



Roj: **STS 3221/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3221**

Id Cendoj: **28079110012019100519**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2019**

Nº de Recurso: **950/2017**

Nº de Resolución: **546/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 546/2019**

Fecha de sentencia: 16/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 950/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 950/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 546/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.ª, el día 27 de enero de 2017, dictada en el recurso de apelación n.º



536/2016, dimanantes de los autos de juicio 220/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador de los tribunales D.ª Ana Belén Pérez Martínez, en nombre y representación de D.ª Modesta y bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador de los tribunales D. Javier Álvarez Díez, en nombre y representación de Banco Caja España de Inversiones Salamanca y Soria S.A.U. (Banco CEISS) y bajo la dirección letrada de D.ª Marta Junquera Sánchez Molina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Nuria Arnáiz Llana en nombre y representación de D.ª Modesta, asistidos de la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad (actualmente Españadero Grupo Unicaja) y en el suplico de su demanda solicita se dictara sentencia por la que:

"1.º) Se declare el carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de la siguiente estipulación, teniéndose por no puesta y extrañándola del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

"- Del contrato de préstamo hipotecario de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, la condición, Quinta, identificada de la siguiente manera: " QUINTA.- GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO.- Serán a cargo del prestatario cuantos gastos se deriven del otorgamiento de esta escritura, así como los que puedan producirse, en su caso, a consecuencia de la cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen a la Entidad prestamista, incluso honorarios de Abogado y Procurador aun cuando no sea preceptiva su intervención.

"En consecuencia, serán de cuenta y cargo del deudor los gastos, ya devengados o que puedan devengarse en el futuro, por los siguientes conceptos:

"a) Gastos de tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca.

"b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, comprendidos los de la primera copia de la presente escritura, expedida para la Entidad prestamista, incluido el correspondiente a la certificación del Registro de la Propiedad que acredite el estado de cargas, una vez inscrita esta ampliación.

"c) Impuestos.

"d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos.

"2.º) Que se condene a Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, por aplicación del art. 1303 del C. Civil, a la devolución y/o restitución de DOS MIL CIENTO VEINTIOCHO CON NOVENTA Y TRES (2.128,93 €) Euros que hubiera percibido o hayan sido abonadas por mis mandantes para los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria que se deriven de las estipulaciones citadas, como consecuencia de la aplicación de dichas estipulaciones que se declaren nulas, más el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso.

"Todo ello con imposición de las costas causadas".

2.- Por decreto de fecha 10 de mayo de 2016 se admitió a trámite la demanda y se emplazó al demandado para contestar.

3.- El procurador D. Pedro Miguel García Angulo, en nombre y representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria S.A.U., bajo asistencia de letrada de D.ª Marta Junquera Sánchez Molina contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

"dictar sentencia por la que se absuelva a mi patrocinada de las pretensiones antagonista y con función de los argumentos consignados en la presente contestación, con cuanto en Derecho corresponda y expresa imposición de costas a la parte actora".



4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, dictó sentencia el 11 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que estimando la excepción de Cosa Juzgada, invocada por la entidad Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria S.A.U., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. García Angulo y

"Desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Arnáiz Llana, en nombre y representación de D.ª Modesta, sobre acción de nulidad contractual, frente a la entidad Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria S.A.U., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. García Angulo,

"Debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones deducidas en su contra en el suplico de la demanda.

"Las costas procesales ocasionadas se imponen a la actora".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.ª Nuria Arnáiz Llana correspondiendo su resolución a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 27 de enero de 2017, con el siguiente fallo:

"Se estima parcialmente el recurso de apelación deducido por D.ª Modesta contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Avilés, en autos de juicio ordinario núm. 220/2016, seguidos a instancia de la misma contra la entidad financiera Caja España Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad (actualmente Banco Ceiss S.A.), a que el presente rollo se refiere, la que se revoca en su integridad.

"En su lugar con desestimación de la excepción de cosa juzgada y parcial estimación de la demanda, se declara nula por abusiva y por ello se tiene por no puesta la estipulación quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes, en la Escritura de compraventa con subrogación y ampliación de hipoteca otorgada en fecha 18 de julio de 2006, desestimando la pretensión de condena al reintegro de gastos.

"Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ambas instancias".

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª Modesta, con base en un único motivo: Al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con el art. 1303 del CC, en relación con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia de Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo.

2.- La sala dictó auto el 8 de mayo de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Modesta contra la sentencia dictada, el día 27 de enero de 2017, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 536/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

3.- La representación procesal de Unicaja Banco S.A. presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el día 9 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La demanda entablada en el presente procedimiento tiene por objeto el ejercicio de una acción de nulidad de la cláusula relativa a los gastos de constitución de hipoteca, inserta en escritura de compraventa con subrogación y ampliación de hipoteca, suscrita por la demandante, con la entidad demandada en fecha de 18 de julio de 2006, postulando en base a ello el reintegro de lo indebidamente pagado.



La parte actora sustenta su pretensión de nulidad en su condición de consumidor y en la falta de reciprocidad que subyace en la cláusula controvertida, conforme a lo estipulado en la Ley General de Defensa de los consumidores y Usuarios y a lo resuelto en relación al carácter abusivo de dichas cláusulas en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 23 de diciembre de 2015.

Por su parte la entidad demandada, se opone a la pretensión de la actora, señalando que la misma fue debidamente informada del alcance y contenido de las distintas estipulaciones del préstamo y que en todo caso, como prestataria y beneficiara del mismo, deviene obligada al pago de los gastos contenidos en la cláusula controvertida, máxime cuando la actora aceptó dicho contrato y ha venido cumpliendo los términos del mismo.

Asimismo, la demandada, invoca la excepción de cosa juzgada, desde el punto de vista de la preclusión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 400 de la L.E.C. y atendiendo a la existencia de otro procedimiento declarativo, seguido entre las mismas partes y en relación al mismo préstamo controvertido, en el que se discutía acerca de la nulidad de la denominada "cláusula suelo", procedimiento que también se ha tramitado ante este Juzgado, bajo el número de autos 215/2016 .

**2.-** La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por apreciar la excepción de cosa juzgada.

**3.-** La parte demandante formuló recurso de apelación contra ella, que ha sido resuelto por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual dictó sentencia el 27 de enero de 2017 por lo que revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, con desestimación de la excepción de cosa juzgada y parcial estimación de la demanda, declara nula por abusiva, y por ello se tiene por no puesta, la estipulación quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes en la escritura de compraventa con subrogación y ampliación de la hipoteca, otorgada en fecha 18 de julio de 2006, desestimando la pretensión de condena al reintegro de los gastos.

**4.-** La motivación de la sentencia de la Audiencia, en lo relevante para el recurso, se contiene en el fundamento de derecho cuarto, que vamos a transcribir literalmente para la mejor inteligencia de la decisión del recurso:

"CUARTO.- La desestimación de la excepción de cosa juzgada obliga a enjuiciar la acción de nulidad por abusividad instada en la demanda.

"Esta se funda en invocar que la estipulación quinta al tratarse una cláusula general de la contratación predispuesta que impone el consumidor en forma indiscriminada la totalidad de los referidos gastos, es abusiva y por ello nula debiendo expulsarse la misma del contrato, con apoyo en la doctrina sentada al respecto por el TS en su sentencia de 23 de noviembre de 2015 que transcribe.

"Ciertamente en el concreto supuesto de autos, como así reconoció el empleado de la entidad financiera que en su nombre firmó la Escritura, en la declaración que como testigo realizó en el acto del juicio, la cláusula litigiosa de repercusión de gastos se trata de una cláusula general predispuesta por la entidad financiera que no fue objeto de negociación individual y en este sentido el carácter omnicomprendivo de la repercusión de gastos que contempla, al alcanzar a todos los derivados de la concertación del contrato de préstamo, abstractamente considerada y en su propia literalidad, justifica, de acuerdo con la doctrina sentada por el *TS en su sentencia de pleno de 21 de noviembre de 2015* , la declaración de abusividad y consiguiente expulsión del contrato.

"Ahora bien, como quiera que, a diferencia de la acción enjuiciada por el Alto Tribunal en la precitada sentencia, –no otra que la acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, prescindiendo por ello no solo de la información particularizada sobre su alcance y contenido que haya podido recibir el consumidor con carácter previo a la suscripción del contrato, sino lo que es más relevante del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera-, en el concreto supuesto enjuiciado, no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, en este punto, es preciso señalar que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos asumidos por el consumidor en su aplicación dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo.

"Quiere decirse con ello que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzara al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola



con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida.

"Esto último es así porque como ya declaró esta Sala en su reciente sentencia núm. 340/ 2016 de 25 de noviembre, el reintegro y consiguiente atribución al predisponente del pago de los concretos gastos reclamados dependerá en cada caso, bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato (caso de los aranceles de Notario y Registrador), o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus efectos, como consecuencia de la negociación individual cuando el mismo no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, al cumplir el mismo el doble control de incorporación y transparencia.

"Pues bien, en este caso examinados los concretos gastos asumidos por la actora y cuyo reintegro se pretende, no puede estimarse acreditado que los mismos no le fueran exigibles, conforme a la normativa que regula los mismos y a los pactos asumidos de gastos de gestión con tercero.

"En efecto el gasto representado por el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados (doc. Cuya copia obra a los f. 51 vto y 52 de los autos), aunque no es legible el concepto por el que se gira, lo cierto es que es la actora la que figura en el documento fiscal correspondiente como sujeto pasivo, lo que en principio es conforme con la legislación que regula la tributación por este concepto, toda vez que el art. 8 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que "estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Estableciendo el art. 15.1 del mismo texto refundido que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Obligación tributaria a cargo del comprador y prestatario que reitera el art. 68 del Reglamento de este impuesto dado que en el mismo al determinar el contribuyente establece que "Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

"Es por ello claro que en este caso el pago del impuesto cuyo reintegro se postula, corresponde a la actora quedando por completo al margen la entidad financiera demandada, pues no consta acreditado se hubiera girado el mismo por la constitución de hipoteca que gravaba el inmueble que ya estaba inscrita cuando fue concedida a la promotora y en la que también se subrogó la actora, ni por expedición de copias actas o testimonios, que pudiera haber solicitado la entidad financiera demandada, sino única y exclusivamente por la ampliación del préstamo interesada por la actora e inscripción en su caso de la compraventa.

"Lo mismo sucede con el pago de aranceles notariales y registrales, toda vez que la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, vigente en esa fecha, establece que " La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente", pues según la normas fiscales el interesado en el otorgamiento y posterior inscripción es el prestatario que además en este caso ha de estimarse fue la requirente de este servicio al ser a su instancia y solicitud por lo se amplió la hipoteca para cuya constitución e inscripción era necesario el otorgamiento de la citada Escritura pública, pues aunque de acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 21 de diciembre de 2015, esa ampliación y la formalización previa notarial e inscripción registral también beneficia a la entidad financiera, lo que permitiría distribuir equitativamente entre las partes ese concreto gasto, lo cierto es que en las facturas giradas por Notaria y Registro, no se detalla el mismo ni es por ello posible su determinación y concreta cuantificación.

"Abunda en tal desestimación el planteamiento de la demanda en la que se predica la nulidad de la estipulación abstracta y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna sobre los concretos pagos efectuados en este caso al Notario, únicos en cuya factura se giran aranceles por copias, de modo que se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada por la entidad financiera, lo que, unido a la ausencia de detalle ya razonado, hace que no sea posible concluir que a ésta correspondía en este caso efectuar algún pago de la misma. Lo cierto es que la factura notarial, fechada el 18 de julio de 2006, (doc. 2 al folio 51) fue girada contra la prestataria actora, como también los gastos de registro (f. 52 vto), documentos que junto al de abono del impuesto fueron recibidos por la misma, y los gastos soportados sin objeción durante más de 9 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y



conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aún más la procedencia del rechazo de su reintegro.

"Reintegro que tampoco procede en relación al gastos de gestoría para el otorgamiento de la escritura, inscripción registral y pago del impuesto, en cuanto esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006.

"En conclusión si bien la cláusula quinta por su carácter omnicomprendido de la repercusión de gastos que contempla, incluidos los extraprocesales y costas judiciales, al alcanzar a todos los derivados de la concertación el contrato de préstamo, contemplada en abstracto y en su propia literalidad, justifica, de acuerdo con la doctrina sentada por el TS en su sentencia de pleno de 21 de noviembre de 2015, la declaración de abusividad y consiguiente expulsión del contrato, ello no obstante, en este caso como quiera que en su aplicación práctica por la entidad financiera, no se ha acreditado ello haya supuesto atribución a la actora de gastos que no le fueran exigibles, de acuerdo con la normativa reguladora de los mismo, debe rechazarse como consecuencia de tal declaración de abusividad, la condena a la entidad financiera al reintegro de gastos que se pretende, en base a la misma."

5.- La representación procesal de la parte actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3 de la LEC, que articula en un motivo único, aunque lo titule de primero, en los términos que se expondrán más adelante.

6.- La sala dictó auto el 8 de mayo de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida ha presentado escrito de oposición al recurso, en el que, previamente, hace unas consideraciones sobre su admisibilidad, por pretender la recurrente revisar la valoración probatoria de la prueba y por citar una jurisprudencia que no se acomoda a lo pretendido.

Cita la recurrida las recientes sentencias de Pleno de la sala de fecha 23 de enero de 2019, en concretos los núms. 44, 46, 47, 48 y 49/2019.

De ello colige que el recurso carece de fundamento.

7.- Esta sala, en atención a que el recurso ha sido admitido, a que los óbices de admisión no son puramente formales y a la cuestión jurídica que subyace en su formulación, considera adecuado decidir sobre él y salir al paso de las cuestiones que plantea la parte recurrida. con apoyo, precisamente, en la doctrina sentada por la sala en las recientes sentencias que ella cita.

#### **SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Enunciación y desarrollo*

"MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN: Al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) en relación con el artículo 1.303 del C.C., en relación con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 09 de mayo del 2013, recurso 485/2012 y en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 09 de mayo del 2013, recurso 485/2012, las cuales consideran que, en materia de existencia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores, la consecuencia jurídica que se produce *ipso iure* es la de la nulidad absoluta con efectos restitutorios entre las partes. La infracción legal consiste en que la sentencia recurrida no aplica la normativa citada, resolviendo de forma contraria a la regla que parte de que la ineficacia de los contratos o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias sin posibilidad de reintegración alguna de la cláusula en el contrato. La sentencia recurrida, mediante su resolución, desconoce los efectos de la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el ordenamiento jurídico español, artículo 83 RDL 1/2007 y artículo 1303 del CC., obviando las ineludibles consecuencias restitutorias de la declaración de nulidad de la cláusula expulsada del contrato con efectos *ex tunc*, ignorando así que las cláusulas abusivas, no pueden producir efectos ni vincular en modo alguno al consumidor. La recurrida, no aplica correctamente los efectos restitutorios ineludibles e inherentes a la declaración de invalidez que ella misma efectúa, al dejar de aplicar las normas sustantivas citadas, que regulan la restitución que opera como efecto legal. La recurrida, por su manera de resolver, incurre en la proscrita integración de la cláusula declarada nula, obviando el efecto disuasorio que las normas imperativas y de orden público imponen en materia de existencia de cláusulas abusivas".



El desarrollo del motivo plantea, en esencia, que, declarada la nulidad de una cláusula, por abusividad, y su consiguiente expulsión del contrato, la consecuencia es la imposibilidad de que dicha cláusula despliegue efectos vinculantes.

De ahí que postule la recurrente que se case la sentencia recurrida y se condene a la entidad demandada, por aplicación del art. 1303 del CC, a la devolución y/o restitución de las cantidades que fueron abonadas por ella para los gastos de subrogación, ampliación y novación del préstamo con garantía hipotecaria, que se deriven de las estipulaciones contenidas en la cláusula de gastos del contrato suscrito declarada nula por abusiva, más el interés legal del dinero desde la fecha de la sentencia que se dicte en su caso.

### **TERCERO.- Decisión de la sala**

1.- (i) El art. 6.1 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ( STJUE de 30 de mayo de 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse*, C-488/11 , apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 , apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost*, C-76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; y 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

El artículo 7.1 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La referencia a medidas "adecuadas y eficaces" representa la manifestación positiva del principio de efectividad, inicialmente incluido en las directivas sobre antidiscriminación y que, con posterioridad, se ha incorporado a numerosas directivas, entre ellas las relativas a consumidores, como la Directiva 93/13 y la Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, al concretar el contenido de las sanciones para los proveedores que incumplan las previsiones adoptadas por la norma nacional para aplicar la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

(ii) La sentencia recurrida no se opone a tales principios, puesto que, tras considerar abusiva la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, la declara inaplicable. Cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.) se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente. Pero ello no afecta a la correcta aplicación de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

2.- En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLCU, por lo que éste no resulta aplicable, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU).

No obstante, como hemos dicho en ocasiones similares (verbigracia, sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo), al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la fecha del contrato (2 de mayo de 2001), deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia LGCU, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 ["La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)"], es equivalente al actual art. 89.3 c) TRLCU.

**3.-** En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado).

Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

**4.º.-** Expuesto lo anterior se alcanza el núcleo del debate, que es la denuncia de los arts. 83 TRLCU, 1303 CC y 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13, en relación con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

En concreto, como se ha adelantado se plantea que la abusividad de la cláusula supone que no se aplique y que no se restituyan sus efectos, sin posibilidad de integración.

En la sentencia de Pleno de esta sala n.º 47/2019, de 23 de enero, se ofrece respuesta a dicha cuestión:

"El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva.

"Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

"2.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (*rectius*, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

"El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva.

"No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:

"34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva".

"Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido





asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo 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.

"3.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

"A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

"4.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta".

"Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario ( art. 2.3 CC)".

#### **5.- Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.**

(i) Según doctrina de la sala que se recoge en la sentencia citada n.º 47/2016, de 23 de enero:

"En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

"a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

"b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

"c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

"d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad "Actos Jurídicos Documentados" que grava los documentos notariales".

"Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

"Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna".



(ii) La sentencia recurrida es respetuosa con esa doctrina y tiene como probado, y por ende debe respetarse, que "no consta acreditado se hubiera girado el mismo por la constitución de hipoteca que gravaba el inmueble que ya estaba inscrita cuando fue concedida a la promotora y en la que también se subrogó la actora, ni por expedición de copias, actas o testimonios, que pudiera haber solicitado la entidad financiera demandada, sino única y exclusivamente por la ampliación del préstamo interesado por la actora e inscripción en su caso de la compraventa".

#### 6.- Gastos notariales

(i) La sala en la sentencia, reiteradamente citada, sostiene:

"1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

"En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

"A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

"Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. 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.

"Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

"2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación".

(ii) Si se aplica la anterior doctrina al caso de autos, se ha de casar la sentencia en este extremo, y declarar que se debe distribuir por mitad los gastos de otorgamiento.

No es argumento que se girase el pago total a la prestataria actora y lo abonase sin protesta, pues efectivamente se hizo en aplicación de una cláusula que luego se ha declarado nula por abusiva, sin que se debata la imposibilidad de ejercitar la acción por el transcurso del tiempo.

#### 7.- Gastos de registro de la propiedad.

(i) En la sentencia de Pleno cuya doctrina estamos siguiendo se establece:

"1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que:

"Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

"Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

"A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.



"2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

"3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto".

(ii) Si se aplica la anterior doctrina al caso de autos, y teniendo en cuenta que existió una ampliación en la garantía hipotecaria la conclusión es que los gastos por esa ampliación deben ser abonados por la entidad prestamista.

La sentencia recurrida desestima la pretensión de la actora porque "[l]o cierto es que en las facturas giradas por Notaría y Registro, no se detalla el mismo ni es por ello posible su determinación y concreta cuantificación".

Tal argumento no puede ser aceptado por la sala, porque sería tanto como liberar de esa determinación y concreta cuantificación a quien la ha propiciado a través de la cláusula declarada abusiva.

Si todos los gastos notariales y registrales corrían a cargo del prestatario era innecesario que se concretaran y determinaran a los efectos de distribución entre las partes.

#### **8.- Gastos de gestión.**

(i) La doctrina de la sala respecto de tales gastos es la que sigue:

"1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

"Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

"2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad".

(ii) La sentencia recurrida se opone a esta doctrina y, por ende, se ha de casar también en este extremo y declarar que los gastos de gestoría deberán ser sufragados por mitad.

**CUARTO.-** Por estimarse parcialmente el recurso de casación, no procede, conforme al art. 394.1 y 398.1 de la LEC, imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Modesta , contra la sentencia dictada con fecha 27 de enero de 2017, por la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación 536/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 220/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés.

**2.-** Casar parcialmente la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, declarar que debe abonarse a la parte actora por la demandada: (i) la mitad de los gastos notariales de otorgamiento; (ii) los gastos registrales por la ampliación de la garantía hipotecaria, y (iii) la mitad de los gastos de gestoría.

**3.-** No se imponen a la recurrente las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Eduardo Baena Ruiz

M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan Jose Luis Seoane Spiegelberg