

Versión anonimizada

C-259/19 - 1

Asunto C-259/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

27 de marzo de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (España)

Fecha de la resolución de remisión:

13 de marzo de 2019

Parte demandante:

LG

PK

Parte demandada

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

JDO. 1A. INST. E INSTRUCCIÓN N. 6 DE CEUTA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/ SERRANO ORIVE S/N

Teléfono: 856.907.822, **Fax:** 956.510.769

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MLG

Modelo: S40010

N.I.G.: 51001 41 1 2018 0001421

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1110866</u>
Luxemburgo, el <u>28-03-2019</u>
Fax/E-mail:
Presentado el: <u>27/3/19</u>
El Secretario, por orden  Leticia Carrasco Marco Administradora

ES

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000190 /2018

Procedimiento origen: /

**Sobre COND. GNRLS. CTRTO. FINAC. GARNT. INMO. PRSTARIO.
PER. FIS**

D/ña. LG

Procurador/a Sr/a. MARIA CRUZ RUIZ REINA, MARIA CRUZ RUIZ REINA

Abogado/a Sr/a. GUILLERMO MARTINEZ CASTRO,

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a Sr/a. MARIA AFRICA MELGAR DURAN

Abogado/a Sr/a. PATRICIA NAVARRO MONTES

AUTO

PLANTEANDO CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TJUE

En Ceuta, a 13 de marzo de 2019.

Vistos por Doña María de la Luz Lozano Gago, Ilma. Sra. Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Ceuta, los autos de procedimiento ordinario n.º 190/2018, dada cuenta por el negociado encargado de estos autos con fecha 12.3.2019, y en consideración a los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Y ÚNICO.-

En este juzgado se interpuso demanda de procedimiento ordinario solicitando que se admita y por la que se ejercitaba acción declarativa de nulidad de la condición general de la contratación denominada gastos, y que en su caso se restableciera la situación en la que se hallaría el consumidor de no haber existido dicha [OR 2] cláusula, incluyendo la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en cumplimiento de la indicada cláusula que se declarare nula si procediere, así como acción declarativa de nulidad de la condición general de la contratación denominada vencimiento anticipado y se solicitaba asimismo que se plantease cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establecen los criterios que determinan el carácter abusivo de la cláusula no negociada, que regulan las consecuencias de su eventual declaración de abusividad.

Con carácter previo a plantear la cuestión prejudicial, se dio audiencia a las partes y no se ha estimado necesario conferírsele al Ministerio Fiscal de acuerdo con lo establecido en la Instrucción 1/2016, de 7 de enero de 2016, de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas, apartado 5, punto segundo, a cuyo tenor: «Cuando se suscite la cuestión prejudicial en un procedimiento para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, el Fiscal deberá emitir el correspondiente dictamen, aunque no se hubiera constituido con anterioridad como parte, siempre que aprecie interés social». No se entiende que concurra dicho interés social por cuanto se trata de un procedimiento declarativo individual el presente, y no de una acción colectiva ex art. 15 de la LEC.

De acuerdo con las recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2018/C 257/01) que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha realizado, se dictó providencia de fecha 18.2.2019 con suspensión del término para dictar sentencia y abriendo trámite previo de contradicción procesal, con el resultado que obra en autos.
[OR 3]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la cuestión prejudicial comunitaria.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo «TJUE») peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión si lo considera necesario para resolver el litigio que conozca.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros este *podrá* pedir al TJUE que se pronuncie sobre ella si estima que es necesaria una decisión para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno dicho órgano *estará obligado* a someter la cuestión al TJUE salvo cuando ya exista jurisprudencia en la materia y las eventuales diferencias de contexto no planteen dudas reales sobre la posibilidad de aplicar al caso de autos la jurisprudencia existente o cuando la manera correcta de interpretar la norma jurídica de que se trate sea del todo punto evidente.

2. Conforme a la nota informativa emitida por el Tribunal sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos de jurisdicciones nacionales (2005/C 143/01, DOUE 11.6.2005) la cuestión que se somete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vincula a la interpretación de una norma de derecho comunitario. Se traerá a colación derecho originario y derivado.

SEGUNDO.- Síntesis del supuesto fáctico.

Se plantea demanda de nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario [OR 4] datada a 1.7.2011 y que impone al prestatario la totalidad de los gastos de la operación, y ello por reputarla la parte actora abusiva y entender que por ende debe declararse nula y tenerse por no puesta en su integridad, con restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario en aplicación de la misma.

TERCERO.- Marco normativo español.

1. 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, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.

Artículo 8 Derechos básicos de los consumidores y usuarios

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; **en particular frente a las prácticas comerciales desleales** y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Artículo 80 Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

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

Artículo 82 Concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, [OR 5] en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.
2. Normativa de defensa del cliente bancario de protección de sus intereses y sus derechos.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>.

Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11932>.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17015>.

Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-5290>.

Circular 5/1994 de 22 de julio, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-18121>.

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9058>.

Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-3394>.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-10970>.

Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-18118>.

Ley [OR 6] 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-6726>.

Según el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación: «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

El artículo 7 de dicha Ley de Condiciones Generales de la Contratación prevé que:

«No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.»

De acuerdo con el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios son abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio [OR 7] importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

A su vez y según el art. 1288 del Código Civil: «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.»

Y de acuerdo con el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación: «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.»

El art. 10 del mismo texto legal establece los efectos de esta nulidad: «La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.»

Las cláusulas impugnadas, al tener la consideración de abusivas, deberán ser declaradas nulas sin que dicha nulidad conlleve la ineficacia del contrato, así lo prevé el art. 83 de la LGDCU: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.»

El art. 1303 del Código Civil reconoce que: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que [OR 8] hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses».

La cuestión que se plantea es si la cláusula inicialmente nula tanto en los efectos de subrogación del contrato inicial de compraventa como en la modificación hipotecaria posterior pueden ser convalidadas posteriormente mediante la modulación o moderación de sus efectos como hacen las sentencias 44 a 49/2019, de 23 de enero, del Tribunal Supremo, sin que esto afecte al principio de irrenunciabilidad de derechos por afectar al orden público, y, particularmente, al orden público comunitario.

CUARTO.- Marco normativo y jurisprudencial comunitario.

DERECHO ORIGINARIO

1. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, 2012/C 326/02.

Artículo 38

Protección de los consumidores

En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>

2. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, (2007/C 306/01). [OR 9]

Artículo 2 C

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- f) la protección de los consumidores;

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>

3. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Versión consolidada 2012) — DO C 326 (2012).

Artículo 4

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- f) la protección de los consumidores; Artículo 12

Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.

Artículo 169

1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, **la Unión contribuirá a proteger** la salud, la seguridad y **los intereses económicos de los consumidores**, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>
[OR 10]

DERECHO DERIVADO

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>.

Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título «Protección de los intereses económicos de los consumidores», los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos;

Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas;

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas;

Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor **un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.**

Artículo 7 [OR 11]

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Concretamente, la delimitación de las condiciones generales de los contratos suscritos por los consumidores y entidades financieras o profesionales vienen sujetas al control de transparencia como presupuesto de su validez, resultando de aplicación los arts. 3.1 y 3.2 de la Directiva 93/13/CEE:

- «1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en

detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

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

Esta obligación de transparencia viene complementada por los requisitos que exige el art. 4.1 de la citada Directiva:

- «1. Sin perjuicio del art. 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.»
[OR 12]

Y de acuerdo con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

A su vez, también deben traerse a colación los siguientes preceptos de la citada Directiva:

Artículo 6

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

Artículo 7

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Principios de justicia comunitaria recogidos en síntesis en el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015.

33. En este contexto, *procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una*

cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1, del artículo 6, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a [OR 13] dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (Sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

34. *En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 29).*

35. *Por otro lado, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslemé Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78, así como Unicaja Banco y [OR 14] Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).*

36. *De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslemé Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y*

Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31).

37. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 32).

38. Es cierto que el Tribunal de Justicia también *ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una [OR 15] disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización (Sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 33).*

QUINTO.- Argumentos de las partes.

Aquí se trata de advertir la posible vulneración de los preceptos y principios europeos a la hora de fijar un criterio para determinar cuándo una cláusula de gastos hipotecarios es abusiva y aplicar unas consecuencias jurídicas que pudieran estar en contradicción con el Derecho de la Unión.

Se trata de poner en evidencia la anterior doctrina jurisprudencial y su consiguiente vinculación.

Así pues, la parte actora sostiene la nulidad de las cláusulas que contenían la imposición de los gastos de constitución del préstamo hipotecario (en este caso su subrogación) y su inmediata novación por adolecer de la información y transparencia suficiente y adecuada al ser una condición general de la contratación. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. niega en su fundamentación la falta de transparencia por considerar que la cláusula en cuestión es gramaticalmente comprensible y no supone un desequilibrio en las obligaciones del prestamista y el prestatario. [OR 16]

Así, de una parte, **el criterio para fijar, ad intra de la propia cláusula de gastos hipotecarios, parte de los mismos como válidos y otra parte no, en su repercusión sobre el prestatario, puede ser contrario a la normativa europea**

de protección de consumidores y usuarios, porque: i) se objetiva y se omite cualquier circunstancia relacionada con el caso concreto, ii) no se consigue el efecto disuasorio ya que ese criterio pudiera beneficiar al empresario y iii) consecuencia de ambos efectos, la solución adoptada por el TS no permite el restablecimiento del equilibrio real entre los derechos y las obligaciones del empresario y consumidor, y, de otra parte, y referente a **las consecuencias**, se podrían quebrar los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativos a; i) la interdicción en la integración contractual, ii) el efecto disuasorio de extinción de la cláusula declarada nula por abusiva y, por último, iii) el de no remediar el desequilibrio entre el empresario y el consumidor cuando se reconoce una cláusula como abusiva, ya que la salvaguarda general de determinados conceptos inscritos en la cláusula de gastos hipotecarios, pudiera ser contradictoria con dichos principios, motivos todos ellos por los que se entiende necesario formalizar esta cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

La cuestión es la que sigue:

1. Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión; el fijar como criterio inequívoco la determinación que en los contratos de préstamo hipotecario, es abusiva la cláusula no negociada que fija que los gastos generados por la operación deben ser indiscriminadamente a cargo del prestatario. [OR 17]

2. Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se sigan manteniendo ciertos gastos de los recogidos en la cláusula controvertida como repercutibles, total o parcialmente, sobre la persona del propio prestatario, pese a la declaración de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios por carácter abusivo de la misma.

Así, a mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23.12.2015 justificaba ya la abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios por su carácter genérico e indiscriminado y sin distribución alguna, respecto del total de gastos de constitución del préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo en la supradicha sentencia recogía el principio de no vinculación al consumidor contenido en el art. 6 y el efecto disuasorio y sancionador del art. 7 de la Directiva 93/13, de tal manera que, como consecuencia de la actuación de la entidad predisponente, había de cargar con la totalidad de los efectos de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de referencia.

Sin embargo, en las ya citadas Sentencias del TS de 23.1.19, partiendo no obstante de la nulidad por abusiva de la cláusula que repercute sobre el prestatario la totalidad de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, procede a distribuir los mismos entre la entidad bancaria predisponente y el consumidor, del siguiente modo:

A la vista de lo concluido por el Tribunal Supremo muy recientemente, en **Sentencias de su Sala Primera 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de [OR 18] enero**, sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre:

1. Son pagos que han de hacerse a terceros —no al prestamista— como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.
2. El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

A- Arancel notarial.

La intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

B- Arancel registral.

La garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de [OR 19] cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

C.-Gastos de gestoría.

Sostiene el TS que son en interés de ambas partes, por lo que han de repartirse por mitad.

La consideración de condiciones generales de la contratación de este tipo de cláusulas supone su sumisión a los requisitos de no abusividad, reciprocidad prestacional y transparencia exigidos en las pautas normativas de los arts. 3, 4, 5 y 6, de la Directiva 93/2013 que las diferencian de la plena autonomía de libertad de pactos establecida en el art. 1255 del CC en cuanto aquella choca abiertamente con las disposiciones legales aplicables, en particular las contenidas en la normativa europea sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, hallándose concernido el principio de efectividad del Derecho de la UE, y debiendo tener la cláusula abusiva declarada nula un efecto de no vinculación, debiéndose tener en suma por no puesta, tal y como declara la STJUE de 21.12.2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

Así pues, la STJUE de 14.06.2012 señala que «los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible».

Por tanto, el sentido de la presente cuestión prejudicial europea es impetrar del TJUE un pronunciamiento expreso sobre si la posibilidad de [OR 20] moderación o distribución de los gastos de constitución de un préstamo hipotecario una vez declarada la nulidad de la cláusula que los impone es conforme o no al Derecho de la Unión Europea.

DISPONGO

Que debo DISPONER la suspensión del curso de los autos para el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la siguiente cuestión prejudicial:

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

Y si, de conformidad con la Directiva 93/ 13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión que por [OR 21] el Tribunal Supremo se lleve a cabo una interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos dimanantes de esta no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que es firme y que contra ella no cabe recurso alguno, ordenando remitir testimonio de esta resolución al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925, Luxemburgo, para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, —Fax: 917006350— (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

DILIGENCIA.-

La extiendo yo, el Ilustre Sr. Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes. De ello doy fe.