

CASACIÓN núm.: 5298/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

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

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**  
**PLENO**

**Sentencia núm. 49/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> XXXX y YYYY, en su propio nombre y en representación de la comunidad hereditaria de su padre D. ZZZZ, representadas por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Belén Pérez Martínez bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 374/2017, de 6 de noviembre, dictada por la sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm.

326/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 406/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en contrato de préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Gastón Durand Baquerizo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana, en nombre y representación de D. XXXX, YYYY y ZZZZ interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Banif S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«a) 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 fecha 23 de junio de 2010 de BANCO BANIF S.A., la cláusula QUINTA: Gatos a cargo de la parte prestataria del contrato de préstamo hipotecaria, en la parte cuya redacción es la que se reproduce seguidamente:

*“QUINTA. Gatos a cargo de la parte prestataria I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos [...] que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad [...] incluidos los correspondientes Aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier Oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros que graven la operación, sus modificaciones y cancelación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado sea el banco”.*

»b) Que se condene a BANCO BANIF S.A., por aplicación del art. 1.303 del C. Civil, a la devolución y/o restitución de las cantidades 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. Subsidiariamente que sea condenada a reintegrar a mis mandantes todos los gastos correspondientes a la constitución del préstamo hipotecario que por aplicación de normas imperativas correspondían al banco y fueron abonados por mis

representados (gastos de notaría, impuestos y registro de la propiedad del crédito hipotecario), más intereses legales.

Todo ello con expresa imposición de costas».

**2.-** La demanda fue presentada el 31 de julio de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés, se registró con el núm. 406/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

**3.-** El procurador D. Ignacio Sánchez Avello, en representación de Banco de Santander S.A. (por absorción de Banif), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dictar Sentencia desestimando íntegramente, la demanda presentada de contrario en función de los argumentos de la presente, con expresa imposición de costas. Y subsidiariamente, si se estimara la nulidad interesada, solicitamos que se declare que no ha lugar a devolver ninguna cantidad, bien por la inexistencia de efectos retroactivos y vinculación de terceros, bien al no haberse procedido a desglosar, y detallar, perfectamente la suma pedida por devolución cuando podía, y debía, haberlo hecho en la propia demanda; con cuanto demás en Derecho corresponda».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés dictó sentencia de fecha 16 de mayo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª NURIA ARNAIZ LLANA, en nombre y representación de D.ª XXXXX, YYYYYY y ZZZZZ contra la mercantil BANCO BANIF, S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula Quinta: Gastos a cargo de la parte prestataria contenida en el contrato de préstamo hipotecario, concertado por las partes, en fecha 23 de junio de 2010, en la parte cuya redacción es la siguiente: “I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos (...) que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad (...) incluidos los correspondientes Aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier Oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros, que graven la operación, sus modificaciones y cancelación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado al pago sea el Banco”, condenando a la entidad demandada a la devolución a los actores de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula en sus concretas estipulaciones declaradas nulas, con más los intereses devengados de dichas cantidades, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

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

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander S.A.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 326/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 6 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«Estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal del banco Santander frente a la sentencia de 16 de mayo de 2017, dictada por el juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 6 de Avilés, procede revocar parcialmente la misma, en el sentido de excluir de la nulidad acordada por la sentencia de 1<sup>a</sup> Instancia, aquellos apartados de la citada cláusula quinta que imponen al prestatario: 1.- Los tributos derivados de la formalización del contrato de préstamo hipotecario, 2.- Los aranceles notariales derivados de la formalización del contrato, apartados de la cláusula que se deben considerar válidos; y mantener la nulidad del apartado de dicha cláusula que impone a los prestatarios el 100% de los gastos de gestoría, que deben ser abonados al 50%.

Por ello se condena al banco a que devuelva a D<sup>a</sup> XXXXXX, YYYY, ZZZZ las siguientes cantidades abonadas por los actores, en aplicación de la cláusula quinta del préstamo hipotecario, que ha sido declara nula parcialmente por abusiva, más los intereses devengados:

- »1. El 100% de los gastos de Registro.
- »2. El 50% de gastos de Gestoría, más el IVA.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias».

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

**1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Nuria Arnaiz LLana, en representación de XXXXX, YYYY y ZZZZZ interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 3<sup>o</sup> del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 367/2017 de 08 de junio del 2017, recurso 2697/2014 [...].

»Segundo.- Al amparo del ordinal 3<sup>o</sup> del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89(89.2, 89.3 letra “a” 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) al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del

Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 705/2015 de 23 de diciembre del 2015, recurso 2658/2013 [...].

»Tercero.- Al amparo del ordinal 3º 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, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) en relación con el artículo 1.303 del C.C., en relación con los artículos 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13/CE 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 [...].»

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 6 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª XXXXX e YYYYYY contra la sentencia dictada, el 6 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el rollo de apelación n.º 326/2017, dimanante del juicio ordinario nº 406/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés».

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Por providencia de 11 de septiembre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y, tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó pasar el conocimiento de este recurso al pleno de la sala, señalándose para votación y fallo el 17 de octubre de 2018.

**5.-** En providencia de 23 de octubre siguiente, se acordó la suspensión de la deliberación del presente recurso hasta el pronunciamiento del Pleno de la Sala Tercera respecto del sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados en préstamos hipotecarios.

**6.-** Por providencia de 11 de diciembre de 2018, y al haberse dictado sentencia por el Pleno de la Sala Tercera, se acordó la reanudación de la deliberación, a cuyo fin se constituyó el Pleno de la Sala el día 10 de enero de 2019, no pudiendo asistir el magistrado D. Eduardo Baena Ruiz por encontrarse enfermo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- El 23 de junio de 2010, Banco Banif S.A. (actualmente, Banco de Santander S.A.), como prestamista, y XXXXX, YYYY y ZZZZ como prestatarios, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó la siguiente cláusula:

QUINTA: GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA.I. Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos (...) que origine esta escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad (...) incluidos los correspondientes Aranceles notariales y registrales, gastos de tramitación ante cualquier Oficina pública e impuestos, gastos y tributos presentes y futuros, que graven la operación, sus modificaciones y cancelación, incluidos aquellos impuestos en que el obligado al pago sea el Banco».

2.- Los Sres. XXXX, YYYY y ZZZZ interpusieron una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por los demandantes como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha estipulación, más los intereses devengados de dichas cantidades.

3.- El banco recurrió en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, declaró la nulidad parcial de la cláusula litigiosa y concedió a los clientes la recuperación del total de los gastos del registro de la propiedad y el 50% de los gastos de gestoría, con IVA.

### **SEGUNDO.-** *Primer motivo de casación. Arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13*

#### Planteamiento:

1.- Los Sres. XXXXX, YYYY y ZZZZ interpusieron un primer motivo de casación, en el que denunciaron la infracción de los arts. 6.1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/12, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la declaración de abusividad de una cláusula supone su expulsión del contrato y su total

inaplicación, en virtud de los principios de no vinculación y remoción contenidos en los citados preceptos de la Directiva.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

2.- La sentencia recurrida se opone a tales principios, puesto que solo considera abusiva una parte de la cláusula contractual que atribuía a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, sin reparar en que dicha atribución indiscriminada y total es abusiva, en cuanto que altera el justo equilibrio entre las prestaciones.

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*), cuando dice:

«21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

»22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

»23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

»24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

»25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)».

**3.-** 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.-** Como consecuencia de ello, este primer motivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que luego se dirán.

**TERCERO.-** *Segundo motivo de casación. Abusividad de la cláusula que atribuye el pago de los impuestos al consumidor*

Planteamiento:

**1.-** El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 89.3.3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), en relación con la jurisprudencia establecida en la STS 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia recurrida vulnera el citado precepto y la sentencia que se cita, al atribuir al prestatario el pago de los impuestos de la operación y de los gastos notariales.

Decisión de la Sala:

1.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento.

2.- Desde este punto de vista, esta parte del motivo de casación debe ser desestimada, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:

«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 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.

**3.-** Por el contrario, resulta abusiva, por las razones expuestas sobre el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, la atribución al prestatario del pago de los impuestos «[e]n que el obligado al pago sea el Banco» (inciso final de la cláusula litigiosa). Dicha repercusión no tiene justificación legal alguna y no encuentra más causa que la situación de predominio de la entidad prestamista sobre el consumidor necesitado de financiación para la adquisición de su vivienda. Por lo que, en este particular, el segundo motivo de casación también debe ser estimado.

**4.-** Cuestión diferente es la relativa a los gastos notariales, que se examinarán al resolver el tercer motivo de casación.

**CUARTO.-** *Tercer motivo de casación. Restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores*

Planteamiento:

**1.-** En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción 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.

**2.-** En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la abusividad de la cláusula supone que no se aplique y que se restituyan sus efectos, sin posibilidad de integración.

Decisión de la Sala:

**1.-** 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).

#### **QUINTO.- Gastos notariales**

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. 517.2.4<sup>a</sup> LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

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.

**3.-** En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

**4.-** Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

#### **SEXTO.-** *Gastos de registro de la propiedad*

**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.

**SÉPTIMO.-** *Gastos de gestoría*

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 propio banco o por el propio 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 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.

**OCTAVO.-** *Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Estimación del tercer motivo del recurso de casación*

En la medida que la sentencia recurrida no se adapta a estos criterios, el tercer motivo de casación también debe ser estimado

**NOVENO.-** *Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia*

1.- Al haberse estimado el recurso de casación, debe asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación formulado por el banco prestamista.

2.- Conforme a lo ya expuesto al resolver el recurso de casación, debemos mantener la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (sentencia 725/2018, de 19 de diciembre).

Lo que supone estimación parcial del recurso de apelación y estimación en parte de la demanda.

#### **DÉCIMO.-** *Costas y depósitos*

1.- Al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

2.- Igualmente, al haberse estimado en parte el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia, conforme establece el mismo precepto.

3.- La estimación parcial del recurso de apelación conlleva la estimación en parte de la demanda, por lo que tampoco procede hacer imposición de las costas de primera instancia.

4.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y apelación, de conformidad con la disposición adicional 15<sup>a</sup>, apartado 8, LOPJ.

### **F A L L O**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. XXXX, YYYY y ZZZZ contra la sentencia núm. 374/2017, de 6 de noviembre, dictada por la Audiencia

Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el recurso de apelación núm. 326/2017, que casamos y anulamos.

**2.º-** Estimar en parte el recurso de apelación formulado por Banco de Santander S.A. contra la sentencia de 16 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés, en el juicio ordinario núm. 406/2016, que revocamos parcialmente, a fin de estimar en parte la demanda formulada por los Sres. XXXX, YYYYY y ZZZZ contra Banco de Santander S.A., a fin de declarar la abusividad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de junio de 2010 y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario de la siguiente forma:

a) Impuesto de actos jurídicos documentados: como se establece en el fundamento jurídico tercero, apartado 2.

b) Gastos de notaría: escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo, por mitad; escritura de cancelación de la hipoteca, pago por el prestatario; copias, por quien las solicite.

c) Gastos de registro de la propiedad: los derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria, al prestamista; los de cancelación, al prestatario.

d) Gastos de gestoría: por mitad.

Condenando a Banco de Santander a abonar a los Sres. XXXXX, YYYY y ZZZZ las cantidades abonadas en exceso como resultado de la aplicación de la cláusula anulada, con sus intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos.

**3.º-** No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación ni de las causadas en ambas instancias.

**4.º-** Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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



Así se acuerda y firma.