2017:994A).
- SAP de Asturias 295/2017, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APO:2017:2505).
- SAP de La Rioja 177/2017, de 31 de octubre (AC 2017\1335).
- SAP de Vizcaya 478/2017, de 13 diciembre (AC 2017\1550).
- SAP de La Rioja 59/2018, de 21 de febrero (ECLI:ES:APLO:2018:114).
- SAP de Vizcaya 279/2018, de 26 abril (ECLI:ES:APBI:2018:555).
- SAP de Valencia 303/2019, de 11 de marzo (ECLI:ECLI:ES:APV:2019:1162).
- SAP de Badajoz 211/2019, de 25 de marzo (ECLI:ECLI:ES:APBA:2019:308).
- SAP de Palencia 236/2019, de 1 de julio (ECLI:ECLI:ES:APP:2019:340).
- SAP de Barcelona 1526/2019, de 29 de julio (ECLI:ES:APB:2019:10559).
- SAP de Madrid 929/2019, de 11 septiembre (ECLI:ES:APM:2019:16041).
- SAP de Barcelona 1644/2019, de 26 de septiembre (ECLI:ECLI:ES:APB:2019:11075).
- SAP de Madrid 1355/2019, de 7 de noviembre (ECLI:ES:APM:2019:15074).
- SAP de Asturias 138/2019, de 22 de noviembre (ECLI:ECLI:ES:APO:2019:1124).
- SAP de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero (ECLI:ES:APB:2020:977).
- SAP de Las Palmas, 552/2020, de 21 de julio (ECLI:ES:APGC:2020:552).

SJPI:

- SJPI nº 11 de Oviedo 247/2016, de 9 de diciembre (JUR 2017\1549).
- SJPI nº 6 de Granollers 410/2016, de 21 de diciembre (JUR 2017\9372).
- SJPI nº 2 de Barakaldo, de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\73051).
- SJPI nº 1 de Benidorm 174/2017, de 5 de junio (JUR 2017\147403).
- SJPI nº 11 de Murcia 1/2017, de 23 de octubre (ECLI:ES:JPI:2017:595).
- SJPI nº 9 bis de Córdoba 4/2017, de 27 de noviembre (ECLI:ES:JPI:2017:665).
- SJPII nº 1 de Segovia 158/2018, de 26 de diciembre (ECLI:ES:JPII:2018:158).