

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO
Sentencia núm. 35/2021

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de enero de 2021.

Esta sala ha visto constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Cáceres, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. de Cáceres. Es parte recurrente la entidad ., representada por la procuradora y bajo la dirección letrada de .

Es parte recurrida XX XX XXXX XXXX, representado por la procuradora y bajo la dirección letrada de .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora , en nombre y representación de XX XX XXXX XXXX, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cáceres, contra la entidad ., para que se dictase sentencia por la que:

«Estableciendo los siguientes términos:

»1. Declare la nulidad, por abusiva, por desproporción al generar un desequilibrio importante en detrimento del consumidor y/o por falta de transparencia, al cumplir con los parámetros de falta de transparencia de la condición general de la contratación descrita en el Hecho Segundo de la presente demanda, es decir, de los apartados insertos en la cláusula “5. Gastos a cargo de la prestataria”, en virtud de la cual la Entidad Financiera repercute a mi mandante todos los gastos asociado a la formalización del préstamo hipotecario, cuyo texto a continuación transcribimos:

a) Gastos de Tasación y comprobación registral del inmueble hipotecado realizado con carácter previo a la firma de esta escritura.

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la expedición de la primera copia de la presente escritura para la entidad y en su caso, los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago.

c) Impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo.

d) Gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.

2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar los referidos apartados insertos en la condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario del que es objeto la demanda.

3. Condene a la Entidad Financiera, ex art 1.303 del CC, a la devolución a mi mandante de la cantidad de 3.594,03 euros o cantidad inferior que estime su Señoría.

Condene a la entidad demandada a abonar el interés legal incrementado en dos puntos conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.

»5. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.».

2. La procuradora , en representación de la entidad, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia: desestimatoria de la demanda y se absuelva a mi representada, con expresa imposición, en todo caso, de costas a la parte actora.».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. de Cáceres, dictó sentencia con fecha de de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que, estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador (sic), en nombre y representación de D. XX XX XXXX XXXX, contra , debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula la cláusula quinta de la escritura otorgada en fecha 27 de noviembre del 2014, apartados a), b), c) y d) condenando a la entidad demandada a reintegrar a la actora la cantidad de 3594,03 euros (sic), más los intereses que se devenguen conforme a lo dispuesto en el artículo 576 del CC, y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección de la Audiencia Provincial de Cáceres mediante sentencia de fecha de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallamos: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de contra la sentencia núm.de fecha de julio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. de Cáceres en autos , de los que este rollo dimana, y en su virtud, confirmamos expresada resolución; con imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora , en representación de la entidad S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección ^a de la Audiencia Provincial de Cáceres.

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) Infracción del art. 83 del RDLeg 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el art. 1303 CC.

2º) Infracción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/89, regulador de los aranceles notariales.

3º) Infracción del art. 89.3 del RDLeg 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con el artículo 29 del RDLegislativo 1/1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el art. 68 del Real Decreto 828/1995, Reglamento regulador de dichos impuestos.».

2. Por diligencia de ordenación de 12 de abril de 2018, la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.^a) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las

actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Liberbank S.A., representada por la procuradora María del Pilar Simón Acosta; y como parte recurrida XX XX XXXX XXXX, representado por la procuradora Vanesa Ramírez Cárdenas Fernández de Arévalo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 10 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue: «Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Liberbank S.A. contra la sentencia dictada, el día 26 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 12/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 243/2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Cáceres».

5. Dado traslado, la representación procesal de XX XX XXXX XXXX no presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de octubre de 2020. Por providencia de fecha 5 de noviembre de 2020 se acordó que el presente recurso pase a conocimiento del Pleno de la Sala y se señaló para su deliberación el día 25 de noviembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El de de 2014, XX XX XXXX XXXX concertó con . un préstamo con garantía hipotecaria. La cláusula quinta del contrato, bajo la rúbrica «Gastos a cargo de los prestatarios», disponía que serían de cargo de los prestatarios los gastos ocasionados y pendientes de pago o bien producidos en el futuro, por los siguientes conceptos: a) tasación del Inmueble hipotecado; b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; c) impuestos de cualquier tipo y naturaleza originados por este contrato, sea quien fuere el sujeto pasivo del tributo (...); d) tramitación de la escritura ante el registro de la propiedad y la oficina liquidadora de impuestos (...).

En cumplimiento de esta cláusula, el Sr. XXXX realizó los siguientes pagos: 609,19 euros de gastos notariales; 226,56 euros de gastos por la inscripción registral; 1.953,60 euros del impuesto de actos jurídicos documentados; 296,53 euros por la tasación del inmueble; y 508,20 euros por gastos de gestoría. En total 3.594,03 euros.

2. El prestatario, XX XX XXXX XXXX, interpuso la demanda que dio inicio al presente caso, en la que pedía la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, en concreto la quinta, letras a), b), c) y d), y, en su consecuencia, que se condenara al banco demandado a devolver 3.594,03 euros, que es la suma de los gastos satisfechos por el prestatario por gastos de tasación, aranceles notariales y registrales, impuestos y gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el registro y la oficina liquidadora del impuesto.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de la cláusula quinta, letras a), b), c) y d), y condenó al banco restituir al prestatario la suma de 3.594,03 euros.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia.

4. Frente a la sentencia de apelación, el banco interpone recurso de casación sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción del art. 83 TRLGDCU en relación con el art. 1303 CC, y la jurisprudencia según la cual, tras la declaración de nulidad de una cláusula de gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario, procede el examen individualizado de sus concretos efectos a fin de determinar en cada caso la obligación de restitución inherente a dicha declaración de nulidad.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación en parte del motivo primero.* Respecto de la cuestión suscitada en este motivo, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario hipotecante, este tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones.

La jurisprudencia generada al respecto se encuentra en la sentencia de Pleno 48/2019, de 23 de enero.

En lo que ahora interesa, en esa sentencia declaramos que, conforme a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, añadimos a continuación, «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».

De tal forma que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos

cuestionados. No se trata de ningún reparto equitativo de los gastos, sino de analizar la normativa aplicable al caso, para constatar a quien le corresponde el pago de cada uno de esos gastos.

Esta jurisprudencia, como hemos tenido oportunidad de apreciar en la sentencia 457/2020, de 24 de julio, ha sido confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19).

El TJUE, después de algunas consideraciones generales sobre el art. 6 de la Directiva 93/13, fija la siguiente doctrina sobre la cuestión objeto de la presente litis, coincidente con la jurisprudencia de esta sala: «el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes» (apartado 54). Y añade en el mismo apartado: «pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar».

En correspondencia con lo anterior, el TJUE responde a la cuestión planteada del siguiente modo: «el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos» (apartado 55).

3. Hemos de entrar, a continuación, en el análisis de cada uno de los gastos cuestionados.

Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados,

la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, según la cual:

«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 (...).

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».

De acuerdo con esta doctrina, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista (1.953,60 euros), pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

4. En cuanto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como «la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) 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».

El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a 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.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, que se acomoda plenamente a la doctrina expuesta en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad (304,60 euros, tras redondear los céntimos).

5. Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los Registradores de la Propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Partiendo de lo anterior, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos:

«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.

De acuerdo con esta doctrina, la obligación de satisfacer estos gastos correspondía al banco prestamista, por lo que era procedente su condena a reponer a los prestatarios demandantes el importe de lo pagado en tal concepto (226,56 euros).

6. Por lo que respecta a los gastos de gestoría, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como «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».

Este criterio no se acomoda bien a la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Como la sentencia recurrida se ajusta a este criterio, pues atribuye todos los gastos de gestoría (508,20 euros) al banco prestamista, el motivo debe ser desestimado en este extremo.

7. **Los denominados gastos de tasación** son el coste de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria. Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1º LEC requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos:

«Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».

La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados. Así se desprende del art. 7 de la Ley, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente:

«Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán».

El apartado 2 de este art. 7, encomienda al Ministerio de Economía y Comercio, «las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse».

Ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.

De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e).

8. *Consecuencias de la estimación en parte del motivo.* La estimación en parte de este motivo primero del recurso de casación hace innecesario entrar a analizar los dos motivos siguientes que impugnaban el mismo pronunciamiento.

La estimación del recurso de casación supone modificar la sentencia de apelación, en cuanto se tiene por estimada en parte la apelación formulada por la entidad demandada, en el siguiente sentido: se deja sin efecto la condena al banco a pagar a los prestamistas el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; se mantiene la condena al banco a reintegrar a los prestatarios los gastos registrales (226,56 euros), los gastos de gestoría (508,20 euros) y los gastos de tasación (296,53 euros); respecto de los notariales, como se refieren al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, se reduce la condena al banco al pago de la mitad (304,60 euros), pues fue otorgada en interés de ambas partes.

TERCERO. *Costas*

1. Estimado el recurso de casación interpuesto por Liberbank S.A., no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC) y acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación en parte del recurso de apelación de Liberbank, razón por la cual no se hace expresa condena en costas (art. 398 LEC).

3. Estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula gastos, aunque no se hayan estimado todas las pretensiones restitutorias, imponemos las costas de la primera instancia al banco demandado, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020.

FALLO

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 contra reseñada la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres () de de 2018 (rollo /2018), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Liberbank S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.de Cáceres de de 2017 (juicio ordinario /2017), cuya parte dispositiva queda modificada en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte la demanda formulada por XX XX XXXX XXXX contra S.A., con los siguientes pronunciamientos: i) se declara la nulidad de la cláusula quinta, letras a), b), c) y d) del contrato de préstamo hipotecario de 2014, relativa a los gastos; ii) se condena a S.A. a reintegrar al demandante los gastos registrales (226,56 euros), de gestoría (508,20 euros) y de tasación (296,53 euros), y la mitad de los gastos notariales (304,60 euros); y iii) y se le absuelve del resto de las pretensiones.

4.º No hacer expresa condena en costas por los recursos de casación y de apelación formulados por Liberbank S.A.

5.º Imponer a Liberbank S.A. las costas generadas en primera instancia.

6.º Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir en casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.