
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Montserrat Lopez, David; Izquierdo Grau, Guillem, dir. El caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries. Determinació del dies a quo de la reclamació de quantitats derivada de la nul·litat de ple dret. 2024. (Grau de Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303147>

under the terms of the  license

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona

El caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries

Determinació del *dies a quo* de la reclamació de quantitats derivada de la nul·litat de ple dret

Grau en Dret – Facultat de Dret UAB
Universitat Autònoma de Barcelona
Treball de Fi de Grau

Autor: David Montserrat López
Tutor del TFG: Guillem Izquierdo Grau

13 de maig de 2024 / Curs 2023 – 2024

RESUM DEL TREBALL

Fins l'entrada en vigor de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, els contractes de préstec hipotecari es caracteritzaven per la presència generalitzada de clàusules imposades per l'entitat financera en perjudici dels interessos del consumidor, conegudes com a clàusules abusives.

L' objecte d'estudi del present treball serà la normativa vigent en matèria de clàusules abusives, el Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries, fent una especial menció a la clàusula d'atribució de les despeses hipotecàries.

Així mateix, s'analitzarà la jurisprudència nacional i comunitària relativa a la prescripció de l'acció restitutòria de les despeses hipotecàries i el seu *dies a quo*, tema de debat d'actualitat arran de les últimes sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 25 de gener i 25 d'abril de 2024.

PARAULES CLAU: consumidor, préstec hipotecari, clàusula abusiva, despeses hipotecàries, acció restitutòria, prescripció, *dies a quo*.

RESUMEN DEL TRABAJO

Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los contratos de préstamo hipotecario se caracterizaban por la presencia generalizada de cláusulas impuestas por la entidad financiera en perjuicio de los intereses del consumidor, conocidas como cláusulas abusivas.

El objeto de estudio del presente trabajo será la normativa vigente en materia de cláusulas abusivas, 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, haciendo una especial mención a la cláusula de atribución de los gastos hipotecarios.

Asimismo, se analizará la jurisprudencia nacional y comunitaria relativa a la prescripción de la acción restitutoria de los gastos hipotecarios y su *dies a quo*, tema de debate de actualidad a raíz de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero y 25 de abril de 2024.

PALABRAS CLAVE: consumidor, préstamo hipotecario, cláusula abusiva, gastos hipotecarios, acción restitutoria, prescripción, *dies a quo*.

ABSTRACT

Prior to the entry into force of the Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit contracts, mortgage loan contracts were characterized by the generalized presence of clauses imposed by financial institutions that were detrimental to consumers' interests, known as unfair contract terms.

The object of study of this work will be the current legislation regarding unfair contract terms, the Royal Legislative Decree 1/2007, of November 16, which adopts the consolidated text of the General Law for the Defence of Consumers and Users and other complementary laws, making a special mention of the clause that imposes the mortgage constitution expenses on the consumer.

Likewise, national and EU case-law regarding the prescription of the legal action for the restitution of the mortgage constitution expenses and its *dies a quo*, which has become a current subject of debate due to the latest Court of Justice of the European Union's rulings of January 25 and March 25 of 2024, will be analysed.

KEYWORDS: consumer, mortgage loan, unfair contractual term, mortgage constitution expenses, action for restitution, prescription, *dies a quo*.

ÍNDIX

ABREVIATURES.....	4
Introducció	5
1. El concepte general de clàusula abusiva.....	6
1.1. Precedents normatius i base jurídica	6
1.2. La condició de consumidor o usuari i la d'empresari o professional	8
1.3. Règim jurídic actual de les clàusules abusives i definició	11
1.4. La declaració del caràcter abusiu i les conseqüències jurídiques.....	15
1.5. Separació entre l'acció restitutòria i l'acció declarativa de nul·litat. La problemàtica de la prescripció de les accions.....	18
1.6. El cas de la subrogació contractual	21
2. La clàusula d'atribució al consumidor de les despeses hipotecàries.....	23
2.1. Les despeses derivades de la constitució de la hipoteca	23
2.2. El règim jurídic actual de la distribució de despeses hipotecàries	24
2.3. El caràcter abusiu de la clàusula d'atribució al consumidor de les despeses hipotecàries. La STS 705/2015, de 23 de desembre de 2015	25
2.4. Efectes restitutoris derivats de la nul·litat de la clàusula de despeses hipotecàries	27
2.5. Prescripció de l'acció restitutòria i la determinació del <i>dies a quo</i>	29
2.5.1. Introducció de la problemàtica	29
2.5.2. Els diferents criteris seguits per les Audiències Provincials catalanes.....	31
2.5.3. Altres criteris aplicables a la determinació del <i>dies a quo</i>	35
2.5.4. Aplicació de la STJUE de 25 de gener de 2024 per l'AP de Barcelona.....	36
3. Conclusions	39
4. Bibliografia.....	42
5. Jurisprudència	44

ABREVIATURES

AP – Audiència Provincial.

Art. – Article.

Arts. – Articles.

CC – Codi Civil.

CCCat – Codi Civil de Catalunya.

CE – Constitució Espanyola.

CEE – Comunitat Econòmica Europea.

EEMM – Estats Membres de la Unió Europea.

Etc. – Etcètera.

INE – Instituto Nacional de Estadística.

ITPAJD – Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats.

IVA – Impost sobre el Valor Afegit.

LCGC – Llei de Condicions Generals de la Contractació.

LEC – Llei d'Enjudiciament Civil.

LH – Llei Hipotecària.

Núm. – Número.

Op. cit. – Obra citada.

RDL – Reial Decret Legislatiu.

RD-I – Reial Decret-llei.

SAP – Sentència de l'Audiència Provincial.

Ss. – Següents.

STJUE – Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

STS – Sentència del Tribunal Suprem.

TFUE – Tractat de Funcionament de la Unió Europea.

TJUE – Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

TRLGDCU – Text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris.

TS – Tribunal Suprem.

UE – Unió Europea.

Introducció

Sense cap mena de dubte, l'adquisició d'un habitatge es tracta de la inversió econòmica més important en la vida del ciutadà mitjà¹ i, com a tal, també es tracta d'una gran oportunitat de negoci per les entitats financeres que concedeixen crèdits hipotecaris als consumidors que faciliten aquest accés a l'habitatge. Per a tenir una referència de la importància econòmica del sector hipotecari a nivell estatal, només en l'any 2023 es van constituir 381.560 noves hipoteques sobre habitatges, per un valor total de 54.209.626.000€². A nivell de Catalunya, el total d'hipoteques constituïdes sobre habitatges a l'any 2023 va ser de 65.470, per un valor total de 10.518.582.000€³.

Degut a l'elevat cost d'accés a l'habitatge, l'enorme majoria de consumidors es veuen obligats a sol·licitar un préstec per poder adquirir la seva llar, i aquesta circumstància és aprofitada per les entitats financeres – les quals gaudeixen d'una posició preeminent en la negociació – per imposar determinades condicions als contractes de crèdit immobiliari subscrits amb consumidors. Algunes d'aquestes clàusules, com les ja conegudes clàusules sòl, la de venciment anticipat, les comissions d'apertura o la clàusula d'atribució de les despeses hipotecàries – objecte principal del present treball –, alteren l'equilibri entre les prestacions efectuades per les dues parts de forma especialment greu, sempre en perjudici del consumidor.

L'ús d'aquestes pràctiques bancàries, més enllà de dificultar l'accés a l'habitatge, principi rector de les polítiques socials i econòmiques consagrat a l'art. 47 CE, resulta contrari a la normativa vigent de protecció dels drets dels consumidors, fet que serà objecte d'estudi d'aquest treball.

El desenvolupament del treball començarà amb un enfocament introductori a la normativa aplicable a la matèria, introduint de forma general conceptes essencials com la definició de consumidor i d'empresari, el concepte de clàusula abusiva i les conseqüències jurídiques que se'n deriven. Posteriorment, s'estudiarà amb major deteniment la clàusula de despeses hipotecàries, el seu caràcter abusiu, les conseqüències jurídiques que se'n deriven i, per últim, el tema estrella i fruit de debat en l'actualitat: la prescripció de l'acció restitutòria i el seu *dies a quo*.

¹ PEREZ GURREA, S. (2016). Cláusulas abusivas en la compraventa inmobiliaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 92(757), 2920-2932. ISSN: 0210-0444

² Segons dades provisionals publicades per l'INE, consultades a: <https://ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=3223&L=0>

³ *Ídem*.

Cal assenyalar que en el transcurs del desenvolupament d'aquest treball, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha tingut ocasió de pronunciar-se en fins a tres ocasions a través de la STJUE de 25 de gener de 2024 i les dues STJUE de 25 d'abril de 2024 (les quals seran estudiades al llarg de l'epígraf 2.5) sobre la problemàtica del *dies a quo* de l'acció restitutòria de les despeses hipotecàries. En conseqüència, l'objecte d'estudi d'aquest treball es tracta d'una matèria encara discutida i en desenvolupament doctrinal i jurisprudencial; per tant, la metodologia emprada es basarà en l'estudi d'aquesta jurisprudència recent i els seus precedents.

Hem d'advertir, però, que els diferents tribunals interns encara no han tingut l'oportunitat d'interpretar i aplicar gran part d'aquesta jurisprudència comunitària⁴ i, per tant, és difícil preveure amb certesa quin serà el criteri que seguiran per determinar el *dies a quo*.

En definitiva, l'objectiu del present treball serà estudiar els diferents elements que determinen el caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries, així com els que influeixen sobre la determinació de l'inici del còmput de la prescripció de l'acció restitutòria, per tal d'intentar predir quina serà la solució a la que arribaran els diferents tribunals i jutjats.

1. El concepte general de clàusula abusiva

1.1. Precedents normatius i base jurídica

Tot i que al present treball no serà objecte d'anàlisi la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya, resulta molt encertada la breu menció que el legislador fa al seu preàmbul sobre la importància del Dret comunitari europeu en el desenvolupament de la protecció jurídica dels consumidors.

En un inici, el Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea no feia referència al concepte de consumidor, però tot i això va assentar al seu art. 2 l'objectiu d'establir un mercat comú, el qual va servir com a precedent per a que posteriorment els Estats Membres acordessin mitjançant la Resolució del Consell, de 14 d'abril de 1975, "*l'inici d'una política de protecció i informació dels consumidors*"⁵ a desenvolupar

⁴ Amb excepció de la SAP de Barcelona (secció 15) 62/24, de 15 de març de 2024, la qual serà analitzada a l'epígraf 2.5.4 d'aquest treball.

⁵ Resolució del Consell, de 14 d'abril de 1975 (Diari Oficial núm. C 92 de 25/04/1975). Consultada a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31975Y0425%2801%29&qid=1708083799819>

mitjançant propostes de la Comissió. Tot i que en aquell moment Espanya no es trobava entre els Estats Membres de la CEE (actualment UE), per a ROMERO PRADAS (2022) és a partir d'aquest moment que la protecció del consumidor pren rellevància als ulls del legislador nacional⁶, fet que es va traduir en la redacció de l'actual article 51 de la Constitució Espanyola de 1978, el qual consagra com a principi rector de la política social i econòmica la protecció dels consumidors en els àmbits de seguretat, salut i els seus interessos econòmics⁷.

Amb l'objectiu de donar compliment a l'art. 51 CE, es va promulgar la ja derogada Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris, la qual feia menció per primer cop al concepte de clàusula abusiva –el qual s'estudiarà amb major deteniment més endavant– al seu art. 10.3, tot i que en aquell moment no gaudia de la importància que va adquirir posteriorment amb la entrada en vigor de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives als contractes celebrats amb consumidors. Aquesta directiva, eix central de tota la normativa actual relativa a les clàusules abusives, tenia com a objectiu donar compliment a l'obligació de promoure polítiques de protecció dels consumidors, situada a l'art. 169 TFUE, objectiu que va ser integrat posteriorment a l'art. 38 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

La Directiva 93/13/CEE, promulgada també amb l'objectiu d'apropar la legislació dels EEMM sobre clàusules abusives – d'acord amb els objectius de la UE –, va proporcionar una definició sòlida del concepte de clàusula abusiva i, possiblement encara més important, va introduir mitjançant un annex un llistat extens – no exhaustiu –, dels diferents tipus de clàusules que poden ser considerades abusives. Aquest llistat, en conjunció amb la nova i rigorosa definició del concepte general de clàusula abusiva, va suposar un increment de la seguretat jurídica, ja que lligava la potestat jurisdiccional del jutge a uns criteris d'anàlisi de clàusules molt més clars i definits, els quals limiten la possible aplicació de diferents criteris per part dels diferents òrgans judicials.

A Espanya, la transposició de la Directiva 93/13/CEE va arribar fora del termini establert per la pròpia directiva⁸ mitjançant l'adopció de la Llei 7/1998, de 13 d'abril,

⁶ ROMERO PRADAS, M.^a I. (2022). *Hacia una tutela efectiva de consumidoros y usuarios* (p. 27). Tirant lo Blanch.

⁷ **Art. 51.1 CE:** “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

⁸ **Art. 10.1 Directiva 93/13/CEE:** “Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.”

sobre condicions generals de la contractació. A través de la disposició addicional primera d'aquesta llei, es va modificar la LGDCU del 1984, incorporant-hi el nou llistat de clàusules susceptibles de ser declarades abusives a la seva disposició addicional primera. Va ser així com es va adaptar el seu contingut al corrent normatiu de la Unió Europea.

A l'actualitat, la regulació sobre clàusules abusives es troba recollida principalment al RDL 1/2007, de 16 de novembre, del text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries, tot i que també perduren certes referències residuals, però igualment rellevants, a la LCGC i, per tant, aquestes dues lleis son la principal normativa objecte d'estudi del present treball.

1.2. La condició de consumidor o usuari i la d'empresari o professional

L'objecte d'estudi del present treball s'emmarca en l'àmbit contractual entre un consumidor i un empresari, tal i com es desprèn de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris. Resulta necessari, per tant, establir de forma prèvia una definició d'aquestes dues figures jurídiques a partir de la normativa aplicable i la jurisprudència:

- I. **Consumidor o usuari⁹ persona física:** trobem la seva definició al primer paràgraf de l'art. 3.1 TRLGDCU, el qual estableix que son consumidors *“les persones físiques que actuen amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió”*.

Tal i com es desprèn d'aquesta definició, qualsevol persona física pot ser considerada consumidora – fins i tot un empresari o professional – ja que la condició de consumidor és de caràcter relacional i depèn de la posició del subjecte dins del negoci jurídic concret i la finalitat d'aquest¹⁰. Traslladant aquesta definició a l'objecte del treball – el préstec hipotecari –, resulta interessant assenyalar, per exemple, que una persona que es dedica professionalment a l'especulació immobiliària pot ser considerada consumidora

Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994.”

Tot i això, la transposició de la directiva va efectuar-se dins del termini de 5 anys atorgat a la Comissió, en virtut de l'art. 9, per a presentar davant el Consell i el Parlament Europeu un informe sobre l'aplicació pels EEMM de la directiva.

⁹ Cal mencionar que el legislador no estableix cap diferenciació entre les figures de consumidor i d'usuari i, per tant, a efectes pràctics, els dos termes poden ser utilitzats indistintament. És habitual, de fet, que tant la jurisprudència com la doctrina utilitzin únicament el terme “consumidor” per a englobar els dos termes, tal i com assenyalen MORENO GARCIA, L. (2018). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal* (pp. 65-66). Tirant lo Blanch; i CÁMARA LAPUENTE, S. (2022). "Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable" a CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), & ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios 2 tomos* (p. 117). Tirant lo Blanch.

¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S. (2022), op. cit. a CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), & ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.), op. cit. (pp. 117-121).

en el supòsit d'adquisició d'un immoble mitjançant un crèdit hipotecari, sempre i quan aquesta compravenda tingui com a finalitat satisfer una necessitat personal, com seria en aquest cas la del propi habitatge.

Aquest mateix exemple ens serveix per desenvolupar una altra idea originada per la jurisprudència del TJUE sobre la figura del consumidor, la qual estableix que els coneixements que pugui tenir una persona física, fins i tot els relacionats amb la seva activitat professional, no obsten al reconeixement de la seva condició de consumidor. En aquest sentit es pronuncia, entre d'altres, la STJUE de 3 de setembre de 2015 (assumpte C/110-14), en la qual el TJUE admet la condició de consumidor d'un advocat que sol·licita un crèdit amb garantia hipotecària – la qual és inscrita sobre un immoble propietat del despatx d'advocats del que es representa –, sempre i quan el crèdit estigui destinat a l'ús personal¹¹.

Per últim, resulta essencial indicar que l'actuació amb ànim de lucre no impedeix que una persona física pugui ser considerada consumidora, tal i com exposa la STS 16/2017, de 16 de gener de 2017, al seu fonament de dret quart, titulat de forma literal: *“El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física”*¹². Tot i això, la possibilitat del consumidor d'actuar amb ànim de lucre té límit – tal i com assenyala el TS al mateix fonament de dret quart d'aquesta sentència – quan la persona física realitza operacions amb l'objectiu d'obtenir un benefici econòmic de forma continuada en el temps amb una certa regularitat, ja que en aquest cas podria ser considerada empresari segons la definició proporcionada per l'art. 1.1º del Codi de Comerç¹³, i per tant també als efectes de la normativa de protecció dels consumidors.

Com a últim exemple representatiu de les idees desenvolupades sobre el concepte de consumidor persona física, resulta interessant assenyalar el cas plantejat a la STS 356/2018, de 13 de juny de 2018, en la que es discuteix la condició de consumidor d'un home que adquireix un apartament en una zona turística per a destinar-lo a l'arrendament fins a la seva jubilació, moment en que l'utilitzaria com a habitatge. El TS resol apreciand

¹¹ Tal i com exposa el TJUE als §26-27, els coneixements que pugui tenir una persona física – en aquest cas un advocat – no son motiu suficient per a presumir que no sigui una part dèbil en l'àmbit contractual. Recorda que la situació d'inferioritat del consumidor respecte l'empresari no es basa únicament en la informació i perícia inferior del primer, sinó que també en la seva escassa capacitat d'influència sobre les condicions del contracte.

¹² Lluny d'aportar un raonament propi, el Tribunal Suprem es remet a la jurisprudència comunitària, fent menció expressa a dues sentències: la STJCE de 10 d'abril de 2008, assumpte C-412/06 (cas *Hamilton*) i la STJCE de 25 d'octubre de 2005, assumpte C-350/03 (cas *Schulte*), en les que es reconeixen els drets derivats de la condició de consumidor en l'àmbit de les inversions financeres alienes a l'activitat professional de la persona física.

¹³ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. Publicat a la «Gaceta de Madrid» núm. 289, de 16/10/1885.

la seva condició de consumidor, ja que tot i que la finalitat de l'adquisició és obtenir-ne un benefici econòmic, aquesta actuació no es situa dins de l'àmbit de les activitats comercials o professionals de l'adquirent, motiu pel qual no pot ser considerat empresari.

II. **Consumidor persona jurídica i entitats sense personalitat jurídica¹⁴**: la seva definició es troba al segon paràgraf de l'art. 3.1 TRLGDCU, el qual estableix que són també consumidors *“les persones jurídiques i les entitats sense personalitat jurídica que actuïn sense ànim de lucre en un àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial”*.

Aquesta definició ens planteja dos requisits per tal que una persona jurídica, o una entitat sense personalitat jurídica – com podria ser una comunitat de propietaris en règim de propietat horitzontal – pugui ser considerada consumidora:

1. **Actuació sense ànim de lucre**: en aquest aspecte, cal atendre a la pròpia finalitat de la persona jurídica. Segons aquest criteri, les persones jurídiques que tenen com a objectiu social l'obtenció d'un benefici econòmic – caràcter essencial, per exemple, de les societats mercantils de capital – no poden ser considerades com a consumidores.
2. **Àmbit aliè a una activitat comercial o empresarial**: destaca la diferència en el llenguatge utilitzat pel legislador en aquest aspecte. A diferència dels consumidors persones físiques, als quals s'exigeix actuar en un àmbit aliè a la seva activitat empresarial o comercial pròpia, les persones jurídiques han d'actuar més enllà de qualsevol activitat comercial o empresarial, ja sigui la seva pròpia o qualsevol altra que no exerceixin amb assiduïtat.

Tot i que la doctrina coincideix en quant als criteris que configuren la condició de consumidor atribuïble a una persona jurídica o entitat sense personalitat jurídica, no existeix un consens en quant a la consideració de consumidor sobre certes persones jurídiques amb finalitats d'interès general, com podrien ser les fundacions¹⁵. En qualsevol cas, la doctrina coincideix en la

¹⁴ A diferència de la Directiva 93/13, la qual al seu art. 2.b contempla només la possibilitat de considerar consumidor a una persona física, el legislador nacional va decidir ampliar el règim de protecció del Dret de Consum a certes persones jurídiques i entitats sense personalitat jurídica. Aquesta mesura no és contrària al Dret de la UE, tal i com estableix la STJUE de 2 d'abril de 2020 (assumpte C-329/19) §37-38, en un cas assimilable italià, sempre que *“garanteixi un nivell de protecció més elevat als consumidors i no contravingui les disposicions dels Tractats”*.

¹⁵ Tal i com reconeix CÁMARA LAPUENTE, S. (2022), op. cit. a CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), & ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.), op. cit. (pp. 151-152)., no existeix una interpretació uniforme del concepte d'activitat empresarial, fet que comporta que aquest autor i MARIN LOPEZ, M.J. (2014). El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU (p. 14). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (9), 9-16, opinin que les fundacions no poden ser considerades consumidors; en canvi, MORENO GARCIA, L. (2018), op. cit. (pp. 79-81), considera que quan aquestes actuen d'acord amb les seves finalitats fundacionals, tenen la condició de consumidor.

consideració de consumidor en casos com el de les associacions benèfiques o les comunitats de propietaris en règim de propietat horitzontal.

III. **Empresari:** aquest concepte es troba regulat a l'art. 4 TRLGDCU. En essència, l'empresari és la contraposició del consumidor, i també ho és en la seva definició. Pot ser considerat empresari tant una persona física com una persona jurídica, sempre que actuï amb un propòsit relacionat amb la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió, encara que ho faci per sí mateix o a través d'una altra persona – generalment un treballador –.

A efectes pràctics, i donat que els conceptes de consumidor i d'empresari son excloents entre sí, i que als efectes del TRLGDCU no existeix una tercera figura que no es pugui subsumir dins de la de consumidor o la d'empresari, pot entendre's que tota persona – ja sigui física o jurídica – que no compleixi amb els requisits per ser considerada com a consumidor en l'àmbit contractual, serà considerada empresari.

1.3. Règim jurídic actual de les clàusules abusives i definició

La definició actual del concepte de clàusula abusiva es troba a l'article 82.1 del Reial Decret 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris, el qual estableix el següent:

“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, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

Del redactat del citat article, podem extreure els següents elements que configuren el concepte de clàusula abusiva:

I. **Element subjectiu:** és un requisit essencial que es tracti de clàusules incloses en un contracte celebrat entre un empresari o professional i un consumidor o usuari, tal i com estableix el propi art. 2 TRLGDCU sobre l'àmbit d'aplicació de la norma.

Per tant, queden excloses les disposicions contractuals realitzades entre empresaris o professionals, així com les situades a contractes celebrats exclusivament entre consumidors o usuaris ja que, tal i com explica MORENO GARCIA, “*la situación*

de desventaja y de desigualdad negociadora e informativa en la que se encuentra el consumidor frente al empresario justifica el establecimiento de un régimen de protección especial”¹⁶, essent inexistent aquesta desigualtat entre les parts negociadores fora de l'àmbit de la contractació entre consumidors i empresaris.

II. Element formal: el citat article, parla de “*estipulaciones no negociadas individualmente*” i “*aquellas prácticas no consentidas expresamente*”, sense donar una definició concreta a aquests conceptes, però podem trobar-la a l'article 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 15 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors¹⁷, de la qual emana el concepte actual de clàusula abusiva aplicable a la normativa estatal actual.

En essència, una clàusula es considera no negociada individualment en aquells casos en que el consumidor no hagi pogut influenciar el seu contingut, és a dir, quan la redacció de la mateixa obeeixi exclusivament a la voluntat de l'empresari o professional i hagi sigut imposada al contracte per aquest últim.

Tal i com senyala MORENO GARCIA (2018), l'ús per part legislador del concepte de “clàusula no negociada individualment”, tal i com es troba a el TRLGDCU i a la Directiva 93/13, engloba i, en conseqüència, amplia la protecció que la legislació nacional ofereix als consumidors en l'àmbit de les conegudes condicions generals de la contractació¹⁸, ja que el TRLGDCU, a diferència de la Llei de Condicions Generals de la Contractació, no exigeix que la clàusula imposada per l'empresari estigui destinada a ser incorporada en una pluralitat de contractes¹⁹ i per tant, a la pràctica, és aplicable a un major ventall de situacions.

Cal tenir en compte, però, que el concepte de condició general de la contractació és aplicable també als contractes entre empresaris –tal i com preveu l'article 2 LCGC– i, per tant, és important tenir present les diferències entre els conceptes de “clàusula no negociada individualment” i condició general de la contractació, ja que només les condicions generals de la contractació imposades a un consumidor son susceptibles de ser catalogades com a clàusules abusives.

¹⁶ MORENO GARCIA, L. (2018), op. cit. (p. 59).

¹⁷ **Art. 3.2 Directiva 93/13/CEE:** “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.”

¹⁸ MORENO GARCIA, L. (2018), op. cit. (pp. 140-141).

¹⁹ **Art. 1.1 LCGC:** “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas (...) habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”

III. Element objectiu: aquest últim element que configura el concepte de clàusula abusiva es refereix al seu contingut i l'adequació d'aquest als requisits imposats legalment.

El propi article estableix que una clàusula serà considerada abusiva quan, contravenint les exigències de la bona fe, provoqui un “desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte”.

Partim de la idea de desigualtat negociadora entre les parts exposada anteriorment, fet que facilita a l'empresari la configuració unilateral de les condicions contractuals. Per tant, l'objectiu del legislador no és altre que preservar la distribució equitativa de drets i obligacions entre el consumidor i l'empresari dins el marc contractual, evitant la imposició en perjudici del consumidor de condicions que redueixin els seus drets o augmentin les seves obligacions.

Malauradament, la norma no ens dona una definició exacta del concepte de “desequilibri important entre drets i obligacions de les parts”, però sí ens ofereix al propi art. 82.4 TRLGDCU un llistat no exhaustiu en format *numerus apertus* de diferents tipologies de clàusules que segons el propi article “en tot cas son abusives”, les quals son aquelles que:

- a) Vinculen el contracte a la voluntat de l'empresari, detallades a l'art. 85 TRLGDCU.
- b) Limiten els drets del consumidor i usuari, detallades a l'art. 86 TRLGDCU.
- c) Determinen la falta de reciprocitat al contracte, detallades a l'art. 87 TRLGDCU.
- d) Imposen al consumidor i usuari garanties desproporcionades o li imposen indegudament la càrrega de la prova, detallades a l'art. 88 TRLGDCU.
- e) Resulten desproporcionades en relació amb el perfeccionament i execució del contracte, detallades a l'art. 89 TRLGDCU. La clàusula de despeses hipotecàries que s'estudiarà posteriorment al present treball es troba dins d'aquesta tipologia.
- f) Contravenen les regles sobre competència i dret aplicable, detallades a l'art. 90 TRLGDCU.

Aquest llistat facilita als òrgans judicials l'anàlisi de les clàusules potencialment abusives ja que, juntament amb els articles 85-90 TRLGDCU, proporciona unes definicions detallades en les que poder encabir els diversos supòsits que se'ls puguin plantejar, fet que dota al procediment judicial d'una predictibilitat de resultat que actua

ahora com a garantia per les parts²⁰ i a més configura, segons la jurisprudència del TS, un sistema de clàusula general i “llista negra”²¹.

La concepció d’aquest sistema doble dota a l’òrgan judicial d’una metodologia més eficient per la qual correspon primer analitzar si la clàusula objecte del litigi es troba dins d’algun dels supòsits dels arts. 85-90 TRLGDCU, abusius en tot cas, i, en cas contrari, efectuar la seva valoració segons la clàusula general de l’art. 82.1 TRLGDCU²². En conseqüència, el fet que una clàusula no es pugui encabir dins d’alguna de les tipologies dels esmentades, no obsta a la possibilitat de que aquesta sigui considerada abusiva en aplicació de la definició general de l’apartat primer de l’art. 82.1 TRLGDCU.

Tal i com hem mencionat anteriorment, la llei no ens dona una definició precisa del que configura el concepte de “desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte” que contravingui les exigències de la bona fe, però si podem trobar un apropament a aquest concepte a la jurisprudència del TJUE. En aquest sentit, es pronuncia, entre d’altres, la STJUE de 26 de gener de 2017 (assumpte C-421/14), la qual estableix que com a primer requisit s’ha d’analitzar la normativa que seria aplicable al contracte en defecte de l’autonomia de la voluntat. Segons aquest criteri, es produeix un desequilibri important entre els drets i obligacions de les parts quan el contracte posiciona al consumidor en una situació jurídica menys favorable que la que li correspondria si s’hagués aplicat la normativa nacional dispositiva. A aquest requisit cal afegir-hi, a més, l’anàlisi dels mecanismes processals dels que disposa el consumidor per a posar fi a l’ús de la clàusula abusiva impugnada, havent de valorar el jutge si aquests existeixen i, en tal cas, si són accessibles i efectius²³.

Així mateix, el TJUE estableix que aquest desequilibri és contrari a les exigències de la bona fe quan es pugui constatar que l’empresari podia tenir el coneixement que d’haver-se produït una negociació individual, amb una igualtat efectiva entre les parts i on el consumidor tingués coneixement i enteniment ple sobre les conseqüències jurídiques del contracte, la part desfavorida no hauria acceptat dita clàusula.

²⁰ CAÑIZARES LASO, A., & ZUMAQUERO GIL, L. (2022), op. cit. (p. 1188).

²¹ STS 214/2014, de 15 d’abril de 2014, paràgraf 3r del Fonament de Dret 3r parla de “un sistema de clàusula general y “lista negra”, en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley [en referència a la LGDCU de 1984] (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas “en todo caso”.

²² De nou, la STS 214/2014, de 15 d’abril de 2014, exposa:

“es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos “en todo caso”, de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.”

²³ STJUE de 14 de març de 2013, assumpte C-415/11 (cas Aziz), §77. Primer paràgraf de la 2a resposta a les qüestions prejudicials plantejades.

1.4. La declaració del caràcter abusiu i les conseqüències jurídiques

El principal efecte de l'ús de clàusules abusives és la seva nul·litat de ple dret, tal i com recull l'art. 83 TRLGDCU, amb la conseqüència de que es tinguin com a no incloses al contracte²⁴ però, com exposa el propi article, el contracte “*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”. És així com el legislador nacional transposa l'article 6.1 de la Directiva 93/13, el qual estableix que “*no vincularan al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional*”.

Tal i com preveu el propi article 83, l'apreciació del caràcter abusiu d'una clàusula correspon al jutge – amb la prèvia audiència de les parts, per tal que puguin efectuar les alegacions pertinents – i, per tant, la clàusula ha de ser declarada nul·la mitjançant la resolució judicial corresponent. Com a norma general, com és habitual a la resta del Dret privat, aquesta tutela judicial ha de ser instada per la part interessada – en aquest cas el consumidor –, en qui recau la tasca d'emprendre l'acció de nul·litat de les clàusules abusives.

Tot i això, a diferència de la majoria d'àmbits del Dret privat, regits pel principi dispositiu i el de justícia sol·licitada – prevists als arts. 19 i 216 LEC, respectivament –, en l'àmbit de la contractació amb consumidors existeix el deure del control d'ofici del contingut del contracte per part de l'òrgan judicial, deure que va néixer com a conseqüència del caràcter d'ordre públic comunitari²⁵ conferit a l'article 6.1 de la Directiva 93/13 per la jurisprudència comunitària continguda, entre d'altres, a la STJUE de 17 de maig de 2018 (assumpte C-147/16)²⁶. Cal matissar que l'abast d'aquest control d'ofici de les clàusules abusives no és absolut, i depèn en gran mesura de la posició processal del consumidor. En aquest sentit, la doctrina distingeix entre el control d'ofici quan el consumidor és la part demandada i quan el consumidor és la part actora.

Respecte el control d'ofici quan el consumidor és la part demandada, aquesta sembla ser una matèria pacífica per la doctrina, resumida per CEDEÑO HERNÁN (2023)

²⁴ En aquest sentit, cal assenyalar que inicialment l'art. 83 TRLGDCU preveia la possibilitat de que el jutge integrés al contracte la clàusula declarada abusiva, adaptant-la a la normativa aplicable, però la STJUE de 14 de juny de 2012 (assumpte C-618/10) va declarar aquesta facultat contrària a l'art. 6.1 de la Directiva 93/13. Per tant, en l'actualitat tota clàusula abusiva ha de ser directament expulsada del contingut del contracte.

²⁵ Com explica PÉREZ DAUDÍ, V. (2022). "El orden público comunitario y las facultades del juez" a ROMERO PRADAS, M.ª I (Dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (p.188). Tirant lo Blanch, el caràcter d'ordre públic comunitari implica la necessitat de protecció pròpia dels principis essencials de la UE.

²⁶ En aquesta sentència, el TJUE recorda al §34 el caràcter imperatiu de l'article 6.1 de la Directiva 93/13 sobre la no vinculació de les clàusules abusives i, a més, al §35 reitera el caràcter d'ordre públic de la norma.

amb els següents termes: “*El juez nacional, por tanto, deberá analizar el carácter abusivo de una de esas cláusulas sin necesidad de que los litigantes lo hayan alegado y, en su caso, declarará la nulidad, pese a que las partes no lo hayan pedido. Se produce, por tanto, una ampliación del objeto del proceso y del ámbito al que se extenderá la sentencia*”²⁷. Tant és així, que com a conseqüència del criteri jurisprudencial seguit pel TJUE en aquest àmbit, el legislador nacional va introduir formalment el control d’ofici de les clàusules abusives al procediment executiu de títols no judicials – al paràgraf segon de l’article 552 LEC – i el monitori – al paràgraf tercer de l’article 815.3 LEC – a través de la Llei 42/2015, de 5 d’octubre²⁸ i, tot i no trobar-se previst expressament pels procediments declaratius, aquest deure de control d’ofici també s’estén a ells²⁹.

La qüestió canvia quan ens referim als processos en que el consumidor és la part actora. En aquest àmbit, tal i com assenyala la STJUE d’11 de març de 2020 (assumpte C-511/17) al §28 “*el examen de oficio debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas*”. Segons aquest criteri, l’examen d’ofici en aquells casos en que el consumidor és la part actora, s’ha de limitar al contingut del contracte que sigui necessari analitzar per resoldre sobre les pretensions de les parts, quedant excloses d’aquest anàlisi aquelles clàusules sense efecte sobre l’objecte del litigi³⁰.

Reprement la qüestió referent a les conseqüències de la declaració del caràcter abusiu, tal i com hem exposat anteriorment, aquesta implica necessàriament la nul·litat de ple dret de la clàusula, entenent com a tal la seva inexistència dins el contingut del contracte i, en paraules del Tribunal de Justícia de la UE, “*la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*”³¹.

²⁷ CEDEÑO HERNAN, M. (2023). *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el Proceso Civil* (p. 42). Tirant lo Blanch.

²⁸ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicada al «BOE» núm. 239, de 6 d’octubre de 2015, pàgines 90240 a 9028.

²⁹ PÉREZ DAUDÍ, V. (2022). op. cit. a ROMERO PRADAS, M.^a I (Dir.), op. cit. (p.196).

³⁰ CEDEÑO HERNAN, M. (2023), op. cit. (p. 56).

³¹ STJUE de 21 de desembre de 2016 (assumpes acumulats C-154/15, C-307/15 i C-308/15), §61. Resulta interessant ressaltar l’ús de l’expressió “*en principio*” per part del TJUE, ja que a l’epígraf següent es mostrarà que el restabliment de la situació de fet i de Dret derivada de la nul·litat admet, depenent de les circumstàncies, certes excepcions com la desvinculació entre l’acció restitutòria i la declarativa de nul·litat i la prescripció de la primera.

A efectes pràctics, la nul·litat d'una determinada clàusula abusiva implica que les parts no puguin pretendre el seu compliment, ja que aquesta es considera expulsada del contingut del contracte. Ara bé, pot plantejar-se la situació de que una clàusula abusiva ja hagi produït efectes per a les parts, ja sigui perquè hagi tingut lloc la seva consumació total – pròpia dels contractes de tracte únic, com la compravenda –, o la seva consumació parcial – pròpia dels contractes de tracte successiu, com l'arrendament – i, en tal cas, no resultaria una tutela suficient dels interessos de la part perjudicada impedir únicament els efectes *ex nunc* – a futur – de la clàusula, ja que els efectes patrimonials negatius d'aquesta ja s'haurien produït, com a mínim, parcialment³². En conseqüència, en aquests casos neix el dret de la part perjudicada – el consumidor – a sol·licitar la restitució recíproca de les prestacions realitzades per les dues parts en virtut de la clàusula abusiva – en la gran majoria dels casos pecuniàries – en els termes prevists a l'article 1303 CC³³, amb l'objectiu d'aplicar l'efecte *ex tunc* – és a dir, retroactiu fins al moment de la celebració del contracte – de la nul·litat de ple dret³⁴.

Cal considerar, però, que segons la naturalesa del contracte o la clàusula abusiva en sí, no totes les prestacions efectuades per les parts son restituïbles, com podria ser el cas dels contractes de subministrament de certs serveis com l'aigua, electricitat, etc., ja que, lògicament, allò subministrat i ja consumit no pot ser retornat. En aquests casos, l'art. 1303 CC per sí mateix no és una eina suficientment efectiva com per a donar una solució a la problemàtica de la restitució derivada de la nul·litat i cal, per tant, acudir a altres principis que el complementin, com el de la prohibició de l'enriquiment injust³⁵. Així doncs, en aquests casos l'òrgan judicial haurà d'analitzar en cada cas concret les característiques i la naturalesa de les prestacions efectuades per cada una de les parts per tal de determinar l'abast dels efectes restitutoris de la nul·litat, tasca que resulta molt més senzilla quan les prestacions realitzades per les parts tenen caràcter purament dinerari.

³² STJUE de 21 de desembre de 2016 (assumpes acumulats C-154/15, C-307/15 i C-308/15), §72-73.

³³ **Art. 1303 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.*”

³⁴ MORENO GARCIA, L. (2018), op. cit. (p. 187).

³⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La Nulidad Contractual en la Jurisprudencia* (p. 137). Tirant lo Blanch.

1.5. Separació entre l'acció restitutòria i l'acció declarativa de nul·litat. La problemàtica de la prescripció de les accions.

Com hem explicat a l'epígraf anterior, tota declaració de caràcter abusiu d'una clàusula, junt amb les seves conseqüències, emana directament de l'exercici del dret a la tutela judicial i, com a tal, és un requisit essencial que aquesta sigui instada per la part interessada mitjançant l'acció civil – o excepció, en els casos d'oposició a l'execució – corresponent. De mateixa manera, tal i com s'ha explicat anteriorment, la situació més habitual a la pràctica és que la clàusula litigiosa hagi produït efectes perjudicials pel consumidor i, per tant, la situació més habitual és que la part dispositiva de la sentència dictada pel jutge inclogui – a més de la corresponent declaració de nul·litat de la clàusula – el pronunciament condemnatori referent a la restitució de les prestacions efectuades, d'acord amb l'article 1303 CC.

Aquests dos possibles efectes derivats del caràcter abusiu d'una clàusula contractual han plantejat a la doctrina el dubte respecte a la connexió entre la declaració de nul·litat i l'obligació de restituir. En aquest cas, els termes del debat es plantegen entorn a la pregunta de si la declaració de nul·litat implica necessàriament la condemna a restituir – és a dir, que el jutge s'hi pugui pronunciar tot i que les parts no ho hagin sol·licitat – o si, per contrari, es tracta de dues accions autònomes i diferents i, per tant, correspon a la part actora determinar al *petitum* quina de les dues exercita, o si exercita ambdues de forma acumulada. L'interès d'aquest plantejament radica entorn al debat sobre el deure de congruència de la sentència d'acord amb les pretensions al·ludides per les parts, però també sobre la problemàtica del termini de prescripció aplicable a cadascuna de les accions.

Respecte a l'acció declarativa de la nul·litat de ple dret, tant la jurisprudència com la major part de la doctrina coincideixen en que aquesta és imprescriptible³⁶, tot i que no existeix cap precepte que així ho estableixi de forma expressa. Aquest principi d'imprescriptibilitat de la nul·litat de ple dret té un origen històric al Dret romà, representat en l'aforisme “*quod ab initium vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*”³⁷, i segueix sent el criteri vigent encara en l'actualitat, representat, entre d'altres, a la STS 1080/2008, de 14 de novembre de 2008 (paràgraf 5è del fonament de dret tercer). Aquest és també el criteri seguit per la jurisprudència comunitària – referent

³⁶ CAÑIZARES LASO, A., & ZUMAQUERO GIL, L. (2022), op. cit. (p. 1200).

³⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019), op. cit. (p. 72).

exclusivament a la declaració del caràcter abusiú d'una clàusula – continguda, entre d'altres, a la STJUE de 10 de juny de 2021 (assumpes 776/19 a 782/19), al primer paràgraf de l'apartat 1 de la part dispositiva.

Donada la imprescriptibilitat de l'acció declarativa de nul·litat de ple dret, si consideréssim que la restitució és un efecte automàtic i necessari derivat de la declaració de nul·litat, les prestacions efectuades en virtut de la clàusula declarada nul·la haurien de ser restituïdes en qualsevol cas, ja que el dret a la seva exigibilitat no prescriuria mai per extensió de la imprescriptibilitat de l'acció declarativa de nul·litat de ple dret. Si aquesta tesi fos acceptada, el principi de seguretat jurídica es veuria greument afectat, ja que s'obriria la possibilitat de que fossin restituïbles tots els imports satisfets en virtut d'una clàusula abusiva amb independència del moment de celebració del contracte o, inclús, de la seva extinció dècades abans³⁸.

Davant d'aquesta qüestió, MORENO GARCÍA (2018), després d'analitzar part de la jurisprudència contradictòria del TS i de la “jurisprudència menor”, exposa “*nos inclinamos por entender que la restitución de cantidades constituye una acción distinta de la declarativa de nulidad, aunque evidentemente la resolución de ésta produce efectos prejudiciales sobre la otra*”, opinió que fonamenta d'acord amb la facultat de delimitar l'objecte del procés a la demanda en virtut del principi de justícia sol·licitada³⁹, el qual implica, en aquest cas, que l'òrgan judicial només es pugui pronunciar sobre les pretensions expresses i, en canvi, no de les que es puguin considerar implícites – com podria considerar-se que és l'acció restitutòria respecte de la declarativa de nul·litat –. Per tant, per ser dues accions diferents, cadascuna podria tenir un règim de prescripció diferent i, en aquest cas, al ser imprescriptible únicament la declarativa de la nul·litat de ple dret, podria considerar-se prescriptible l'acció restitutòria.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019), en canvi, tot i assenyalar que els ordenaments jurídics dels EEMM més poblats (Alemanya, França i Itàlia) distingeixen entre l'acció declarativa de nul·litat i l'acció restitutòria, considera que concretament en l'àmbit de les clàusules abusives, el règim de separació de les accions no hi té cabuda per ser incompatible amb l'art. 6.1 de la Directiva 93/13, segons la interpretació donada per la STJUE de 21 de desembre de 2016 (assumpes acumulats C-154/15, C-307/15 i C-308/15), en concret, §61: “*la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula*

³⁸ En aquest sentit, Auto del TS, de 22 de juliol de 2021 (núm. recurs 1799/2020), de formulació de petició de decisió prejudicial del TJUE, assumpte C-561/21 (Fonament de Dret cinquè, apartat 3.a).

³⁹ MORENO GARCIA, L. (2018), op. cit. (pp. 399-404).

debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.”⁴⁰. En aquest sentit recordem que, com hem mencionat anteriorment, el TJUE utilitza l’expressió “*en principio*” i, per tant, no dona una resposta absoluta a la qüestió, deixant oberta l’opció a una alternativa diferent en que el restabliment de la situació de fet i de Dret es trobi subjecte a condicions – com podria ser un règim de prescripció de l’acció restitutòria –.

Finalment, aquest debat va ser resolt per la STJUE de 16 de juliol de 2020 (assumptes C-224/19 i C-259/19), en la qual el TJUE es va pronunciar sobre la qüestió referent a la comptabilitat entre l’establiment d’un termini de prescripció als efectes restitutoris derivats de la nul·litat d’una clàusula abusiva i els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13, qüestió que va resoldre declarant compatible amb el Dret de la UE la prescripció de l’acció restitutòria⁴¹.

Per concloure, un cop establert que l’acció restitutòria està subjectada a un termini de prescripció, resta per resoldre quin és aquest termini⁴². En aquest sentit, l’ordenament jurídic no hi preveu un termini específic – ja que el termini de caducitat de l’article 1301 CC és aplicable a l’anul·labilitat, no a la nul·litat de ple dret – i, per tant, la jurisprudència considera aplicable el termini genèric de 5 anys de les accions personals, previst a l’art. 1964.2 CC⁴³. En el cas de Catalunya, el termini de prescripció aplicable és l’equivalent de 10 anys, previst a l’art. 121-20 del Llibre primer del CCCat⁴⁴.

Finalment, cal assenyalar que, tot i que l’acció declarativa de nul·litat i l’acció restitutòria es consideren dues accions diferents, els efectes restitutoris derivats de la nul·litat contractual són automàtics en virtut de l’art. 1303 CC, tal i com exposa la STS 843/2011, de 23 de novembre de 2011: “*la jurisprudencia (...) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas,*

⁴⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019), op. cit. (pp. 78-82).

⁴¹ L’argumentació del TJUE es concentra als §82-84, en concret l’§84:

“(…) *el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.*”

⁴² L’inici d’aquest termini de prescripció, o *dies a quo*, serà tractat posteriorment al treball en relació amb el caràcter abusiú de la clàusula d’atribució de despeses hipotecàries.

⁴³ En aquest sentit, Auto del TS, de 22 de juliol de 2021 (núm. recurs 1799/2020), de formulació de petició de decisió prejudicial del TJUE, assumpte C-561/21 (Fonament de Dret quart, apartats 7 i 8), tenint en compte que fins la reforma introduïda per la Llei 42/2015, de 5 d’octubre, el termini genèric de prescripció era de 15 anys.

⁴⁴ Tal i com recull l’Auto de l’AP de Barcelona (secció 15), de 9 de desembre de 2021, de formulació de petició prejudicial del TJUE, assumpte C-810/21 (Fonament de Dret tercer). En aquest mateix sentit també, SAP Barcelona 92/2019 (secció 15), de 23 de gener de 2019, §20-23.

con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio " iura novit curia " y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia". Per tant, tot i ser dues accions diferents, quan el consumidor exercita l'acció declarativa de nul·litat l'acció restitutòria es considera acumulada a aquesta de forma implícita, i únicament en el cas que aquesta última hagi prescrit l'òrgan judicial no podrà ordenar la restitució recíproca de les prestacions, sempre i quan les parts hagin pogut efectuar les al·legacions pertinents.

1.6. El cas de la subrogació contractual

Mitjançant la subrogació contractual, una tercera persona, inicialment aliena a la relació contractual, substitueix a una de les parts en els drets i obligacions propis d'una determinada relació jurídica⁴⁵. Aquesta situació jurídica mereix una especial menció, ja que pot plantejar una problemàtica particular en l'àmbit de la contractació amb consumidors, donada la possibilitat que la part subrogada actués en condició d'empresari i que el subrogant, en canvi, sigui un consumidor.

L'exemple més característic, propi dels préstecs amb garantia hipotecària, té lloc en aquells casos en que el consumidor adquirent d'un immoble decideix subrogar-se en la posició jurídica de deutor del promotor immobiliari – empresari – en el marc d'un préstec amb garantia hipotecària subscrit per aquest últim pel finançament de la construcció del citat immoble. En tal cas, el contracte inicial de préstec subscrit entre el promotor i l'entitat de crèdit, en el qual es subroga posteriorment el consumidor, es trobava fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa referent a les clàusules abusives i el control de transparència, ja que el prestatari no gaudia de la condició de consumidor donada la finalitat del préstec. Per tant, existeix la possibilitat de que el consumidor – el qual esdevé el nou prestatari – adquireixi unes obligacions fruit de les clàusules contractuals que, tot i que inicialment fossin plenament vàlides en virtut del principi de l'autonomia de la voluntat, siguin susceptibles de ser declarades nul·les per abusives o manca de transparència.

En aquests casos, d'acord amb la jurisprudència continguda, entre d'altres, a la STS 338/2020, de 22 de juny de 2020, el fet de que el contracte de préstec original no fos

⁴⁵ Definició extreta del recurs online "Diccionario Panhispánico del Español Jurídico".
Pàgina web: <https://dpej.rae.es/lema/subrogaci%C3%B3n> – consultat a data de 18 de març de 2024.

susceptible del control de transparència ni del caràcter abusiu pel fet d'haver sigut subscrit entre empresaris no és un impediment per a que s'apliqui aquest control en el moment en que un consumidor es subroga en la posició del prestatari. En aquest sentit, el punt 3 del fonament de dret tercer exposa el següent:

“El préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor, junto con la novación de determinadas condiciones financieras, son operaciones diferentes. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia”⁴⁶.

Tot i no ser aplicable al citat cas – ja que la subrogació va tenir lloc l'any 2009 – el TS menciona la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari⁴⁷, ja que aquesta norma va resoldre les llacunes existents en l'àmbit de la subrogació hipotecària a les que fins llavors havia intentat donar solució la jurisprudència. Aquesta llei desenvolupa i defineix de forma detallada el contingut i la forma dels contractes de préstec immobiliari, així com els requisits d'informació precontractual i transparència, traslladant de forma concreta la regulació sobre clàusules abusives al sector hipotecari i, a més, preveu de forma expressa la seva aplicació en els supòsits de subrogació del deutor a la seva disposició addicional sisena.

En conclusió, tal i com exposa MORENO GARCÍA (2018): *“la subrogación no impide al deudor subrogado alegar la normativa de protección general de los consumidores y usuarios en defensa de sus intereses, pese a que, en una primera aproximación pudiera pensarse que la subrogación impide considerar abusiva la estipulación que originariamente no lo fuese dado el carácter empresarial de los contratantes”⁴⁸.*

⁴⁶ El TS fonamenta la seva argumentació en base als arts. 1205 CC i 118 LH, segons els quals el creditor original ha de consentir la subrogació del nou deutor. Resulta, per tant, que l'operació no és desconeguda per l'entitat de crèdit i, en conseqüència, té la capacitat de conèixer la condició de consumidor del nou prestatari per tal de poder adequar el contingut del contracte a la normativa de consum i remeiar els defectes de transparència. També fa referència a l'auto del TJUE del 27 d'abril de 2017 (assumpte C-535/16), el qual dictamina a la seva part dispositiva, resumidament, que les disposicions de la Directiva 93/13 són aplicables als casos de subrogació d'un consumidor al préstec inicialment concedit a un empresari.

⁴⁷ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Publicada al «BOE» núm. 65, de 16/03/2019.

Vigent des del 16 de juny de 2019, d'acord amb la seva disposició final setzena.

⁴⁸ MORENO GARCIA, L. (2018), op. cit. (pp. 74-75)

2. La clàusula d'atribució al consumidor de les despeses hipotecàries

2.1. Les despeses derivades de la constitució de la hipoteca

El procediment de constitució del dret real d'hipoteca a favor de l'entitat prestadora exigeix una sèrie de formalitats previstes legalment, de les quals se'n deriven la majoria de les despeses que conformen la clàusula d'atribució de despeses hipotecàries. Aquest és el cas dels aranzels notarials i dels aranzels registrals, despeses intrínseques a la formalització de la garantia real d'hipoteca com a conseqüència de la necessitat d'atorgament d'escriptura pública i inscripció al Registre de la Propietat prevista a l'article 145 de la Llei Hipotecària.

A més, la celebració d'un contracte de préstec hipotecari és una operació financera rellevant a efectes tributaris, ja que aquest negoci jurídic està comprès per dos elements susceptibles de tributació per via d'IVA o l'ITPAJD: la constitució del dret real d'hipoteca i la celebració d'un contracte de préstec. Ara bé, en el supòsit estudiat al present treball – els préstecs hipotecaris concedits per entitats financeres a consumidors –, l'únic tribut que grava l'operació és l'ITPAJD en la modalitat d'Actes Jurídics Documentats, com a conseqüència de l'atorgament de l'escriptura pública corresponent⁴⁹.

Per últim, ens trobem amb les despeses de gestoria, les quals es deriven de la tramitació per part d'un tercer de les diverses gestions necessàries per la formalització del préstec hipotecari (en general, aquestes tasques consisteixen en la presentació de la documentació necessària al Registre de la Propietat o davant del notari). La prestació d'aquest servei no es tracta d'un requisit indispensable per la formalització del contracte i per tant, com assenyala CASTILLO MARTÍNEZ (2017), es tracta d'una “activitat accessòria o instrumental”⁵⁰, donat que aquests mateixos tràmits els podrien efectuar l'entitat financera o, fins i tot, el consumidor, els dos interessats en la gestió.

Pel que respecta a la resta de despeses que es poden originar com a conseqüència de la contractació d'un préstec hipotecari amb una entitat financera, com podrien ser el cost de la contractació de serveis vinculats – tals com una assegurança de vida o de danys sobre l'immoble hipotecat – o les despeses per comissions d'impagament, tant la doctrina com la jurisprudència (entre d'altres, SSTS 705/2015, de 23 de desembre de 2015; 147 i

⁴⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). *La nul·litat de la clàusula de gastos en los préstamos hipotecarios* (p. 111). Editorial Reus.

⁵⁰ CASTILLO MARTINEZ, C. DEL C. (2017). *La Nul·litat de la Clàusula de Gastos en los Préstamos Hipotecarios con Consumidores* (p. 118). Tirant lo Blanch.

148/2018, de 15 de març de 2018; i 44 i 46-49/2019, de 23 de gener de 2019) no les considera objecte d'estudi conjunt amb les mencionades anteriorment, donat que *stricto sensu* no es tracta de despeses originades per la pròpia formalització del contracte, sinó que son despeses que es poden originar al llarg de la vida del contracte.

Per últim, un cop detallats els elements que conformen les despeses derivades de la constitució d'una hipoteca, podem definir la clàusula d'atribució de despeses hipotecàries com aquella que imposa al prestatari la totalitat de les despeses que es generen per la preparació, formalització i inscripció del préstec hipotecari⁵¹.

2.2. El règim jurídic actual de la distribució de despeses hipotecàries

En l'actualitat, i des de l'entrada en vigor el dia 16 de juny de 2019 de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, el règim de distribució de les despeses hipotecàries es troba definit de forma clara i amb caràcter imperatiu i irrenunciable per les parts, tal i com estableix l'article 3 de la citada norma i, per tant, qualsevol previsió contrària a aquesta serà considerada nul·la de ple dret.

Troblem aquesta distribució a l'article 14.1 e) de la Llei 5/2019, segons el qual les despeses derivades de la inscripció al Registre de la Propietat, l'aranzel notarial de l'escriptura de préstec hipotecari (amb l'excepció de les còpies, el cost de les quals serà assumit pel sol·licitant) i l'import de la gestoria correspondran en tot cas al prestador, l'entitat financera. En quant al pagament de l'ITPAJD, la norma es remet a la regulació tributària, en aquest cas l'actual article 29 de la Llei del ITPAJD⁵², que estableix que el subjecte passiu serà el prestador⁵³.

El règim de distribució de les despeses establert per la Llei 5/2019 va posar fi a la situació d'incertesa jurídica anterior, ja que abans de la seva entrada en vigor l'ordenament jurídic no proporcionava una resposta clara a la qüestió de qui havia d'assumir cadascuna de les despeses – fet que serà estudiat amb major deteniment als epígrafs següents –. Tot i això, la solució proposada per la citada norma només és aplicable a aquells contractes celebrats amb posterioritat a la seva entrada en vigor, tal i com preveu el primer apartat de la seva disposició transitòria primera – d'acord amb el

⁵¹ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018), op. cit. (p. 21). Editorial Reus.

⁵² 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. Publicat al «BOE» núm. 251, de 20/10/1993.

⁵³ És indispensable assenyalar que ens referim a la redacció donada a aquest article pel Reial Decret-Llei 17/2018, de 8 de novembre de 2018, aplicable únicament a les escriptures públiques atorgades a partir de la seva entrada en vigor el 10 de novembre de 2018.

principi general d'irretroactivitat previst a l'article 2.3 CC – i, per tant, encara subsisteix en l'actualitat la problemàtica suscitada per la distribució de les despeses en els contractes anteriors al 16 de juny de 2019.

2.3. El caràcter abusiu de la clàusula d'atribució al consumidor de les despeses hipotecàries. La STS 705/2015, de 23 de desembre de 2015

Resolta la qüestió referent als contractes de préstec hipotecari celebrats a partir de l'entrada en vigor de la Llei 5/2019, resta per determinar la situació en que es troben els contractes anteriors a la referida llei, ja que és en aquest àmbit on es situa la qüestió objecte del present treball.

L'eix central de la matèria es troba a la STS 705/2015, de 23 de desembre de 2015, ja que aquest va ser el primer cop en que l'alt tribunal es va pronunciar, entre d'altres qüestions plantejades, sobre el caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries⁵⁴, declarant la seva nul·litat.

L'argumentació del TS es troba a l'apartat g) del Fonament de Dret Cinquè de la citada sentència i es basa, principalment, en l'aplicació de l'article 89.3 TRLGDCU, que estableix que es consideraran abusives aquelles clàusules que imposin al consumidor les despeses de documentació i tramitació que per llei corresponguin a l'empresari. El propi article preveu també una sèrie de supòsits de clàusules considerades abusives en el cas de la compravenda d'habitatge, els quals el TS aplica de forma extensiva al cas del préstec hipotecari per considerar que *“la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición [d'habitatge]”*.

El tribunal inicia la seva argumentació analitzant el règim legal d'atribució de les despeses d'atorgament de l'escriptura pública i inscripció del dret real d'hipoteca al Registre de la Propietat. Segons la normativa aplicable – l'Arancel dels Notaris⁵⁵ (art. 6 de l'annex II) i l'Arancel dels Registradors de la Propietat⁵⁶ (art. 8 de l'annex II) – el pagament de l'arancel notarial correspon a la persona interessada en l'atorgament de l'escriptura, i el pagament de l'arancel registral recau sobre la persona a favor de qui

⁵⁴ El cas d'autos plantejat al TS provenia d'una acció col·lectiva exercitada per l'Organització de Consumidors i Usuaris contra “BBVA, S.A.”, i “Banco Popular Español, S.A.”, en la que es pretenia la declaració del caràcter abusiu de diverses clàusules incloses als contractes de préstec immobiliari d'aquestes entitats, tals com la coneguda clàusula sòl, la de venciment anticipat i la de despeses hipotecàries. És per aquest motiu que es tracta de la sentència pionera en l'àmbit dels préstecs hipotecaris.

⁵⁵ Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios. Publicat al «BOE» núm. 285, de 28/11/1989.

⁵⁶ Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. Publicat al «BOE» núm. 285, de 28/11/1989.

s'inscriu el dret real. Així doncs, tal i com argumenta el TS, el pagament d'aquests dos aranzels correspon legalment al prestador – o, com a mínim, hauria de ser distribuït equitativament –, donat que ell és l'interessat en la constitució del dret real d'hipoteca perquè a través d'aquest procediment adquireix un títol executiu que li serveix com a garantia real del cobrament del préstec.

Pel que fa als tributs aplicables al crèdit hipotecari, primerament cal assenyalar que fins el 10 de novembre de 2018, amb l'entrada en vigor del RD-l 17/2018⁵⁷, es considerava subjecte passiu contribuent del ITPAJD – en la seva modalitat d'Actes Jurídics Documentats – al prestatari, segons determinava l'art. 68 del Reglament del ITPAJD⁵⁸, tot i que cal assenyalar també que la STS 1531/2018, de 23 d'octubre de 2018 (de la Sala de lo Contenciós-Administratiu), va anul·lar el 2n paràgraf del referit art. 68 del Reglament del ITPAJD i, per tant, va haver un lapse de temps entre el 23 d'octubre i el 10 de novembre de 2018 en que el contribuent del ITPAJD era indeterminat.

El fet anterior és rellevant, ja que tot i que la STS 705/2015 va declarar la nul·litat per abusiva de la clàusula de despeses hipotecàries també als efectes del pagament dels tributs – degut a que el prestador pot ser subjecte passiu del ITPAJD si sol·licita còpia de l'escriptura notarial –, fins el 10 de novembre de 2018 el contribuent de l'ITPAJD, en la seva modalitat d'Actes Jurídics Documentats, era el prestatari i, per tant, fins aquella data, tot i ser abusiva la clàusula d'atribució de despeses hipotecàries per atribuir indiscriminadament el pagament de tots els tributs al consumidor, el pagament d'aquest impost corresponia al prestatari⁵⁹.

Per últim, en quant a les despeses de gestoria, hem de remarcar que la STS 705/2015 no en fa referència de forma expressa i, per tant, la situació jurídica atenyent a aquestes despeses no va ser resolta de forma definitiva fins que el TS va pronunciar-s'hi

⁵⁷ 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. Publicat al «BOE» núm. 271, de 9 de novembre de 2018, pàgines 109209 a 109212.

⁵⁸ Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Publicat al «BOE» núm. 148, de 22/06/1995.

⁵⁹ En aquest sentit, la STS 148/2018, de 15 de març de 2018, la qual, a més, estableix al seu Fonament de Dret Sisè:

“la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores”.

de forma directa tres anys després, a la STS 48/2019, de 23 de gener de 2019⁶⁰. La referida sentència estableix que la nul·litat de la clàusula d'atribució de les despeses hipotecàries fixada per la STS 705/2015 és total i, per tant, afecta a totes les despeses originades en el procés de formalització del préstec hipotecari, incloses les despeses de gestoria.

Tot i que el TS realment no justifica de forma específica el caràcter abusiu de l'atribució al consumidor de les despeses de gestoria, podem trobar una resposta a la normativa. L'activitat realitzada per la gestoria, tal i com mencionat a l'epígraf 2.1, és un servei accessori – de caràcter complementari – i que en cap cas resulta preceptiu per la formalització de l'hipoteca; en aquest mateix sentit, en la pràctica aquest servei acostuma a ser imposat per l'entitat financera i, per tant, el consumidor no pot decidir sobre la necessitat de la seva contractació ni quina persona – física o jurídica – serà l'encarregada de la gestió. En conseqüència, atès a més que el contracte de gestoria acostuma a ser bilateral entre l'entitat financera i la gestoria, en aplicació de l'art. 1257 CC el contracte de gestoria només pot tenir efectes entre el prestador i la gestoria – i no envers al consumidor, que no forma part d'aquest –. Per si això encara fos poc, l'art. 89.4 TRLGDCU preveu el caràcter abusiu d'una clàusula que imposi al consumidor serveis complementaris no sol·licitats, cas perfectament aplicable a les despeses de gestoria⁶¹.

En conclusió, es declara abusiva la clàusula de despeses hipotecàries per atribuir unilateralment al consumidor el pagament d'uns imports que, tal i com argumenta acuradament el TS, corresponen a l'entitat financera i, per tant, per contravenir a l'art. 89.3 a) i c) TRLGDCU – i en el cas de les despeses de gestoria per contravençió a l'art. 89.4 TRLGDCU –.

2.4. Efectes restitutoris derivats de la nul·litat de la clàusula de despeses hipotecàries

Tal i com s'ha exposat a l'epígraf 1.4 del present treball, la declaració de nul·litat comporta, d'acord amb l'art. 1303 CC, l'obligació de les parts de restituir-se recíprocament les prestacions – en aquest cas pecuniàries – efectuades per les parts. Cal

⁶⁰ Tot i que referenciem una sentència en concret per considerar-la la més il·lustrativa, cal assenyalar que aquell mateix dia de 23 de gener de 2019 el TS va dictar 4 sentències més (STS 44, 46, 47 i 49/2019), assentant doctrina en la matèria de despeses hipotecàries.

⁶¹ MARÍN LÓPEZ, M.J. (noviembre de 2020). *El prestatario tiene derecho a recuperar íntegramente los gastos de gestoría tras la nulidad de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario. Comentario a la STS 26 de octubre de 2020* (p. 3). Centro de Estudios de Consumo. https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_prestatario_tiene_derecho_a_recuperar_integramente_los_gastos_de_gestoria_tras_la_nulidad_de_la_clausula_de_gastos_del_prestamo_hipotecario.pdf

recordar també que l'acció restitutòria està subjecte al termini de prescripció genèric de 10 anys, en el cas de Catalunya, i de 5 anys en el cas del dret comú – tal i com hem analitzat a l'epígraf 1.5 –.

Ara bé, el cas de la restitució dels pagaments efectuats en virtut de la clàusula d'atribució de les despeses hipotecàries presenta una particularitat que dificulta l'aplicació de l'art. 1303 CC, ja que els pagaments efectuats pel consumidor es fan directament a un tercer, i no a l'entitat financera. Per tant, interpretant la norma de forma estricta, l'empresari no pot restituir uns imports que mai li han sigut satisfets a ell directament, si ens basem exclusivament en aquest precepte.

Evidentment, la jurisprudència ha trobat una solució a aquesta qüestió per tal de garantir el principi d'efectivitat del Dret de la UE – concretament, de l'art. 6.1 de la Directiva 93/13 –; en aquest cas, la solució trobada es basa en el principi de prohibició de l'enriquiment injust, que permet assimilar el supòsit dels pagaments efectuats a un tercer amb el pagament de lo indegut dels arts. 1895 i 1896 CC ja que, segons paraules del TS: *“el consumidor habría hecho un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía”*⁶².

Un cop determinada la base jurídica de la restitució, resta per aclarir en quina proporció hauran de ser restituïdes per part de l'entitat prestadora les diferents despeses assumides inicialment pel consumidor. La doctrina del Tribunal Suprem al respecte es troba recollida – amb certs matisos posteriors que seran mencionats al final d'aquest epígraf – a la STS 48/2019, de 23 de gener de 2019, la qual va aplicar el següent règim de distribució de les despeses hipotecàries:

- 1. ITPAJD:** per a tots els contractes anteriors al 10 de novembre de 2018 – data d'entrada en vigor del ja mencionat RD-1 17/2018 –, correspondrà al prestatari el pagament de l'impost, excepte pel que fa a l'import derivat de la sol·licitud de còpies de les escriptures notariales, que correspondrà a qui les sol·liciti.

A partir del 10 de novembre de 2018, el pagament de l'impost correspondrà en qualsevol cas al prestador.

⁶² STS 725/2018, de 19 de desembre de 2018, Fonament de Dret 2n, §4.

2. **Despeses notarial:** el pagament correspondrà per meitats a cadascuna de les parts, ja que l'Aranzel dels Notaris (art. 6 de l'annex II) estableix que l'obligat al pagament serà la part interessada en l'atorgament de l'escriptura notarial⁶³.
3. **Despeses del Registre de la Propietat:** el seu pagament correspon íntegrament a l'entitat financera, ja que l'Aranzel dels Registradors de la Propietat (art. 8 de l'annex II) indica que l'obligat al pagament serà la persona a favor de qui s'inscriu el dret real i, en aquest cas, el dret real d'hipoteca s'inscriu a favor de l'entitat financera.
4. **Despeses de gestoria:** donat que no existeix cap norma que estableixi l'atribució del seu pagament, el TS considera que la gestió interessa a ambdues parts de forma igual i, per tant, declara que el seu pagament correspondrà per meitats a cadascuna de les parts.

En quant a les despeses de gestoria, és imprescindible assenyalar que el criteri jurisprudencial seguit pel TS va canviar poc més d'un any després per tal de complir amb la jurisprudència comunitària – en aquest cas, la STJUE de 16 de juliol de 2020, ja citada al present treball –; trobem aquest canvi de criteri a la STS 555/2020, de 26 d'octubre de 2020, que va declarar que el pagament de les despeses de gestoria haurà de ser abonat de forma íntegra pel prestador.

2.5. Prescripció de l'acció restitutòria i la determinació del *dies a quo*

2.5.1. Introducció de la problemàtica

Un cop arribats a aquest punt del treball, ens trobem davant d'una qüestió encara debatuda a dia d'avui tant per la doctrina com pels tribunals: quan comença el còmput del termini de prescripció de l'acció restitutòria de les despeses hipotecàries abonades pel consumidor? En aquest sentit, hem de recordar – tal com s'ha exposat a l'epígraf 1.5 del present treball – que la jurisprudència comunitària ha reconegut que l'acció restitutòria pot ser prescriptible – sempre que el dret nacional així ho estableixi – i, per tant, aquesta és una qüestió pacífica en l'actualitat arran de la publicació de la STJUE de 16 de juliol de 2020 (assumpte C-224/19)⁶⁴.

⁶³ STS 48/2019, de 23 de gener de 2019, Fonament de Dret 5è:

“El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés inferior al habitual en los préstamos sin garantía real.”

⁶⁴ Ara bé, el TJUE estableix certes limitacions i requisits entorn al termini i el *dies a quo* de la prescripció de l'acció restitutòria:

De mateixa manera, existeix també consens en l'àmbit del Dret intern en quant a que el termini aplicable és el genèric previst per les accions personals: quinquennal en el cas del Dret comú⁶⁵ – segons l'art. 1964.2º CC –, i decennal en el cas del Dret català – art. 121-20 CCCat –.

No obstant això, la determinació del *dies a quo* – és a dir, el moment d'inici del còmput de la prescripció – perdura com a qüestió controvertida encara a dia d'avui tot i que el TJUE hagi tingut l'oportunitat de pronunciar-s'hi en diverses ocasions, com veurem a continuació.

Segons preveu el propi article 1964.2º CC – en consonància amb la norma general establerta a l'art. 1969 CC –, el termini de prescripció haurà de començar “*desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*”, però aquesta definició és insuficient, en tant que el moment en el que es pot exigir el compliment de l'obligació – és a dir, el moment des del que neix la possibilitat de sol·licitar la restitució – pot ser entès de diferents maneres, alhora molt diferents entre elles.

Des d'un primer punt de vista, i fent una interpretació objectiva del citat precepte, podríem entendre que una clàusula abusiva ho és des del moment en que és incorporada al contracte. Per tant, partint d'aquesta idea de que l'acció declarativa de la nul·litat de la clàusula de despeses hipotecàries – la qual és imprescriptible – pot ser exercitada des d'aquest primer moment, podria semblar lògic que també fos aquest el moment en que neix l'acció restitutòria, però si analitzem aquesta idea amb major deteniment podem veure que aquesta opinió és insostenible, ja que en la pràctica les despeses hipotecàries s'abonen en data posterior a la celebració del contracte i, per tant, no pot exigir-se la seva restitució abans de que hagin sigut abonades pel consumidor⁶⁶.

Aquesta mateixa qüestió ha sigut plantejada en l'àmbit comunitari, sobre la que va pronunciar-se la STJUE de 10 de juny de 2021 (assumptes acumulats C-776/19 a C-

“siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.” (Part dispositiva de la STJUE de 16 de juliol de 2020 (assumptes acumulats C-224/19 i C-259/19), §4).

Per tant, el règim de prescripció haurà de garantir en qualsevol cas que el consumidor pugui exercitar l'acció de forma efectiva abans de que prescrigui l'acció, qüestió que ha suscitat el debat que tractarem en aquest epígraf.

⁶⁵ MARIN LOPEZ, M. J. (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados (p. 92). *Revista CESCO de Derecho De Consumo*, (22), 86–99.

De mateixa manera, l'Auto del TS de 22 de juliol de 2021 (núm. recurs 1799/2020), de plantejament de decisió prejudicial davant del TJUE (assumpte C-561/21), parteix de la premissa que el termini aplicable és el genèric de l'art. 1964.2º CC.

⁶⁶ MARIN LOPEZ, M. J. (2022). La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español (pp. 77-78). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (42), 70-167.

782/19), declarant que els arts. 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13 s'oposen a establir el *dies a quo* en la data en que es va celebrar el contracte de préstec, ja que “*el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva*”. Aquest fragment citat és de màxima importància, ja que el TJUE declara inequívocament que un dels requisits del còmput de la prescripció de l'acció restitutòria és que el consumidor tingui – o pugui tenir, d'haver actuat diligentment – coneixement dels drets que li confereix la Directiva 93/13, transposats al nostre ordenament jurídic als arts. 82 i ss. TRLGDCU. En conseqüència, l'inici del termini de prescripció no pot entendre's de forma objectiva, sinó que ha de trobar-se vinculat al coneixement que tingui el consumidor de la seva facultat d'exigir la restitució de les despeses hipotecàries.

En aquest punt, convé introduir la regulació del Codi Civil de Catalunya sobre el còmput del termini de prescripció, la qual es troba al seu article 121-23. A diferència de la regulació estatal, continguda als arts. 1964.2º i 1969 CC, el legislador català va establir el *dies a quo* en clau subjectiva, amb una clara inspiració en el Dret comunitari i de la resta d'Estats europeus. Pel que fa a la normativa estatal, tot i que la norma no ha sigut adaptada al criteri subjectiu – degut a la manca de consens del legislador –, la seva interpretació jurisprudencial sí ho ha fet i, per tant, l'inici del termini de prescripció, tant en la normativa catalana com en el dret comú, té els tres següents requisits⁶⁷:

- I. **Exigibilitat:** que la pretensió hagi nascut i es pugui exercitar.
- II. **Cognoscibilitat:** que la persona facultada conegui – o hagués pogut conèixer d'haver actuat diligentment – els fets i circumstàncies que fonamenten la pretensió i contra qui pot dirigir-la.
- III. **Possibilitat:** que la persona facultada tingui la possibilitat real i efectiva de fer valer la pretensió, entenent com a tal que existeixi el mecanisme processal oportú i que no concorri força major.

2.5.2. Els diferents criteris seguits per les Audiències Provincials catalanes

Degut a les dificultats interpretatives derivades de la indeterminació del *dies a quo* per la norma i per la jurisprudència comunitària, els diferents jutjats i tribunals de tota

⁶⁷ MARIN LOPEZ, M. J. (2022). La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español (pp. 76-77). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (42), 70-167.

Espanya han establert diferents criteris per donar resposta a la problemàtica, els quals poden ser agrupats en tres criteris diferents que analitzarem en aquest epígraf.

Abans, però, convé indicar que la font de la discrepància interpretativa es troba en el requisit de la cognoscibilitat de la pretensió per part del consumidor, que dependrà de les circumstàncies del consumidor en cada cas concret i, per tant, suposa una dificultat probatòria molt elevada per l'entitat financera – qui té la càrrega de la prova, ja que l'al·legació de la prescripció correspon a les parts segons l'art. 121-4 CCCat –. Per aquest motiu, els diferents òrgans judicials han tractat de determinar, de forma general, el moment concret en que qualsevol consumidor que actuï amb una mínima diligència pot conèixer el seu dret a exigir la devolució de les despeses hipotecàries, arribant a tres solucions diferents, les quals analitza de forma encertada l'Auto del Jutjat de Primera Instància 20 de Barcelona, de 22 de juliol de 2021 (núm. recurs 181/2021)⁶⁸:

I. El *dies a quo* té lloc en el moment en que es consuma la clàusula de despeses hipotecàries (Audiència Provincial de Barcelona).

Segons aquest criteri⁶⁹, el còmput del termini de prescripció de l'acció restitutòria comença en el moment en que el consumidor abona l'import de les diferents despeses, ja que aquest és el moment en que la devolució esdevé exigible – criteri d'exigibilitat – i és també el moment en que el consumidor coneix els fets que fonamenten la seva pretensió⁷⁰ – criteri de cognoscibilitat –.

Aquest criteri ha sigut invalidat per la més recent jurisprudència del TJUE, tant la STJUE de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21) com la STJUE de 25 d'abril de 2024 (assumpte C-484/21), en les que l'alt tribunal europeu declara que no s'ajusta al principi d'efectivitat en relació amb els arts. 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13, ja que no garanteix que el consumidor pugui tenir coneixement del caràcter abusiu de la clàusula abans de que finalitzi el termini, fins i tot encara que el termini aplicable sigui el de 10 anys⁷¹.

⁶⁸ A través d'aquest Auto, el Jutjat de Primera Instància 20 de Barcelona va formular qüestió prejudicial al TJUE, qüestió resolta per la STJUE de 25 d'abril de 2024 (assumpte C-484/21) que serà analitzada en aquest epígraf.

⁶⁹ Exemplificat, entre d'altres, a la SAP Barcelona (secció 15) 925/2021, de 21 de maig de 2021.

⁷⁰ MARIN LOPEZ, M. J. (2022). La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español (pp. 82-84). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (42), 70-167.

Aquest autor considera que el requisit de cognoscibilitat es refereix únicament als fets que fonamenten la pretensió (el propi pagament de les despeses), i no al coneixement del caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries.

⁷¹ STJUE de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21), §50:

“Sin embargo, para que las normas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con el principio de efectividad, no basta con que establezcan que el consumidor debe conocer los

Hem d'entendre, per tant, que el criteri determinant per determinar la compatibilitat del termini de prescripció amb el principi d'efectivitat és el coneixement efectiu per part del consumidor del caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries, criteri que no necessàriament coincideix amb el moment del pagament de les despeses.

No obstant, això no implica necessàriament que el *dies a quo* s'hagi d'establir en el moment en que el consumidor en concret tingui coneixement del caràcter abusiu de la clàusula – moment que d'altra banda, com ja hem dit, és especialment difícil de determinar – ja que, en paraules del propi TJUE, “*tal plazo únicamente puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho plazo empezase a correr o de que expirase*”⁷². Per tant, el TJUE no tanca la porta a que el termini pugui començar abans de que el consumidor tingui coneixement del dret a la restitució, sempre que en el moment en que adquireixi aquest coneixement encara disposi de temps suficient per exercitar les accions legals pertinents.

II. El *dies a quo* té lloc en el moment en que es va dictar la STS 705/2015, de 23 de desembre de 2015 (Audiències Provincials de Tarragona i Girona).

Segons aquest criteri⁷³, el qual té en compte el requisit de cognoscibilitat del caràcter abusiu de la clàusula i les seves conseqüències, el fet que el TS dictés una sentència que va declarar abusiva la clàusula de despeses hipotecàries en el curs d'un procediment instat per l'Organització de Consumidors i Usuaris implica que un consumidor mitjà pogués tenir coneixement del seu dret a obtenir una restitució derivada de la nul·litat de la clàusula de despeses hipotecàries. La problemàtica plantejada per aquest criteri es troba en el propi fet que els tribunals que l'apliquen assumeixen que la STS 705/2015 té caràcter de fet notori sense analitzar si realment va existir una difusió suficient més enllà de l'entorn jurídic.

En aquest sentit, de nou, la STJUE de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21) va declarar que “*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, (...) puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se*

hechos determinantes del carácter abusivo de una cláusula contractual, sin tener en cuenta, por un lado, si conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13 ni, por otro lado, si tiene tiempo suficiente para preparar e interponer efectivamente un recurso con el fin de invocar esos derechos.”

⁷² STJUE de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21), §48.

⁷³ Exemplificat a la SAP Tarragona (secció 1) 451/2021, de 16 de juny de 2021 i la SAP Girona (secció 1) 295/2021, de 10 de maig de 2021, entre d'altres.

cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella.”

Posteriorment, aquest criteri va ser ratificat per la STJUE de 25 d'abril de 2024 (assumpte C-484/21), motiu pel que tampoc pot ser acceptat el criteri que estableix de forma genèrica el 23 de desembre de 2015 – data en que es va dictar la STS 705/2015 – com a *dies a quo* de l'acció restitutòria.

III. El *dies a quo* té lloc en el moment en que es declara la nul·litat de la clàusula objecte del litigi (Audiència Provincial de Lleida).

Segons aquest últim criteri⁷⁴, el qual es basa principalment en el requisit d'exigibilitat de l'acció, el còmput del termini de prescripció de l'acció restitutòria té inici de forma necessària en el moment en que la sentència que declara la nul·litat de la clàusula de despeses hipotecàries esdevé ferma. Segons les pròpies paraules de la SAP Lleida (secció 2) 321/2021, de 7 de maig de 2021: *“debemos considerar que mientras no se declara la nulidad de la cláusula abusiva no es posible la reclamación de las sumas satisfechas indebidamente por la aplicación de esta cláusula nula, de modo que no cabe apreciar ningún retardo malicioso en dicha reclamación ni la prescripción de la misma, conforme la doctrina de la actio nata”*.

Aquest criteri ha sigut ratificat per la recent STJUE de 25 d'abril de 2024 (assumpte C-561/21), la qual va declarar que no s'oposa al principi de seguretat jurídica ni el Dret de la UE, tot i que també reconeix la facultat de l'empresari de provar que el consumidor tenia – o de forma raonable podia tenir – coneixement del caràcter abusiu de la clàusula en una data anterior i, per tant, establir el *dies a quo* en aquella data anterior.

Ara bé, tal i com va avançar MARÍN LÓPEZ (2022): *“que no sea contrario al principio de efectividad (ni al derecho europeo) fijar el dies a quo el día de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos en ese concreto contrato no significa que en el derecho español haya que fijar el dies a quo en ese día”*⁷⁵. De fet, les respostes a les qüestions prejudicials utilitzen la fórmula “s'oposa” – prohibitiva – o “no s'oposa” – permissiva, però no preceptiva – i, per tant, que el Dret de la UE no s'oposi a establir el *dies a quo* en el moment en que esdevé ferma la sentència que declara la nul·litat de la concreta clàusula de despeses hipotecàries no implica que aquesta hagi de ser la data

⁷⁴ Exemplificat a la SAP Lleida (secció 2) 321/2021, de 7 de maig de 2021, entre d'altres.

⁷⁵ MARÍN LOPEZ, M. J. (2022). La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios: influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español (p. 131). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (42), 70-167.

determinant, sinó que podria ser-ho. En aquest mateix sentit, la STJUE de 25 de gener de 2024 (assumpes acumulats C-810/21 a C-813/21), §42, va deixar clar que el principi d'autonomia processal dels EEMM implica que la regulació de la prescripció correspongui a cada Estat i que, per tant, el control del TJUE únicament vagi encaminat a garantir la seva compatibilitat amb el Dret de la UE.

De fet, tal i com s'ha exposat en l'epígraf 1.5 del present treball, establir de forma genèrica el *dies a quo* en el moment en que esdevé ferma la sentència declarativa de la nul·litat de la clàusula en concret implica que en la pràctica l'acció restitutòria sigui imprescriptible – ja que l'acció declarativa de la nul·litat de ple dret no té limitació temporal –, fet que pot ser incompatible amb el principi de seguretat jurídica⁷⁶.

2.5.3. Altres criteris aplicables a la determinació del *dies a quo*

A més dels criteris mencionats a l'epígraf anterior – cap dels quals ens proporciona una solució definitiva a la problemàtica del *dies a quo* –, el TS va plantejar diverses qüestions prejudicials al TJUE, resoltes per la ja citada STJUE de 25 d'abril de 2024 (assumpte C-561/21), en les que proposava dues noves possibles dates rellevants als efectes de determinar l'inici del còmput de la prescripció de l'acció restitutòria:

- **23 de gener de 2019**, data en que el TS va dictar 5 sentències (SSTS 44, 46, 47, 48 i 49/2019) en les que va determinar en quina proporció corresponien les despeses hipotecàries al consumidor i a l'empresari.
- **16 de juliol de 2020**, data en que el TJUE va dictar la sentència relativa als assumptes acumulats C-224/19 i C-259/19, que confirmaven que és compatible amb la Directiva 93/13 subjectar a un termini de prescripció l'acció restitutòria.

El TJUE ha mantingut el mateix criteri que sostenia anteriorment, declarant que els arts. 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13 s'oposen a que s'estableixi de forma genèrica el *dies a quo* en qualsevol de les dues citades dates, ja que, segons les pròpies paraules del TJUE (§48): “*no cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener*

⁷⁶ En aquest sentit, l'art. 121-24 CCCat estableix un termini de preclusió general de 30 anys aplicable a qualsevol pretensió – fins i tot l'acció restitutòria – amb independència del criteri de cognoscibilitat. El còmput d'aquest termini comença amb el naixement de la pretensió, havent d'entendre com a tal el moment en que s'efectua el pagament de les despeses hipotecàries en el nostre cas.

Tanmateix, l'aplicació d'aquest article no s'ha plantejat encara en la pràctica – i probablement no arribi a plantejar-se mai –, ja que la disposició transitòria única de la Llei 29/2002, de 30 de desembre (Primera llei del Codi civil de Catalunya) preveu que aquest termini serà aplicable a partir de l'1 de gener de 2004 i, per tant, no serà fins el 2034 que es pugui instar la seva aplicació.

conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente al de una cláusula tipo que el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva”.

Per tant, el TJUE manté fermament el criteri de la cognoscibilitat del consumidor en concret, i evita determinar per sí mateix una data concreta als efectes d'establir el *dies a quo*, fet que, d'altra banda, s'adequa al principi d'autonomia processal dels EEMM, respectat pel TJUE en tot moment.

2.5.4. Aplicació de la STJUE de 25 de gener de 2024 per l'AP de Barcelona

La SAP de Barcelona (secció 15) 62/24, de 15 de març de 2024, ha estat la primera sentència en aplicar la més recent jurisprudència comunitària de forma directa, donat que la STJUE de 25 de gener de 2024 va respondre a les qüestions prejudicials plantejades per aquesta mateixa audiència⁷⁷ i, per tant, estudiar-la ens farà un apropament a la doctrina que possiblement seguiran la resta de tribunals.

En aquesta sentència, l'AP de Barcelona tracta novament d'establir una data concreta per aplicar el *dies a quo*, basant-se en el criteri de cognoscibilitat del dret a obtenir la restitució de les despeses hipotecàries d'un consumidor mitjà. Aquesta data, tal i com argumenta el tribunal, ha de servir com a data límit pel còmput de la prescripció, ja que es tractarà d'aquell moment en que qualsevol consumidor suficientment diligent hauria pogut tenir coneixement del dret a la restitució, sense perjudici de que el consumidor n'hagués pogut tenir coneixement abans – cas que correspondria provar a l'empresari –.

Després de valorar les diverses circumstàncies rellevants a efectes de la cognoscibilitat d'un consumidor mitjà, l'AP de Barcelona es decanta per establir el mes de gener de l'any 2017 com a data en que un consumidor suficientment diligent hauria pogut tenir coneixement del caràcter abusiu de la clàusula d'atribució de despeses hipotecàries i els seus efectes. Aquesta data resulta rellevant perquè, segons argumenta el tribunal, és el moment en que diverses associacions de consumidors i despatxos

⁷⁷ En aquest sentit, cal assenyalar que el TJUE no es va pronunciar sobre totes les qüestions que li van ser plantejades, fet que lamenta el propi tribunal al Fonament de Dret 2n (§12) de la sentència, ja que buscava que el TJUE proporcionés uns paràmetres concrets sobre els quals poder efectuar el “judici de cognoscibilitat”. En aquest sentit, exposa el tribunal:

“Pero lo cierto es que la STJUE no lo ha hecho y con ese silencio creemos que lo que ha querido expresar es que esa labor le corresponde al juez nacional, quien deberá tomar en consideración todas las circunstancias del caso, como reiteradamente ha venido afirmando en casos similares.”

d'advocats van emprendre una forta campanya publicitària encaminada a la captació de clients per reclamar les despeses hipotecàries. Tot i no fer referència a la publicitat a que es refereix, el tribunal argumenta que la prova del seu enorme abast va ser la forta litigació que va tenir lloc a partir del gener de 2017, la qual va desbordar els diferents jutjats i va obligar al Consell General del Poder Judicial a aprovar l'Acord de 25 de maig de 2017⁷⁸ d'especialització de clàusules abusives en matèria de contractes de finançament hipotecari, el qual preveu l'assignació exclusiva dels procediments en aquesta matèria a determinades seccions dels Jutjats de Primera Instància d'arreu d'Espanya.

Per tant, la conclusió de la SAP de Barcelona (secció 15) 62/24, de 15 de març de 2024, és que el mes de gener de 2017 és el *dies a quo* de l'acció restitutòria de les despeses hipotecàries aplicable de forma general, sense perjudici de que el prestador pugui provar que el consumidor tenia coneixement del dret a reclamar les despeses amb anterioritat – fet que, com ja hem mencionat, resulta difícil de provar en la pràctica –.

Cal assenyalar, per últim, que la citada sentència de l'AP de Barcelona no va ser dictada amb el consens unànim dels magistrats – sinó per majoria – i, per tant, un dels magistrats va formular un vot particular. Resumidament, el magistrat dissident fonamenta la seva argumentació en base a que la STJUE de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21) – concretament els §48-52 – no nega la possibilitat de que el *dies a quo* sigui previ al coneixement del consumidor del dret a la restitució, sempre que un cop tingui coneixement disposi del temps suficient per exercitar les accions pertinents. D'altra banda, el magistrat considera, a més, que el consumidor del cas d'autos tenia coneixement del dret a la restitució en una data anterior, ja que l'any 2013 va formular reclamació de les quantitats abonades en virtut de l'aplicació d'una clàusula sòl.

Des del meu punt de vista, discrepo amb l'argumentació aportada pel magistrat dissident pels següents motius:

- 1) Tot i que és cert que el TJUE admet la possibilitat d'establir el *dies a quo* en data anterior al coneixement del consumidor del dret a la restitució, això no vol dir que el dret espanyol – ni tampoc el català – hagin d'optar per aquesta opció, ja que prima el principi d'autonomia processal i, de fet, el propi ordenament jurídic ens dona una resposta al respecte.

⁷⁸ Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física. Publicat al «BOE» núm. 126, de 27 de maig de 2017, pàgines 42998 a 43001.

Com ja hem mencionat a l'epígraf 2.5.1, l'art. 121-23 CCCat (i també l'art. 1964.2º CC, segons la interpretació jurisprudencial vigent), estableixen com a requisit necessari per a l'inici del còmput de la prescripció que la persona interessada en fer valer la pretensió tingui, o pugui haver tingut coneixement – cognoscibilitat –, dels fets i el dret que fonamenten la seva pretensió.

Per tant, tot i que el TJUE admeti la possibilitat d'establir el *dies a quo* en una data anterior, això no vol dir que aquest sigui el cas al nostre ordenament jurídic; de fet, tal i com hem argumentat, el criteri exposat pel magistrat dissident no és compatible amb la normativa interna aplicable.

- 2) Pel que fa a l'argument substanciat en base a la reclamació anterior de la clàusula sòl, de nou discrepo amb la interpretació del vot particular. Des del meu punt de vista, i d'acord amb la jurisprudència comunitària estudiada, el criteri de cognoscibilitat fa referència al coneixement concret del dret a sol·licitar la restitució de les despeses hipotecàries.

Per tant, que el consumidor tingués coneixement del dret a sol·licitar una restitució basada en la nul·litat d'una clàusula sòl no implica que tingués aquest mateix coneixement sobre el caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries.

De fet, la base jurídica que determina la nul·litat de la clàusula sòl ni tan sols és la mateixa que la que determina la nul·litat de la clàusula d'atribució de les despeses hipotecàries, ja que el principal defecte de les clàusules sòl és de caràcter formal – manca de transparència en la seva incorporació al contracte⁷⁹ – i, en canvi, la nul·litat de la clàusula de despeses hipotecàries es basa en un defecte de caràcter material – el propi contingut de la clàusula, contrari al TRLGDCU –.

En definitiva, considero que no pot equiparar-se el coneixement de la nul·litat de la clàusula sòl amb el del caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries i, en conseqüència, no pot establir-se el *dies a quo* en la mateixa data pels dos casos de forma indiscriminada.

⁷⁹ STS 241/2013, de 9 de maig de 2013. Tot i això, cal mencionar que el TS també analitza el contingut material de la clàusula sòl i el seu possible caràcter abusiu, però el fet determinant de la seva nul·litat es troba en la manca de transparència.

3. Conclusions

PRIMERA. – Sobre el caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries.

En el context dels préstecs hipotecaris, tota clàusula que imposi al consumidor el pagament de les despeses hipotecàries – ja sigui la seva totalitat, o una part que per llei correspongui a l'empresari – tindrà el caràcter d'abusiva, d'acord amb l'art. 89.3 i 89.4 TRLGDCU.

SEGONA. – Règim jurídic actual de la distribució de les despeses hipotecàries.

Des del 16 de juny de 2019, amb l'entrada en vigor de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, la distribució de les despeses hipotecàries es troba establerta de forma clara i imperativa. Aquesta norma proporciona una garantia superior a la regulació sobre clàusules abusives continguda al TRGLDCU, perquè estableix de forma expressa la regulació concreta de les despeses hipotecàries i, per tant, ha servit per erradicar l'ús d'aquest tipus de clàusules als contractes de préstec hipotecari amb consumidors.

TERCERA. – Conseqüències de la declaració del caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries.

La principal conseqüència és la declaració de la nul·litat de la clàusula, fet que implica la seva expulsió del contracte i, encara més important, atorga al consumidor el dret a obtenir la restitució de les despeses assumides en virtut de la clàusula declarada nul·la.

En concret, el consumidor té dret a la restitució de:

- 50% de les despeses notariales.
- 100% de les despeses derivades de la inscripció del dret real d'hipoteca al Registre de la Propietat.
- Pel que fa a l'ITPAJD, per a contractes anteriors al 10 de novembre de 2018 el pagament de la part corresponent a Actes Jurídics Documentats correspondrà al consumidor, però per a dates posteriors correspondrà a l'entitat financera. En tot cas, les despeses derivades de la sol·licitud de còpies correspondran al sol·licitant.
- 100% de les despeses de gestoria.

QUARTA. – Prescripció de l'acció restitutòria.

Tot i que l'acció declarativa de la nul·litat de ple dret de la clàusula de despeses hipotecàries és imprescriptible, la jurisprudència comunitària admet que l'acció restitutòria de les despeses pugui estar subjecte a un termini de prescripció. Aquest és el cas en el nostre ordenament jurídic, en el qual l'acció restitutòria està subjecte a un termini de prescripció de 5 anys – en el cas del dret comú, segons l'art. 1964.2º CC –, i en el cas del dret català el termini aplicable és de 10 anys – segons l'art. 121-20 CCCat –.

Per tant, tot i ser considerada abusiva, existeix la possibilitat que el consumidor no obtingui la restitució de les despeses abonades en virtut de la clàusula de despeses hipotecàries si l'acció restitutòria ha prescrit.

CINQUENA. - Càlcul del termini de prescripció de l'acció restitutòria.

Per a poder determinar el *dies a quo* de l'acció restitutòria, s'han de tenir en compte tres requisits:

- **Exigibilitat:** que la pretensió hagi nascut i es pugui exercitar.
- **Cognoscibilitat:** que la persona facultada conegui – o hagués pogut conèixer d'haver actuat diligentment – els fets i circumstàncies que fonamenten la pretensió i contra qui pot dirigir-la.
- **Possibilitat:** que la persona facultada tingui la possibilitat real i efectiva de fer valer la pretensió, entenent com a tal que existeixi el mecanisme processal oportú i que no concorri força major.

A més, tot i que no s'ha mencionat anteriorment al treball, el consumidor pot interrompre la prescripció – fet que implica que implica tornar a iniciar el seu càlcul íntegre de nou – a través de, per exemple, una reclamació extrajudicial com podria ser un burofax o una reclamació adreçada al servei d'atenció al client del banc prestador (arts. 121-11 c) CCCat i art. 1973 CC).

SISENA. – La dificultat de determinar el *dies a quo* aplicable a un consumidor mitjà.

Sense perjudici de la facultat de la que disposa l'entitat financera de provar que el consumidor que exercita l'acció restitutòria tenia coneixement del seu dret en una data concreta – fet extremadament difícil de provar en cada cas concret, ja que el coneixement és una circumstància interna de la psique de la pròpia persona i no necessàriament es manifesta mitjançant actes externs –, els diferents tribunals i jutjats han tractat de

determinar la data en que un consumidor mitjà – suficientment diligent – hauria pogut tenir coneixement del seu dret a obtenir la restitució de les despeses hipotecàries.

Com hem vist, els criteris seguits per cadascun dels tribunals interns han sigut ben diferents, i en les diverses ocasions que el TJUE ha tingut oportunitat de pronunciar-se al respecte, s'ha mostrat reticent a establir una data concreta pel *dies a quo*.

SETENA. – Opinió de la SAP de Barcelona (secció 15) 62/24, de 15 de març de 2024.

Personalment, considero necessari establir una data a partir de la qual iniciï el còmput de la prescripció de l'acció restitutòria, tot i que evidentment aquesta data ha de permetre que tot consumidor mitjà pugui reclamar de forma efectiva les despeses hipotecàries que hagi abonat de forma injusta.

Per aquest motiu, considero lloable que l'AP de Barcelona hagi tractat de trobar una data, en aquest cas el mes de gener de 2017, a partir de la qual – d'acord amb l'argumentació efectuada pel tribunal – sembla raonable assumir que qualsevol consumidor mitjà hauria pogut tenir coneixement del caràcter abusiu de la clàusula de despeses hipotecàries i les seves conseqüències.

Tot i això, crec que és molt probable que si en algun moment es plantejés una nova qüestió prejudicial davant del TJUE en relació amb la determinació del *dies a quo* en el mes de gener de 2017, la resposta que aquest donaria seria que aquest criteri s'oposa al principi d'efectivitat de la Directiva 93/13, ja que l'alt tribunal europeu sembla considerar que el coneixement ha de ser provat en referència al consumidor de cada cas concret i no de forma generalitzada.

El plantejament del TJUE no és necessàriament erroni, però considero que el principi d'efectivitat i el principi de seguretat jurídica s'han de ponderar de forma conjunta i, des del meu punt de vista, la solució trobada per l'AP de Barcelona sembla un bon punt mig entre aquests dos principis, ja que permet que els consumidors puguin exercitar l'acció restitutòria fins el mes de gener de 2027, data més que raonable per a qualsevol consumidor mitjà.

4. Bibliografía

CÁMARA LAPUENTE, S. (2022). "Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable" a CAÑIZARES LASO, A. (Dir.), & ZUMAQUERO GIL, L. (Coord.), *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios 2 tomos*. Tirant lo Blanch.

CAÑIZARES LASO, A., & ZUMAQUERO GIL, L. (2022). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios 2 tomos*. Tirant lo Blanch.

CASTILLO MARTINEZ, C. DEL C. (2017). *La Nulidad de la Cláusula de Gastos en los Préstamos Hipotecarios con Consumidores*. Tirant lo Blanch.

CEDEÑO HERNAN, M. (2023). *Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el Proceso Civil*. Tirant lo Blanch.

MARIN LOPEZ, M. J. (2017). La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho De Consumo*, (22), 86–99.

Recuperat a partir de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436>

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Editorial Reus.

MARIN LOPEZ, M. J. (2022). La doctrina del TJUE sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gestos hipotecarios: influencia del Derecho alemán y efectos en el Derecho español. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (42), 70-167. doi.org/10.18239/RCDC_2022.42.3098

MARIN LOPEZ, M.J. (2014). El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (9), 9-16.

MORENO GARCIA, L. (2018). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Tirant lo Blanch.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2022). "El orden público comunitario y las facultades del juez" a ROMERO PRADAS, M.^a I (Dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch.

PEREZ GURREA, S. (2016). Cláusulas abusivas en la compraventa inmobiliaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 92(757), 2920-2932. ISSN: 0210-0444

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La Nulidad Contractual en la Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch.

ROMERO PRADAS, M.^a I. (2022). *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch.

5. Jurisprudència

Estatal

- STS (Sala de lo Civil) 1080/2008, de 14 de novembre de 2008. ECLI:ES:TS:2008:7242
- STS (Sala de lo Civil) 241/2013, de 9 de maig de 2013. ECLI:ES:TS:2013:1916
- STS (Sala de lo Civil) 214/2014, de 15 d'abril de 2014. ECLI:ES:TS:2014:2388
- STS (Sala de lo Civil) 705/2015, de 23 de desembre de 2015. ECLI:ES:TS:2015:5618
- STS (Sala de lo Civil) 16/2017, de 16 de gener de 2017. ECLI:ES:TS:2017:17
- STS 148/2018 (Sala de lo Civil), de 15 de març de 2018. ECLI:ES:TS:2018:849
- STS (Sala de lo Civil) 356/2018, de 13 de juny de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2193
- STS 1531/2018 (Sala de lo Contenciós), de 23 d'octubre de 2018. ECLI:ES:TS:2018:3519
- STS 725/2018 (Sala de lo Civil), de 19 de desembre de 2018. ECLI:ES:TS:2018:4236
- STS 48/2019 (Sala de lo Civil), de 23 de gener de 2019. ECLI:ES:TS:2019:104
- STS 338/2020 (Sala de lo Civil), de 22 de juny de 2020. ECLI:ES:TS:2020:1984
- STS 555/2020 (Sala de lo Civil), de 26 d'octubre de 2020. ECLI:ES:TS:2020:3453
- Auto del TS (Sala de lo Civil), de 22 de juliol de 2021. ECLI:ES:TS:2021:10157A
- SAP Barcelona (secció 15) 92/2019, de 23 de gener de 2019. ECLI:ES:APB:2019:270
- SAP Lleida (secció 2) 321/2021, de 7 de maig de 2021. ECLI:ES:APL:2021:387
- SAP Girona (secció 1) 295/2021, de 10 de maig de 2021. ECLI:ES:APGI:2021:488
- SAP Barcelona (secció 15) 925/2021, de 21 de maig de 2021. ECLI:ES:APB:2021:5039
- SAP Tarragona (secció 1) 451/2021, de 16 de juny de 2021. ECLI:ES:APT:2021:704
- SAP Barcelona (secció 15) 62/2024, de 15 de març de 2024. ECLI:ES:APB:2024:348

Comunitària

- STJUE (Sala Primera) de 14 de juny de 2012 (assumpte C-618/10). ECLI:EU:C:2012:349
- STJUE (Sala Primera) de 14 de març de 2013 (assumpte C-415/11, “cas Aziz”). ECLI:EU:C:2013:164
- STJUE (Sala Quarta) de 3 de setembre de 2015 (assumpte C/110-14). ECLI:EU:C:2015:538
- STJUE (Gran Sala) de 21 de desembre de 2016 (assumptes acumulats C-154/15, 307/15 i 308/15). ECLI:EU:C:2016:980
- STJUE (Sala Primera) de 26 de gener de 2017 (assumpte C-421/14). ECLI:EU:C:2017:60
- STJUE (Sala Cinquena) de 17 de maig de 2018 (assumpte C-147/16). ECLI:EU:C:2018:320
- STJUE (Sala Tercera) d’11 de març de 2020 (assumpte C-511/17). ECLI:EU:C:2020:188
- STJUE (Sala Quarta) de 16 de juliol de 2020 (assumptes acumulats C-224/19 i C-259/19). ECLI:EU:C:2020:578
- STJUE (Sala Primera) de 10 de juny de 2021 (assumptes acumulats C-776/19 a C-782/19). ECLI:EU:C:2021:470
- STJUE (Sala Novena) de 25 de gener de 2024 (assumptes acumulats C-810/21 a C-813/21). ECLI:EU:C:2024:81
- STJUE (Sala Novena) de 25 d’abril de 2024 (assumpte C-484/21). ECLI:EU:C:2024:360
- STJUE (Sala Novena) de 25 d’abril de 2024 (assumpte C-561/21). ECLI:EU:C:2024:362