

CONSEJO DE REDACCIÓN

SECRETARIO-CONSEJERO:

Juan José Jurado Jurado

DIRECTOR:

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente,
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

CONSEJEROS:

Basilio Aguirre Fernández, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Ana del Valle Hernández, Registradora de la Propiedad y Mercantil
Jose Ángel García-Valdecasas Butrón, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Luis Delgado Juega, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Enrique Américo Alonso, Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Carlos Casas Rojo, Registrador de la Propiedad y Mercantil
José Luis Valle Muñoz, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Iván Heredia Cervantes, Prof. Titular Derecho Intemacional Privado, UAM
Juan Pablo Murga Fernández, Prof. Doctor Derecho Civil, Universidad Sevilla

ISSN 2341-3417 Depósito legal: M. 6.385-1966

AÑO LIII • Núm. 61 (3ª Época) • ENERO DE 2019

NOTA: A las distintas Secciones del Boletín se accede desde el SUMARIO pinchando directamente sobre cualquiera de ellas y desde el ÍNDICE se entra a los distintos apartados pinchando el seleccionado, salvo que este incluya en rojo un enlace web, al que se accede pulsando directamente sobre el mismo.

SUMARIO

I. NOTICIAS DE INTERÉS

III. CASOS PRÁCTICOS

Seminario de Derecho Registral del Decanato de Madrid

Seminario de Derecho Registral del Decanato de País Vasco

IV. NORMAS

B.O.E

01 Cortes Generales. (C.G.)

02 Jefatura del Estado. (J.E.)

03 Presidencia del Gobierno. (P.G.)

05 Consejo General del Poder judicial. (C.G.P.J.)

06 Ministerio de Justicia. (M.J.)

22 Banco de España. (B.E.)

25 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. (PCI)

28 Ministerio de Hacienda. (HAC)

29 Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (TMS)

36 Ministerio para la Transición Ecológica. (TEC)

37 Tribunal Constitucional

CC.AA

Andalucía

Aragón

Principado de Asturias

Baleares

Canarias

Cantabria

Castilla y León

Cataluña

Región de Murcia

Comunidad Foral de Navarra

Comunidad Valenciana

V. RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N

1. Publicadas en el B.O.E

1.1. Propiedad. *(Resumen de las mismas por Basilio Aguirre Fernández)*

1.1. Propiedad. *(Por Pedro Ávila Navarro)*

1.2. Mercantil. *(Por Ana del Valle Hernández)*

1.2. Mercantil. *(Por Pedro Ávila Navarro)*

1.3. Bienes muebles. *(Por Ana del Valle Hernández)*

1.3. Bienes muebles. *(Por Pedro Ávila Navarro)*

2. Publicadas en el D.O.G.C

2.1. Propiedad. *(Por María Tenza Llorente)*

VI. SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

2. Tribunal Supremo

2.1. Sentencias Sala de lo Civil. *(Por Juan José Jurado Jurado)*

2.3 Sentencias Sala de lo Penal. *(Por Juan José Jurado Jurado)*

4. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

4.1. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Por la Oficina de Bruselas del Colegio de Registradores

VII. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2. Noticias de la Unión Europea. Por la Oficina de Bruselas del Colegio de Registradores

VIII. INFORMACIÓN JURÍDICA Y ACTUALIDAD EDITORIAL. Por el
Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

ÍNDICE

I. NOTICIAS DE INTERÉS

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-799.pdf>

- S.T.S 44, 46, 47, 48 y 49/2019.- 23-1-2019. SALA DE LO CIVIL.- **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: COMISIÓN DE APERTURA, IAJD, ARANCELES DE NOTARIO Y REGISTRADOR Y GASTOS DE GESTORÍA.** Cláusulas abusivas en contratos con consumidores relativas a préstamos hipotecarios. Comisión de apertura: es admisible y los gastos son a cuenta del deudor. No es susceptible de control de contenido, sí de transparencia. Eficacia de la cláusula que atribuye todos los gastos al deudor: nulidad de la misma. Su naturaleza es la de un pago hecho a terceros y el pago de dichos gastos debe hacerse por la parte correspondiente con arreglo a la normativa vigente a la fecha de la celebración del contrato, a saber: Gastos de notaría: los costes de la matriz de la escritura deben distribuirse por mitad, al igual que los de la escritura de modificación. La cancelación, sin embargo, debe correr a cuenta del prestatario. Los gastos de copias deberán ser abonados por quien, con interés legítimo, las solicite. Gastos de Registro: los gastos de constitución son a cargo de la prestamista, y los de cancelación, por cuenta del prestatario. IAJD: a cargo del prestatario, si bien a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, lo es ya el prestamista. Gestoría: los gastos son por mitad (prestamista y prestatario).



[Acceso a Sentencia nº 44 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 46 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 47 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 48 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 49 2019.pdf](#)

III. CASOS PRÁCTICOS

Seminario de Derecho Registral del Decanato de Madrid

1.- **CONCURSO DE ACREEDORES.** Compraventa existiendo apertura de la fase de liquidación, no siendo firme el auto que lo aprueba. Manifestación posterior del administrador concursal (a efectos de subsanar el defecto alegado por el registrador consistente en la carencia de tal firmeza), declarando que hay un recurso interpuesto contra el plan de liquidación por un acreedor, pero que en nada afecta a las ventas de la sociedad concursada formalizadas hasta la fecha. Doctrina al respecto de la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2018.

2.- **PROPIEDAD HORIZONTAL.** Modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal una vez inscrito, debido a un error en la expresión de la superficie cuando se declaró la obra y se constituyó la propiedad horizontal, cuyo error afecta singular y exclusivamente a uno de los departamentos: necesidad de acuerdo previo de la junta de propietarios y el consentimiento del o de los propietarios que resulten afectados por la rectificación. Innecesidad del consentimiento individualizado de los que aparecen como titulares registrales del resto de los departamentos.

3.- **ARRENDAMIENTOS URBANOS. COMPRAVENTA DE VIVIENDA. NOTIFICACIONES A EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO:** si las condiciones esenciales de la venta son iguales a las notificadas para el ejercicio del tanteo, una vez acreditado debidamente este extremo y transcurrido el plazo legal para ejercitar el tanteo, no cabe ejercitar ya el retracto, y la compraventa puede inscribirse.

4.- **ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PACTADO CON CARÁCTER VITALICIO.** Extinción automática del mismo una vez fallecido el arrendatario. Prohibición absoluta de subrogación mortis causa: imposibilidad.



[Casos prácticos primera quincena enero Madrid.pdf](#)

Seminario de Derecho Registral del Decanato de País Vasco

1.- **OPERACIONES PARTICIONALES.**

2.- **DERECHO DE USUFRUCTO Y DE HABITACIÓN CONSTITUIDO SOBRE UN BIEN A FAVOR**

DE UNA MISMA PERSONA:

3.- FALLECIDO UN CÓNYUGE NOMBRA AL OTRO COMISARIO, HABIENDO DOS HIJAS. SE VA A PROCEDER A LA VENTA DE UN BIEN QUE INTEGRA LA MASA HEREDITARIA, PERO POR DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS LA COMISARIO Y UNA DE LAS HIJAS NO PUEDEN ACUDIR A LA NOTARÍA Y OTORGAN UN PODER DE VENTA A LA OTRA HIJA DETERMINANDO EL BIEN EN CONCRETO Y LA PERSONA DEL COMPRADOR.

4.- EXISTIENDO UNA COMUNIDAD ENTRE DOS PERSONAS SE CONCEDIERON UN DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE PARA LA PRIMERA VENTA DURANTE 25 AÑOS. HAN PRACTICADO LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO SIN ALUDIR EN NADA AL TANTEO Y RETRACTO.



Casos prácticos enero País Vasco.pdf

IV. NORMAS

B.O.E

01 Cortes Generales. (C.G.)

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-799.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/29/pdfs/BOE-A-2019-1053.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/29/pdfs/BOE-A-2019-1054.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/29/pdfs/BOE-A-2019-1055.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/29/pdfs/BOE-A-2019-1056.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/29/pdfs/BOE-A-2019-1057.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macroprudenciales.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/29/pdfs/BOE-A-2019-1059.pdf>

02 Jefatura del Estado. (J.E.)

- **REAL DECRETO-LEY** 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/12/pdfs/BOE-A-2019-315.pdf>

- **CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO-LEY** 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/21/pdfs/BOE-A-2019-646.pdf>

- **CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO-LEY** 28/2018, de 28 de diciembre, para la

revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/21/pdfs/BOE-A-2019-647.pdf>

- **CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2018**, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/30/pdfs/BOE-A-2019-1102.pdf>

03 Presidencia del Gobierno. (P.G.)

- **REAL DECRETO 5/2019**, de 17 de enero, por el que se declara el cese de doña Susana Díaz Pacheco como Presidenta de la Junta de Andalucía.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/18/pdfs/BOE-A-2019-550.pdf>

- **REAL DECRETO 6/2019**, de 17 de enero, por el que se nombra Presidente de la Junta de Andalucía a don Juan Manuel Moreno Bonilla.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/18/pdfs/BOE-A-2019-551.pdf>

05 Consejo General del Poder judicial. (C.G.P.J.)

- **ACUERDO** de 10 de enero de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 11 de diciembre de 2018, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, por el que se modifica la composición, funcionamiento y asignación de ponencias para el año judicial 2019 de la Sala Tercera.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/18/pdfs/BOE-A-2019-579.pdf>

- **ACUERDO** de 19 de diciembre de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que aprueba las normas generales sobre composición, funcionamiento y reparto de asuntos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/18/pdfs/BOE-A-2019-580.pdf>

06 Ministerio de Justicia. (M.J.)

- **RESOLUCIÓN** de 20 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el modelo de contrato de préstamo de financiación a comprador de bienes muebles, letras de identificación F-DLL, y sus anexos, para ser utilizado por De Lage Landen International, Sucursal en España.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/09/pdfs/BOE-A-2019-234.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 20 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueba el modelo de contrato de arrendamiento financiero mobiliario, letras de identificación LS-DLL, y sus anexos, para ser utilizado por De Lage Landen International, Sucursal en España.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/11/pdfs/BOE-A-2019-292.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 14 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se jubila a doña María Dolores Cuenca Carrasco, registradora de la propiedad de Vitoria-Gasteiz n.º 3.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/18/pdfs/BOE-A-2019-553.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 10 de enero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, letras de identificación L-CALF 01, y sus anexos, para ser utilizado por Credit Agrícola Leasing & Factoring, Sucursal en España.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-922.pdf>

- **ORDEN JUS/57/2019**, de 22 de enero, por la que se crea el Foro para la mediación.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/30/pdfs/BOE-A-2019-1104.pdf>

22 Banco de España. (B.E.)

- **RESOLUCIÓN** de 2 de enero de 2019, del Banco de España, por la que se publican los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-117.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 2 de enero de 2019, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-118.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 17 de enero de 2019, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/18/pdfs/BOE-A-2019-608.pdf>

25 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. (PCI)

- **ORDEN** PCI/12/2019, de 14 de enero, por la que se determinan las características, el diseño y el contenido de la evaluación de Bachillerato para el acceso a la Universidad, y las fechas máximas de realización y de resolución de los procedimientos de revisión de las calificaciones obtenidas en el curso 2018-2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-395.pdf>

28 Ministerio de Hacienda. (HAC)

- **RESOLUCIÓN** de 21 de diciembre de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se extiende la colaboración social a la presentación por vía telemática de las solicitudes de rectificación de autoliquidación y se aprueba el documento normalizado para acreditar la representación para su presentación por vía telemática en nombre de terceros.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/07/pdfs/BOE-A-2019-189.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 17 de enero de 2019, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se publica la rehabilitación de números de identificación fiscal.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-774.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 17 de enero de 2019, del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se publica la revocación de números de identificación fiscal.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-775.pdf>

- **RESOLUCIÓN** de 15 de enero de 2019, de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueba el régimen de establecimiento y funcionamiento de los Puntos de Información Catastral.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-853.pdf>

29 Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (TMS)

- **CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA RESOLUCIÓN** de 23 de noviembre de 2018, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica el ámbito territorial de determinadas unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-854.pdf>

36 Ministerio para la Transición Ecológica. (TEC)

- **RESOLUCIÓN** de 21 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se aprueba el perfil de consumo y el método de cálculo a efectos de liquidación de energía, aplicables para aquellos consumidores tipo 4 y tipo 5 que no dispongan de registro horario de consumo, según el Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico, para el año 2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/04/pdfs/BOE-A-2019-120.pdf>

37 Tribunal Constitucional

- **PLENO. SENTENCIA** 129/2018, de 12 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 637-2018. Promovido por doña Carme Forcadell Lluís y doña Anna Simó Castelló en relación con los autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que declararon la competencia de este órgano jurisdiccional para la instrucción y en su caso el enjuiciamiento de las recurrentes, por los delitos de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos. Alegada vulneración de los derechos al recurso (doble instancia penal), al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (imparcialidad judicial): inadmisión del recurso de amparo prematuramente planteado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-454.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 130/2018, de 12 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 1440-2018. Promovido por doña Anna Gabriel Sabaté y doña Mireia Boya Busquet en relación con la providencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que declaró la competencia de este órgano jurisdiccional para la instrucción y en su caso el enjuiciamiento de las recurrentes, por los delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. Alegada vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (imparcialidad judicial): inadmisión del recurso de amparo prematuramente planteado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-455.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 131/2018, de 12 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 3328-2018. Promovido por doña Mireia Boya Busquet y doña Anna Gabriel Sabaté en relación con el auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que ratificó la competencia de este órgano jurisdiccional para la instrucción y en su caso el enjuiciamiento de las recurrentes, por los delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. Alegada vulneración de los derechos al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (imparcialidad judicial): inadmisión del recurso de amparo prematuramente planteado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-456.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 132/2018, de 13 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3774-2016. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Competencias sobre régimen jurídico de las administraciones públicas, función pública y administración local: inconstitucionalidad de los plazos perentorios fijados para la producción de los efectos de la resolución de convenios. Voto particular.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-457.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 133/2018, de 13 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 4877-2017. Promovido por don Dionisio García Gómez frente a las conclusiones del dictamen de la comisión especial creada en las Cortes Valencianas para la investigación del accidente de la línea 1 de Metrovalencia, ocurrido el 3 de julio de 2006. Vulneración del derecho al honor: actuación de la comisión parlamentaria de investigación que no preserva el derecho del investigado a ser considerado y tratado como no autor o no participe en conductas ilícitas. Votos particulares.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-458.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 134/2018, de 13 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 5462-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears. Competencias sobre patrimonio histórico y cultura: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la lidia del toro en términos no conformes con la normativa estatal (STC 177/2016). Votos particulares.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-459.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 135/2018, de 13 de diciembre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3377-2018. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del artículo 367.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Principio de seguridad jurídica y reserva de ley orgánica en relación con la garantía de inamovilidad judicial: nulidad del precepto legal que no precisa las consecuencias derivadas de la carencia de aptitud en los jueces y magistrados suspensos que pretendan reingresar al servicio activo; extensión por conexión de la declaración de nulidad.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-460.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 136/2018, de 13 de diciembre de 2018. Impugnación de disposiciones autonómicas 4039-2018. Formulada por el Gobierno de la Nación en relación con los apartados 1 a 5 de la moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional, aprobada en la sesión de 5 de julio de 2018. Soberanía y unidad de la nación, principio democrático y primacía incondicional de la Constitución, lealtad constitucional y fidelidad a la Constitución; procedimiento de reforma constitucional: nulidad de los apartados de la moción parlamentaria que contravienen la STC 259/2015.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-461.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 137/2018, de 13 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4449-2018. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón. Competencias en materia de régimen local: nulidad del precepto legal autonómico que contraviene la normativa básica estatal y priva al pleno de la corporación de su potestad para expresar la voluntad del ayuntamiento en relación con el gobierno de las sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca íntegramente al municipio de Zaragoza.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-462.pdf>

- **SALA PRIMERA. SENTENCIA** 138/2018, de 17 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 275-2018. Promovido por don Raúl Sánchez Siles y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad). Voto particular.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-955.pdf>

- **SALA PRIMERA. SENTENCIA** 139/2018, de 17 de diciembre de 2018. Recurso de amparo 729-2018. Promovido por ochenta y un diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso respecto de los acuerdos de la mesa de la cámara que impidiendo la toma en consideración de una proposición de ley sobre modificación de la regulación de la unidad de convivencia en determinadas situaciones, a efectos del acceso y mantenimiento en el percibo de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva. Vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas, en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes: incorrecta realización de la función de calificación de la iniciativa parlamentaria que se sustenta sobre apreciaciones hipotéticas, sin contrastar su impacto real y efectivo sobre los presupuestos generales del Estado vigentes (SSTC 34/2018 y 44/2018).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-956.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 140/2018, de 20 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso frente a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela

judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que da nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-957.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 141/2018, de 20 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3410-2017. Interpuesto por la Defensora del Pueblo respecto de la disposición adicional vigésima primera de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el año 2017. Límites materiales de las leyes de presupuestos: constitucionalidad de la disposición legal autonómica que atribuye al Plan Serra Hünter la condición de instrumento prioritario de reposición de efectivos en las universidades públicas catalanas y establece la no afectación de sus convocatorias al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-958.pdf>

- **PLENO. SENTENCIA** 142/2018, de 20 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 5284-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley 15/2017, de 25 de julio, de la Agencia de Ciberseguridad de Cataluña. Competencias en materia de telecomunicaciones, defensa y seguridad pública: nulidad parcial de los preceptos legales autonómicos relativos a las funciones de la Agencia de Ciberseguridad de Cataluña; interpretación conforme del precepto legal que define como objetivo de la Agencia la ejecución de las políticas públicas en materia de ciberseguridad.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-959.pdf>

CC.AA

Andalucía

- **RESOLUCIÓN** de 3 de enero de 2019, de la Dirección de la Agencia Tributaria de Andalucía, por la que se da publicidad a la Adenda al Convenio de colaboración suscrito entre la Consejería de Economía y Hacienda y los Registradores de la Propiedad de Andalucía para establecer las condiciones en que las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario, a cargo de los Registradores de la Propiedad del ámbito territorial de la Junta de Andalucía, ejercerán las funciones atribuidas por Decreto 106/1999, de 4 de mayo.

<https://www.juntadeandalucia.es/>

- **DECRETO DEL PRESIDENTE** 1/2019, de 21 de enero, por el que se declara el cese del Vicepresidente y de los Consejeros y las Consejeras en funciones de la Junta de Andalucía.

<https://www.juntadeandalucia.es/>

- **DECRETO DEL PRESIDENTE** 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías.

<https://www.juntadeandalucia.es/>

- **DECRETO DEL PRESIDENTE** 4/2019, de 21 de enero, por el que se designan los Consejeros y las Consejeras de la Junta de Andalucía.

<https://www.juntadeandalucia.es/>

- **DECRETO DEL PRESIDENTE** 3/2019, de 21 de enero, por el que se designa Vicepresidente de la Junta de Andalucía a don Juan Antonio Marín Lozano.

<https://www.juntadeandalucia.es/>

Aragón

- **LEY** 15/2018, de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-992.pdf>

- **LEY** 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-993.pdf>

- **LEY** 17/2018, de 4 de diciembre, de Investigación e Innovación de Aragón.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-994.pdf>

Principado de Asturias

- **LEY** 13/2018, de 21 de diciembre, de modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, sobre el régimen retributivo en la situación de incapacidad temporal.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-802.pdf>

- **LEY** 14/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-803.pdf>

Baleares

- **DECRETO** 42/2018, de 14 de diciembre, por el que se fija el calendario de días inhábiles para el año 2019 a efectos del cómputo administrativo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/04/pdfs/BOE-A-2019-122.pdf>

- **LEY** 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-995.pdf>

- **LEY** 14/2018, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-996.pdf>

Canarias

- **LEY** 4/2018, de 30 de noviembre, de medidas fiscales para mejorar el acceso a la vivienda en Canarias.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/11/pdfs/BOE-A-2019-283.pdf>

- **LEY** 6/2018, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley 13/2014, de 26 de diciembre, de Radio y Televisión Públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-859.pdf>

- **LEY** 7/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/25/pdfs/BOE-A-2019-860.pdf>

Cantabria

- **LEY** 6/2018, de 22 de noviembre, por el que se crea el Organismo Autónomo Servicio de Emergencias de Cantabria.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-397.pdf>

- **LEY** 7/2018, de 5 de diciembre, de Iniciativa Legislativa Popular de Cantabria.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-398.pdf>

- **LEY** 8/2018, de 11 de diciembre, del Consejo Económico y Social de Cantabria.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-399.pdf>

Castilla y León

- **LEY** 7/2018, de 14 de diciembre, por la que se regula la Conferencia de Titulares de Alcaldías y Presidencias de Diputación, el estatuto de los miembros de las entidades locales y la información en los Plenos.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-804.pdf>

- **LEY** 8/2018, de 14 de diciembre, por la que se regulan las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Castilla y León y el Consejo de Cámaras de Castilla y León.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-805.pdf>

Cataluña

- **DECRETO-LEY** 6/2018, de 13 noviembre, relativo al tipo de gravamen aplicable a las escrituras públicas que documentan el otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-747.pdf>

- **DECRETO-LEY** 7/2018, de 20 de noviembre, por el que se establecen medidas transitorias para seguir percibiendo la prestación para el mantenimiento de los gastos del hogar para determinados colectivos que regula el artículo 20 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-748.pdf>

Región de Murcia

- **RESOLUCIÓN** de la Secretaria General de la Consejería de Presidencia, por la que se da publicidad al acuerdo del Consejo de Gobierno, de 19 de diciembre de 2018, de nombramiento de Registradores de la Propiedad que han obtenido plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

<https://www.borm.es/>

- **LEY** 10/2018, de 9 de noviembre, de Aceleración de la Transformación del Modelo Económico Regional para la Generación de Empleo Estable de Calidad.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/14/pdfs/BOE-A-2019-363.pdf>

- **LEY 11/2018**, de 15 de noviembre, por la que se establecen Medidas Adicionales de Protección de la Salud Pública y del Medio Ambiente para la Exploración, Investigación o Explotación de Hidrocarburos utilizando la Técnica de la Fractura Hidráulica en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/14/pdfs/BOE-A-2019-364.pdf>

- **LEY 12/2018**, de 20 de noviembre, de modificación de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/14/pdfs/BOE-A-2019-365.pdf>

- **LEY 13/2018**, de 29 de noviembre, de Comunicación y Publicidad Institucional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/14/pdfs/BOE-A-2019-366.pdf>

Comunidad Foral de Navarra

- **DECRETO FORAL LEGISLATIVO 2/2018**, de 28 de noviembre, de Armonización Tributaria, por el que se modifican la Ley Foral 20/1992, de 30 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley Foral 11/2015, de 18 de marzo, por la que se regulan el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, el Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero y el Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/15/pdfs/BOE-A-2019-401.pdf>

- **LEY FORAL 27/2018**, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-749.pdf>

- **LEY FORAL 28/2018**, de 26 de diciembre, sobre el derecho subjetivo a la vivienda en Navarra.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-750.pdf>

- **LEY FORAL 30/2018**, de 27 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/23/pdfs/BOE-A-2019-752.pdf>

Comunidad Valenciana

- **LEY 23/2018**, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/11/pdfs/BOE-A-2019-281.pdf>

- **CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY 21/2018**, de 16 de octubre, de mancomunidades de la Comunitat Valenciana.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/11/pdfs/BOE-A-2019-282.pdf>

- **LEY 24/2018**, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/26/pdfs/BOE-A-2019-966.pdf>

- **LEY 25/2018**, de 10 de diciembre, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/26/pdfs/BOE-A-2019-967.pdf>

V. RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N

1. Publicadas en el B.O.E

1.1. Propiedad. *(Resumen de las mismas por Basilio Aguirre Fernández)*

- R. 12-12-2018.- R.P. Felanitx Nº 2.- **HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY DE USURA EN LOS CASOS DE PRÉSTAMO FALSIFICADO.** Es cierto que la diligencia de subsanación del artículo 153 del Reglamento Notarial solo sirve para rectificar los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales. Pero no es menos cierto que el mismo Reglamento, en sus artículos 251 y 263, establece que la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a los notarios puede hacerse bien mediante testimonio por exhibición de carácter independiente, o bien mediante testimonio de incorporación a la matriz de un instrumento público de los documentos complementarios que sean procedentes. Esta incorporación, por otra parte, puede realizarse bien directamente en el momento de la elaboración de la escritura matriz, bien posteriormente por medio de una diligencia de incorporación, sin que exista ninguna norma que exija la comparecencia y el consentimiento de las partes contratantes si, como ocurre en el presente supuesto, el requisito de información precontractual fue verdaderamente cumplido y se trata solo de una omisión formal en la confección de la escritura de préstamo hipotecario. Señala el TS que dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el

ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta. El control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva que no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, para la aplicación de esos efectos comunes a la usura, basta con que se cumplan los requisitos de alguno de los tres supuestos tipificados en el artículo 1 de la Ley de 1908 para considerar el préstamo como usurario (préstamo usurario, leonino o falsificado), sin que sea preciso exigir la concurrencia de todos los requisitos, objetivos y subjetivos, previstos en el citado artículo. Cuando resulte evidente que, en realidad, el prestatario ha recibido una cantidad de dinero inferior a la nominalmente contratada (caso del denominado préstamo falsificado), como señala el Tribunal Supremo, «la aplicación de la usura se objetiva plenamente», de tal manera que hace posible la calificación registral de su concurrencia, si ello se deriva de los datos que obran en el escritura de constitución de hipoteca (artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Ello no implica que toda retención de cantidades por parte del prestamista o su entrega a terceras personas suponga, de forma automática, que nos encontramos en el supuesto de usura examinado. Antes al contrario, la regla interpretativa debe ser la de entender como verdaderamente entregadas al prestatario todas aquellas cantidades cuya finalidad sea atender el pago de deudas pendientes del mismo, aunque se verifiquen directamente a favor de sus acreedores, así como las cantidades que sean invertidas en el pago de obligaciones que son propias del deudor. El registrador de la Propiedad en su nota de calificación entiende que el contrato de préstamo que ha de garantizar la hipoteca cuya constitución se pretende es nulo, al suponerse recibida una cantidad superior a la verdaderamente entregada, fundamentalmente por la retención de los importes correspondientes al pago anticipado de los intereses, la comisión de apertura, los gastos relacionados con la formalización de la operación y los costes de intermediación. Es práctica frecuente en contratos de préstamos hipotecarios que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo –lo que concurre en este caso respecto de todos los conceptos–, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni aquellos que se opongan a una norma imperativa que los impute al prestamista, lo que resultaría contrario a lo dispuesto en el Artículo 89.3 de la citada Ley. El pago anticipado de los intereses es un sistema más de amortización de los préstamos, en el cual los intereses ordinarios se pagan al comienzo de cada período y, así, el efectivo inicial que recibe el prestatario será el importe del principal del préstamo menos los intereses correspondientes al primer período. Por tanto, no existiendo ninguna norma o interpretación jurisprudencial que proscriba de forma objetiva y automática el pago de los intereses por adelantado, de lo que es prueba la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, no puede considerarse que tal cobro anticipado de todos los intereses ordinarios correspondientes al año pactado de amortización, incluso si éstos se han descontado del capital convenido, implique que la cantidad entregada al prestatario sea inferior a la pactada. En realidad, la «comisión de intermediación» constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor y el intermediario financiero, distinto del contrato de préstamo hipotecario, que es objeto de formalización e información precontractual al margen de éste, por lo que ni tiene por qué constar en la «FIPER» del préstamo ni es calificable por el registrador de la Propiedad. El pago directo por parte del acreedor, como ocurre en este caso, a la empresa intermediaria constituye, en consecuencia, un «pago a terceros» de obligaciones que son propias del deudor, por orden y cuenta de éste. La conclusión es que el importe correspondiente a este concepto de «comisión de intermediación» debe entenderse como efectivamente entregado al prestatario. No debe confundirse la retención como medio de pago de la legal retribución de la empresa de intermediación independiente (número 2 de citado artículo 22), con la percepción por la misma de todo o parte del capital del préstamo para otros fines distintos, como por ejemplo al pago de una deuda anterior que tuviere con su actual cliente. En relación con esta comisión de apertura, o porcentaje que cobra el prestamista por la realización de estudios y la prestación de servicios al peticionario vinculados con la concesión de un préstamo o crédito, el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispone que las entidades acreedoras «podrán percibir comisiones o repercutir gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos». Y, por otra parte, según el artículo 16 en relación con el artículo 14 de la Ley 2/2009, aplicable a este supuesto por razón de la naturaleza del prestamista, el empresario, persona física o jurídica que, de manera profesional y sin ser una entidad de crédito, se dedique a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios deberá informar al consumidor en la preceptiva «Ficha de Información Personalizada» o en la «Oferta Vinculante» acerca de «todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio». En consecuencia, para que la inscripción de la hipoteca sea posible es necesario que bien se aclare en qué concepto concreto y legítimo recibió don F. B. L. los citados 15.064,50 euros o, en caso contrario, tal cantidad deberá ser entregada efectivamente al prestatario. Inscripción de la hipoteca que, en cualquier caso, exigirá también, dados los efectos de nulidad radical y originaria anudados a la usura y antes expuestos, el consentimiento expreso del prestatario en favor del mantenimiento de la operación. Debe recordarse que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ej., Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 15 de marzo de 2018) son nulas por abusivas aquellas cláusulas que atribuyan, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos de las escrituras de un préstamo hipotecario al prestatario, por conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante y, además, porque según el artículo 89, números 2 y 3, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se considera abusiva «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario». El pago del impuesto de actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios correspondía, en el momento de la firma de la escritura calificada, como ha sido ratificado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de noviembre de 2018, al prestatario; al igual que los gastos de tasación del inmueble, con las matizaciones que en la citada Resolución se señalan. Respecto de los gastos de Notaría, se puede concluir, en la misma línea que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de marzo de 2018, que, a falta de pacto de distribución equitativa de la minuta notarial u otro hecho singular, el pago del concepto de escritura matriz corresponde al prestatario, mientras que los de la copia autorizada expedida con carácter ejecutivo corresponde al concedente del crédito. Por su parte, los gastos de Registro de la Propiedad corresponde pagarlos al prestamista, como persona a cuyo favor se practica la inscripción, si bien, algunos gastos registrales accesorios referentes a la publicidad registral, como los de la previa verificación de la situación registral del

inmueble, podrán imputarse al prestatario. Por último, en cuanto los gastos de gestión, dado que en la situación vigente a la firma de la escritura calificada ambas partes estaban interesadas en la misma y a ambas beneficiaban los servicios de gestoría, cabe admitir una imputación igualitaria de sus costes o bien una imputación referida a la parte por cuya cuenta se verifica la respectiva gestión. Por tanto, también deberá rechazarse la inscripción de la hipoteca en supuestos como el presente, si no se aclara que el pago realizado lo es en concepto de «provisión de fondos» y, además, que sólo cubrirá la parte de los respectivos gastos que legalmente fueran de cuenta del consumidor conforme a los criterios antes señalados.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-87.pdf>

- R. 12-12-2018.- R.P. Vitoria N° 5.- **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA LA HERENCIA YACENTE.** Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla. Se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si es inscribible un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a los herederos desconocidos e inciertos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Para evitar la indefensión es preciso que se haya cumplido con la obligación de averiguar los domicilios de los desconocidos herederos demandados, por lo que la citación por medio de edictos fijados en el tablón de anuncios e incluso la notificación de la sentencia de primera instancia a través de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» requiere que, previamente, se hubieran agotado todos los medios de averiguación que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone. Y en el caso de la herencia yacente, aunque sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio. En el supuesto de este expediente, del decreto presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de don J. M. R. G. M. Por lo tanto, no cabe sino confirmar el defecto observado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-88.pdf>

- R. 12-12-2018.- R.P. Benidorm N° 3.- **TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.** Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos. La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013) que «la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad. En el presente caso, la transacción deriva del acuerdo alcanzado por las partes en un procedimiento de división judicial de herencia. En estos supuestos, por tanto, se debe acudir a lo señalado en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-89.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.P. Ronda.- **OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.** De conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma. Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Como ha señalado este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 5 de marzo y 5 de agosto de 2013), el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: vid. artículos 308 del Reglamento Hipotecario y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el

ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística, cuya definitiva apreciación debe quedar al ámbito procedimental administrativo o contencioso administrativo. Ahora bien, todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del presupuesto que configura la tipología del supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 28, número 4, del nuevo texto refundido de la Ley de Suelo, esto es, que se trate realmente de «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes», requisito que obviamente, al definir el ámbito de aplicación objetivo de la norma, habrá de verificarse por parte del registrador en su actuación calificadora. El registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados –todo ello de acuerdo con la normativa aplicable–, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir. Si la norma sustantiva aplicable dispone que si la edificación se realizara sobre terrenos calificados con régimen especial –generalmente sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, según la diferente normativa autonómica– la Administración podrá actuar sin limitación alguna de plazo, se deduce que, en esos supuestos particulares, no cabe la consolidación de la obra por antigüedad. Hoy ya no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad. Las dudas existentes sobre tal afectación, siempre que estén justificadas, deberán solventarse mediante la resolución de la Administración competente que aclare la situación urbanística de la edificación. A falta de una completa motivación en la nota de calificación sobre la eventual afectación de la finca a tales situaciones de imprescriptibilidad, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 28 de junio de 2017, debe desestimarse la exigencia de acreditación administrativa previa sobre la calificación del suelo, o sobre la ausencia genérica de infracción urbanística, en orden a la inscripción de la declaración de obra por la vía del 28.4 de la Ley de Suelo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-91.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.P. San Sebastián de la Gomera.- **OBRA NUEVA: INADMISIBILIDAD DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS.** Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Más recientemente el mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia de Pleno número 143/2017, de 14 de diciembre, ha concretado su doctrina en relación con el tema específico del silencio administrativo en relación con las licencias urbanísticas, partiendo del criterio general de que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo debe coexistir con la que al Estado atribuye el artículo 149.1.1.a y 18.a de la Constitución sobre establecimiento de condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la propiedad urbana, y en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» y la de regulación del «procedimiento administrativo común». En este contexto y por lo que se refiere, en particular, al régimen del silencio administrativo negativo incorporado a la citada regulación estatal en materia de autorizaciones o licencias de obras, resulta igualmente avalada por la reiterada sentencia 143/2017, de 14 de diciembre de 2017 del Tribunal Constitucional. La Sentencia número 143/2017, de 14 de diciembre, considera que «tiene cabida en el procedimiento administrativo común el establecimiento de reglas que regulan el sentido del silencio administrativo tanto cuando se hace sin referencia a sectores materiales concretos (como lo hacen, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público o los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones), como cuando, aun afectando a una materia o sector concreto – ordenación del territorio y urbanismo–, se establece una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa (como, por ejemplo, en relación con el trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25.c]), o el régimen del silencio en los procedimientos bifásicos de aprobación de los planes urbanísticos [STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8 B) c)])». Como consecuencia de este planteamiento, y dado que la competencia legislativa sobre el urbanismo está atribuida a las Comunidades Autónomas, el Alto Tribunal en su referida Sentencia 143/2017 entiende que es igualmente a las Comunidades Autónomas a quienes incumbe también la aprobación de «las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas generales o comunes del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias. Regla común del silencio administrativo que en el sector de la ordenación del territorio y urbanismo se establece en el ya citado artículo 9.7 del texto refundido de la Ley de suelo 2008». Todo lo cual conduce a la conclusión de que la regla especial prevista en el apartado 8 del artículo 9 del texto refundido de la Ley de suelo 2008 (silencio negativo en materia de licencias de obras de edificación) no encontraría, con carácter general, su acomodo en la competencia estatal del procedimiento administrativo común ex artículo 149.1.18 de la Constitución Española. No obstante, afirma la Sentencia 143/2017 en relación con dicho supuesto lo siguiente: «El apartado b) regula «las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta», con independencia de la situación del

suelo. En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para determinar, como especialidad *ratione materiae*, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo». Distinto es el análisis que hace el Tribunal respecto de otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación, en cuyo caso considera que cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. Pero «en el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales». Y por ello el Tribunal hace en este punto un ejercicio de interpretación conforme afirmando que «la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de «construcción e implantación de instalaciones» contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida». Basta por tanto lo hasta ahora dicho para desestimar este primer motivo de impugnación de la calificación basado en la competencia autonómica en materia urbanística, competencia que, como se ha señalado detalladamente, no puede impedir la concurrente aplicación de la norma estatal en materia de silencio administrativo en relación con las licencias de obras en los términos indicados, y que claramente excluye la posibilidad de entender adquirida por silencio administrativo positivo la licencia solicitada. Hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo en cuanto al problema de determinar el alcance temporal de las normas aplicables a la inscripción registral de las escrituras de declaración de obra nueva. Las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y texto refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, hasta el vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción. Además, la regulación contenida en el artículo 344 de la citada Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias no constituye tanto una manifestación normativa plenamente autónoma y desconectada de la regulación estatal, sino antes al contrario una norma de acomodación al citado régimen estatal, como reconoce y proclama la propia exposición de motivos de la indicada ley. En consecuencia, puesto que en este caso la escritura de declaración de obra nueva cuya inscripción se pretende está otorgada con posterioridad a la entrada en vigor de los artículos 11 y 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, es de aplicación la exigencia de que, declarándose la obra terminada, se acredite documentalmente la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la obra nueva conforme a la legislación aplicable.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-92.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.P. Valencia Nº 10.- **HIPOTECA: PRÉSTAMOS NO CONCEDIDOS POR ENTIDADES DE CRÉDITO SUJETOS A LA LEY 2/2009.** La registradora pone de manifiesto en su nota de calificación que la persona física prestamista es también titular de otras hipotecas en garantía de otros préstamos concedidos previamente, además de la que es objeto de calificación (en su informe preceptivo concreta que, al menos, es titular de seis hipotecas), que constan inscritas en distintos Registros de la Propiedad según consulta realizada al Servicio de Interconexión entre los Registros, por lo que entiende que la acreedora sí ejerce profesional o habitualmente la actividad de concesión de préstamos, siéndole, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en la Ley 2/2009. Ha sido correcta la actuación de la registradora de la Propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta del Servicio de Interconexión entre los Registros y no admitir sin más la manifestación negativa de la acreedor acerca de su condición de profesional, ya que la protección de los derechos de los consumidores exige extremar la diligencia y la utilización de todos los medios al alcance en el control del cumplimiento de la legalidad en este ámbito. El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad sólo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. La prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida ley que establece que «corresponde a las empresas –acreedores– la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 28 de julio de 2015 y 26 de julio de 2018) a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad, como pudiera ser la acreditación de una relación personal entre prestamista y prestatario. Despejada la cuestión anterior, procede confirmar la aplicabilidad de la Ley 2/2009 al presente supuesto de hecho por concurrir no sólo el presupuesto exigido por la misma relativo al carácter profesional de la actuación del prestamista, sino también los demás requeridos por dicha norma. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, no contempla diferente tratamiento en su articulado según el préstamo hipotecario recaiga o no sobre vivienda, por lo que puede deducirse que el legislador español ha querido ir más allá en la protección del consumidor que la normativa comunitaria, extendiendo las medidas de protección adoptadas con independencia del bien gravado, como también ha ampliado la extensión de dicha protección a las personas jurídicas prestatarias en los mismos términos que a las personas físicas.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-93.pdf>

- R. 14-12-2018.- R.P. Llíria.- **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO**

CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL. Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «iuris tantum» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar en el presente caso la negativa a la inscripción de una sentencia dictada en un procedimiento seguido exclusivamente contra quienes ya no son los titulares registrales de la finca en la actualidad.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-94.pdf>

- R. 7-11-2018.- R.P. Escalona.- **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.** Frente a la anterior redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, relativa a la posibilidad de obtener la inmatriculación en virtud de "títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos", ahora, la nueva redacción legal exige que se trate de "títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público". La diferencia esencial entre ambas redacciones legales radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia. Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «ad hoc» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos. En el presente expediente el título previo de adquisición es una escritura de adjudicación de herencia en la que la fecha de fallecimiento del causante es anterior en más de un año respecto de la fecha del título traslativo. La nota de calificación recurrida se fundamenta en el hecho de que falta aportar el título de adquisición del causante, requisito que de ser exigido implicaría la necesidad de acreditar tres títulos diferentes. Y sin que cambie esta doctrina la existencia de una diferente titularidad catastral como señala el registrador, ya que el Catastro es una Institución cuya finalidad no es la publicidad a efectos jurídicos de las titularidades de inmuebles. Es cierto que la labor del registrador en la búsqueda de la posible constancia previa de la finca que ahora se pretende inmatricular debe ser exhaustiva y éste ha de extremar el rigor para evitar dobles inmatriculaciones, pero sin que de ello pueda colegirse una genérica obligación de los interesados de aportar en el procedimiento de inmatriculación cuanta documentación previa obre en su poder, pues la propia norma ha limitado tal exigencia al título previo al inmatriculador.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-827.pdf>

- R. 18-12-2018.- R.P. Mijas Nº 3.- **PODER OTORGADO FUERA DE ESPAÑA: JUICIO DE EQUIVALENCIA.** La cuestión que se plantea en el presente expediente hace referencia al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en Suecia que el notario español juzga suficiente para la autorización de una escritura pública, con expresión del juicio exigido en el artículo 98 de la Ley 24/2001. Conforme al artículo 10.11 del Código Civil español «(...) a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el ejercicio del poder de representación es la Ley española. Conforme a la ley que regula la obligación principal [artículos 3 del Reglamento (CE) n.º 593/2008; 10.1 y 10.11 del Código Civil], no cabe duda de que el documento público extranjero de apoderamiento, si es equivalente, formal y sustancialmente o bien susceptible de ser adecuado al ordenamiento español, produce en España el efecto requerido conforme a nuestro Derecho para la representación en la compraventa de inmuebles y para la inscripción de la adquisición de éstos en el Registro de la Propiedad. La regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos extrajudiciales generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aun cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función, y sin que sea posible en tales supuestos su adecuación mediante la actuación del notario español (artículo 57 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En cambio, la misma regla conduce a admitir, principalmente, aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, cuando no se produzca la excepción de ambos –por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2016/1191, en su ámbito de aplicación–, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad a la que se refiere la apostilla deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español. También ha puesto de relieve este Centro Directivo que este juicio de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque cuando se realiza expresamente éste para el acto o

negocio que se autoriza implica cabalmente aquél. Y que, siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquél cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente. Si el notario español autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, necesariamente deberá haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español (ex artículos 56 y 60 de la Ley de cooperación jurídica internacional). El juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene que necesariamente ser expresado en párrafo o frase gramatical separados sino que bastará la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario o funcionario autorizante, la existencia de la apostilla o legalización, y que el notario con base en las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley aplicable hiciera constar bajo su responsabilidad «que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiéndose que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares que cuanto más precisas y explícitas sean mayor será su contribución a la certidumbre y seguridad jurídicas. Por otra parte, aunque –como ha quedado expuesto– el registrador puede en su calificación disentir de la equivalencia apreciada por el notario, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1020.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.P. Eibar.- **DERECHO FORAL VASCO: LEGITIMARIOS.** Centrados en el supuesto de este expediente, el causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, lo que no se discute en la calificación, pues además así lo determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, según la cual, la vecindad civil foral vasca se entenderá automáticamente adquirida por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la entrada en vigor de esta ley por lo que la sucesión se regulará conforme a la legislación civil foral vasca; en la presente sucesión está designado un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, y siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, con la literal y rigurosa aplicación de las normas, nada puede reclamar la otra hija del causante. Por lo tanto, en este caso se ha respetado la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y se llega a la misma conclusión: hay un hijo cuya adjudicación en su condición de heredero absorbe la legítima de todos los descendientes. Así pues, se observa la normativa en cuanto al respeto de la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, ya que la legítima se salva en la persona de su hijo nombrado heredero. De la misma forma que ocurría en los supuestos resueltos por las Resoluciones de 12 de junio y 12 de julio de 2017, en el de este expediente la disposición testamentaria del causante establece que éste lega a su hija la legítima estricta que por Ley le corresponda e instituye como universal heredero de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones a su otro hijo. En primer lugar, la interpretación literal y lógica de la disposición testamentaria parece clara: «lo que por legítima estricta le corresponda», es decir que se quiere reducir al hijo a lo mínimo que por Ley le pueda corresponder. La norma vasca no atribuye derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, lo que ocurre en este expediente en el que se le reduce a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Todo esto, siempre que haya sido designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia, lo que ha ocurrido en el presente caso, por lo que se ha de concluir en que la otra hija está excluida de la herencia. En consecuencia, con una aplicación literal de la ley vasca, habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme a la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1022.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.P. Villaviciosa.- **PROCEDIMIENTO ART. 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.** El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la jurisdicción voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas. Dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente, como la oposición del colindante o la resolución del expediente de alteración catastral, que evidencian que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca propuesta por el recurrente. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al procedimiento del deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio artículo 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1024.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.P. Eivissa Nº 4.- **HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.** La cuestión no es si coincide la finca descrita en todos estos documentos administrativos mencionados y aportados junto al escrito de interposición del recurso – lugar Venda (...), número 2,598 (Sant Ferran de Ses Roques, Formentera-), con la realmente legada, lo que es indudable, sino si la finca legada en el testamento coincide con la registral que se menciona en la escritura de aceptación y adjudicación del legado – San Francisco Javier-. Con carácter previo debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, de determinados documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada es suficiente para la subsanación de los defectos

referidos, pues, con base en dicho precepto legal, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo y en la doctrina del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. En primer lugar, la vivienda legada en el testamento se halla, según el mismo, en Sant Ferran de Ses Roques de Formentera, es decir, término de San Fernando de Formentera, mientras que, la finca registral 8.260 se halla, según el historial registral de la misma, en la localidad de San Francisco Javier, así como la finca registral 2.225 de la cual procede la registral 8.260 por su segregación. Con una interpretación literal de la cláusula testamentaria –artículo 675 del Código Civil–, en función de la situación geográfica, son fincas distintas. Alega la recurrente que el testador cometió un error en cuanto a la ubicación de la vivienda al ordenar el legado, pero no corresponde al registrador, en su función calificadora, la interpretación de si el testador se equivocó o no en la redacción de su testamento. Pues bien, este Centro Directivo ha recapitulado en Resolución de 30 de abril de 2014 reiterada por la de 27 de octubre de 2016, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales de Justicia. También según doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1027.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.P. Salamanca N° 2.- **SOCIEDADES MERCANTILES: ÁMBITO DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.** Esta Dirección General no puede sostener la resolución del registrador. Actuando los dos administradores mancomunados en representación de la sociedad cedente de los dos inmuebles objeto del negocio jurídico de cesión en pago de deuda ajena, su actuación está amparada por el ordenamiento sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse entre la sociedad y los propios representantes. Es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos –sólo conocidos por el administrador–, participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar el conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociables propios del objeto social), hasta el punto de que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante. Lo establecido en el art. 161 de la LSC no modifica el ámbito de actuación del órgano de administración en relación a terceros que se relacionen con la sociedad. Como resulta del propio precepto, al remitirse al artículo 234 de la propia ley relativo al ámbito del poder de representación del órgano de administración, cualquier limitación a dicho ámbito, aún inscrita, es ineficaz frente a terceros cuya protección se extiende.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1028.pdf>

- R. 26-12-2018.- R.P. Murcia N° 3.- **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD TRAS LA SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2017.** Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro, se había operado ya la caducidad. El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones sólo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la Propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y sólo pueden cancelar (en los términos previstos en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.a del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultados del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado el registrador su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación. Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución para acudir a un proceso judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1033.pdf>

- R. 26-12-2018.- R.P. Almunia de Doña Godina.- **RENUNCIA ABDICATIVA: NECESIDAD DE UN EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA ACREDITAR LA ADQUISICIÓN A FAVOR DEL ESTADO.** Tiene declarado esta Dirección General en las distintas Resoluciones que se recogen en los vistos, que la renuncia abdicativa del dominio (causa de pérdida del mismo para su titular), es un acto dispositivo unilateral, mediante una declaración de voluntad no recepticia e irrevocable. De incidir en la esfera registral, tal acto jurídico indudablemente estará sujeto a los requisitos de forma prescritos por la legislación hipotecaria, pues de estar el inmueble inmatriculado, y dada la presunción que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, para dejar ésta sin efecto tal renuncia habrá de causar el asiento correspondiente. Este Centro Directivo ha entendido que un ordenamiento como el español, que permite la pérdida del dominio por renuncia (cfr. artículo 6.2 del Código Civil), no puede poner obstáculo a la cancelación del dominio en virtud de la escritura en que el titular registral manifiesta su voluntad de no tenerla como suya (cfr. artículos 79, 80 y 82 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 19 de enero de 1994). Esta podría tener acceso al Registro mediante un asiento de inscripción en que se haga constar la renuncia, con subsistencia de la finca como finca inmatriculada (y con sujeción a la disciplina normativa que rige la

adquisición por parte de la Administración del Estado de los bienes inmuebles vacantes, de suerte que esta adquisición se produce «ope legis», desde el momento en que se cumplen los requisitos para tal atribución –cfr. artículos 609, párrafo segundo, del Código Civil y 17 y 47.d) de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas–. La regulación sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas prevea la existencia de un expediente de investigación (artículos 47 y siguientes), «respecto de los bienes y derechos que presumiblemente sean de la titularidad de la Administración General del Estado (...)» (artículo 46.1 de la Ley). Hasta que no recaiga dicha resolución favorable no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1034.pdf>

- R. 28-12-2018.- R.P. Chiclana de la Frontera N° 1.- **EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.** Si lo que se pretendía era la constatación registral del dominio adquirido sobre una finca ya inscrita sin cumplir las exigencias comunes derivadas del principio del tracto sucesivo, debió instarse la tramitación de un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, y no un expediente de dominio para la inmatriculación de finca. Debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas. Como se ha reiterado por esta Dirección General, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos (cfr. Resoluciones de 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Las Resoluciones de 14 de abril y 10 de noviembre de 2016 matizaron esta doctrina para los casos en los que el promotor del expediente adquirió, no de todos, sino sólo de alguno o algunos de los herederos del titular registral. También debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 o 24 de marzo de 2015) que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos en que no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados. Las circunstancias que resultan de la documentación calificada, no permiten concluir que la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, pues no puede invocarse la imposibilidad de localización de los titulares registrales, y los promotores pueden lograr la inscripción de su derecho mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de elevación a público del contrato privado de compraventa, bien de manera voluntaria o mediante la declaración de voluntad emitida por el juez en sustitución de los vendedores demandados (cfr. artículos 1279 del Código Civil y 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1036.pdf>

1.1. Propiedad. *(Por Pedro Ávila Navarro)*

- R. 12-12-2018.- R.P. Felanitx N° 2.- **HIPOTECA: CONSTITUCIÓN; PERMISIVIDAD EN CUANTO A LA IMPUTACIÓN DE IMPUESTOS Y GASTOS. HIPOTECA: CONSTITUCIÓN; POSIBILIDAD DE COBRO ANTICIPADO DE INTERESES. HIPOTECA: CONSTITUCIÓN; POSIBILIDAD DE PAGOS A TERCEROS CON EL IMPORTE DEL PRÉSTAMO. HIPOTECA: CONSTITUCIÓN; REQUISITOS DE LA COMISIÓN DE APERTURA. HIPOTECA: CONSTITUCIÓN; REQUISITOS DE LA CLÁUSULA DE GASTOS.** Se trata de «una escritura de préstamo hipotecario en la que el prestamista es una persona física dedicada profesionalmente a la actividad de concesión de préstamos e inscrita en el Registro estatal a que se refiere la L. 2/30.03.2009; [...] las prestatarias e hipotecantes son dos personas físicas, y la finca hipotecada una vivienda que no constituye el domicilio habitual de las mismas; en consecuencia, es aplicable la legislación de protección de consumidores y usuarios». El registrador estima «la nulidad del préstamo hipotecario convenido por razón de su carácter usurario, concretamente por suponerse recibida por el prestatario una cantidad notablemente mayor a la verdaderamente entregada por el prestamista (art. 1.2 L. 03.07.1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios), debido a la pluralidad de cantidades retenidas por éste o efectivamente entregadas a terceras personas». Como regla general, entiende la Dirección que no toda retención de cantidades por parte del prestamista o su entrega a terceras personas supone de forma automática un supuesto de usura; «antes al contrario, la regla interpretativa debe ser la de entender como verdaderamente entregadas al prestatario todas aquellas cantidades cuya finalidad sea atender el pago de deudas pendientes del mismo, aunque se verificare directamente a favor de sus acreedores, así como las cantidades que sean invertidas en el pago de obligaciones que son propias del deudor, bien por ser el obligado legal al pago, bien por resultar así del contrato en virtud de pacto válido». Bajo esta premisa, analiza los conceptos cuestionados: –Cobro anticipado de los intereses ordinarios. Siguiendo la S. 02.12.2014, se concluye que «ese cobro anticipado ni constituye en sí mismo una práctica ilícita, ni tampoco implica sin más que deba entenderse como recibida una cantidad inferior a la manifestada; [...] no existe ninguna norma o interpretación jurisprudencial que proscriba de forma objetiva y automática el pago de los intereses por adelantado»; incluso es inherente a algún sistema de amortización, como el francés de cuotas constantes, en el que en cada cuota hay proporciones distintas de capital y de intereses. –Retenciones del importe del préstamo: coste de la intermediación y pagos a terceros. Sigue en esta materia a las R. 22.07.2015, R. 07.04.2016 y R. 19.07.2018, en el sentido de que el pago de los costes de intermediación constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor, distinto del contrato de préstamo hipotecario; y lo mismo la cláusula de «pagos a terceros», incluido el pago del saldo deudor para la cancelación de las hipotecas que gravan el inmueble, que responden a una orden de pagos del propio prestatario a la entidad acreedora; el importe de todos estos conceptos debe entenderse como efectivamente entregado al prestatario. –Comisión de apertura. Según la escritura, la comisión se entrega a un tercero y, aunque se dice que fue un error y en rectificación posterior se indica que no ha sido ese el motivo de la entrega, no se señala uno concreto que responda a una obligación del deudor. Los arts. 3 y 16 O. EHA/2899/28.10.2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, admiten las comisiones de las entidades acreedoras por servicios solicitados o aceptados por el cliente, siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, y siempre que se informe al consumidor en la preceptiva «ficha de información personalizada» o en la «oferta vinculante»; en este caso no consta como pactada ni en la oferta

vinculante ni en la escritura de préstamo hipotecario, y además se dice percibida por una tercera persona; por lo que para la inscripción es necesario que se aclare en qué concepto recibió la tercera persona, o que se entregue efectivamente al prestatario; y en cualquier caso, dados los efectos de nulidad radical y originaria anudados a la usura, se requerirá el consentimiento expreso del prestatario en favor del mantenimiento de la operación. –Gastos asociados al préstamo hipotecario. Se entrega una cantidad al gestor para gastos relativos a la formalización de la operación «(AJD, notaría, registro, etc.)», que se pactan a cargo del prestatario. También deberá rechazarse la inscripción de la hipoteca si no se aclara que «el pago realizado lo es en concepto de ‘provisión de fondos’ y, además, que sólo cubrirá la parte de los respectivos gastos que legalmente fueran de cuenta del consumidor, excluyendo los gastos inimputables al mismo (como, por ejemplo, los registrales) que, en su caso, deberían devolverse al prestatario». En cuanto a la imputación de estos gastos, se reitera la doctrina de la R. 19.07.2018. R. 12.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Felanitx-2) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-87.pdf>

- R. 12-12-2018.- R.P. Vitoria N° 5.- **HERENCIA: POSIBILIDAD DE PROCEDIMIENTO CONTRA DESCONOCIDOS HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL. DOCUMENTO JUDICIAL: POSIBILIDAD DE PROCEDIMIENTO CONTRA DESCONOCIDOS HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL.** Se trata de «un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a los herederos desconocidos e inciertos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente». La Dirección reitera la doctrina de otras resoluciones anteriores (ver R. 04.10.2016 o R. 20.07.2018, y matizaciones de las R. 25.04.2017, R. 09.07.2018 y R. 15.11.2018), en el sentido de que «el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en un trámite excesivamente gravoso, debiendo limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente»; pero en el caso concreto «el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales», por lo que se confirma el defecto impugnado. R. 12.12.2018 (Caja Laboral Popular, S.C.C., contra Registro de la Propiedad de Vitoria-5) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-88.pdf>

- R. 12-12-2018.- R.P. Benidorm N° 3.- **HERENCIA: LA PARTICIÓN CONSENTIDA EN PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN NECESITA APROBACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN.** La Dirección reitera una vez más que «en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del art. 787.2 LEC (cfr. R. 09.12.2010)». Además de la resolución citada pueden verse otras en el mismo sentido; la última, R. 29.11.2018. R. 12.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Benidorm-3) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-89.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.P. Ronda.- **OBRA NUEVA: LA DECLARACIÓN POR ANTIGÜEDAD NO REQUIERE PRUEBA DE QUE NO SE TRATE DE SUELO DE ESPECIAL PROTECCIÓN.** Se discute si para inscribir una obra por antigüedad conforme al art. 28.4 RDLeg. 7/30.10.2015, texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, acreditada por certificación técnica la antigüedad suficiente para la prescripción de la acción administrativa, es necesario acreditar por certificación administrativa que la finca rústica en que se ha construido la edificación no es suelo de especial protección (el registrador invoca el art. 185 L. 7/17.12.2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía). La Dirección, tras repetir su doctrina sobre la competencia de las normas estatales para establecer los requisitos de la inscripción (por ejemplo, R. 29.10.2012) y sobre las dos vías para lograr la inscripción de la obra nueva (pfos. 1 y 4 art. 28 RDLeg. 7/2015), dice que la exigencia de la nota de calificación (acreditación de no tratarse de suelo no urbanizable de especial protección) no se encuentra entre los requisitos expresamente establecidos por la ley, y «sólo puede considerarse justificada cuando de la consulta de los distintos medios de calificación de que dispone legalmente el registrador, pueda resultar la incidencia de estas circunstancias impositivas, siempre que lo exponga motivadamente en la nota de calificación y sin prejuzgar la competencia administrativa en la materia»; precisamente «dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluyen, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión». R. 13.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Ronda) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-91.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.P. San Sebastián de la Gomera.- **OBRA NUEVA: NO PUEDE INSCRIBIRSE CON LICENCIA POR SILENCIO POSITIVO.** Se declara la obra nueva de un edificio y asevera el otorgante que la licencia municipal debe entenderse obtenida por silencio administrativo positivo. La registradora sostiene que no cabe entender concedida por silencio administrativo positivo la licencia de obras, pues la legislación tanto estatal como canaria lo excluye expresamente. Y efectivamente, siguiendo la doctrina de la S. 28.01.2009 y el antecedente de la Ley de 2008, el art. 11 RDLeg. 7/30.10.2015, texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, establece que *en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*; y el art. 344 L. 4/13.07.2017, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, al considerar desestimada la solicitud *en los supuestos de silencio negativo que se contemplen, con carácter de normativa básica, en la legislación estatal sobre suelo que resulte aplicable*; la primera de estas normas es anterior a la solicitud en el caso concreto; y aunque la segunda sea posterior, no es sino acomodación a la legislación estatal; y aunque no fuera así, «tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción». R. 13.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de San Sebastián de La Gomera) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-92.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.P. Valencia Nº 10.- **HIPOTECA: SUJECCIÓN A LA L. 2/2009 DE LA CONTRATADA PROFESIONALMENTE EN FAVOR DE CONSUMIDORES.** Reitera la doctrina de las R. 04.02.2015, R. 13.07.2015, R. 28.07.2015, R. 14.07.2017 y R. 26.07.2017. «La única cuestión que se plantea en el presente recurso consiste en determinar las condiciones que deben reunir los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la L. 2/31.02.2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y, en consecuencia, determinar la exigibilidad, en caso de ser aplicable dicha ley, de los requisitos de la inscripción en el Registro Público previsto en su art. 3, y la suscripción del seguro de responsabilidad civil o la constitución del aval bancario impuestos por el art. 7, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente supuesto de hecho»: carácter de consumidor de la deudora, de vivienda habitual de la finca hipotecada, y finalidad o destino del préstamo a una refinanciación de un préstamo anterior con objeto de evitar su eventual ejecución, claramente ajeno a toda actividad profesional o empresarial. «Respecto a la difícil cuestión de cuántos créditos o préstamos son necesarios otorgar para entender que existe una real habitualidad o reiteración en la concesión de préstamos y para hacer aplicable la L. 2/2009, la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente»; y en cuanto a «la mera afirmación de la recurrente de que el préstamo hipotecario ahora debatido fue concedido por razón de amistad entre las contratantes, desnuda de cualquier principio de prueba que la avale, no puede tener valor probatorio por sí misma conforme al principio tradicional en nuestro Derecho de que la confesión sólo hace prueba contra su autor, no a su favor (cfr. arts. 316.1 LEC y 1232 de la redacción original del Código civil)». R. 13.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Valencia-10) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-93.pdf>

- R. 14-12-2018.- R.P. Llíria.- **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NO PUEDE INSCRIBIRSE LA SENTENCIA EN JUICIO SEGUIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de las R. 18.11.2014, R. 27.06.2017, R. 29.10.2018 y otras muchas (art. 20 LH). Vuelve a explicar que, «como se deduce del art. 222.2 LEC, los efectos de una sentencia solo alcanzan a las partes del proceso en que se haya dictado la y a sus herederos y causahabientes. Los adquirentes que han inscrito su titularidad en el Registro con posterioridad solo se verán afectados por la sentencia, y podrá cancelarse su inscripción como consecuencia de dicha sentencia, si han sido oportunamente demandados en el procedimiento o si la demanda había sido objeto de anotación preventiva en el Registro antes de que inscribieran su respectivo derecho». R. 14.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Llíria) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-94.pdf>

- R. 7-11-2018.- R.P. Escalona.- **INMATRICULACIÓN: CABE ACREDITAR LA ADQUISICIÓN ANTERIOR EN UN AÑO POR UN TÍTULO DE MENOR ANTIGÜEDAD. INMATRICULACIÓN: EN LA INMATRICULACIÓN POR DOBLE TÍTULO DE ART. 205 LH NO ES NECESARIO ACREDITAR LA TITULARIDAD DEL PRIMER TRANSMITENTE. INMATRICULACIÓN: NO TIENE QUE JUSTIFICARSE MÁS ALLÁ DE LOS DOS TÍTULOS SUCESIVOS INMATRICULADORES.** «Constituye el objeto de este recurso decidir si procede la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de donación, aportándose como título previo escritura de adjudicación de herencia». La Dirección, siguiendo la línea de las R. 19.11.2015, R. 04.05.2016 y R. 27.06.2016, reitera en el sentido indicado la doctrina de las R. 18.04.2018, R. 25.07.2018 y R. 05.09.2018 sobre la antigüedad de la adquisición y la antigüedad del título; también por que no es necesario justificar la adquisición por el primer transmitente, «requisito que de ser exigido implicaría la necesidad de acreditar tres títulos diferentes en el procedimiento de inmatriculación, más allá de lo previsto en la propia redacción del art. 205 LH; y sin que cambie esta doctrina la existencia de una diferente titularidad catastral como señala el registrador, ya que el Catastro es una institución cuya finalidad no es la publicidad a efectos jurídicos de las titularidades de inmuebles». También se reitera la doctrina de que basta con acreditar los dos títulos sucesivos y que «es cierto que la labor del registrador en la búsqueda de la posible constancia previa de la finca que ahora se pretende inmatricular debe ser exhaustiva y éste ha de extremar el rigor para evitar dobles inmatriculaciones, pero sin que de ello pueda colegirse una genérica obligación de los interesados de aportar en el procedimiento de inmatriculación cuanta documentación previa obre en su poder, pues la propia norma ha limitado tal exigencia al título previo al inmatriculador». La Dirección trató por primera vez la inmatriculación por doble título a la luz de la reforma del art. 205 LH por L. 13/2015 en la R. 19.11.2015 (ver su comentario). R. 07.11.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Escalona) (BOE 24.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-827.pdf>

- R. 18-12-2018.- R.P. Mijas Nº 3.- **REPRESENTACIÓN: EL JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA IMPLICA EL DE EQUIVALENCIA DEL PODER EXTRANJERO.** «La cuestión que se plantea en el presente expediente hace referencia al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en Suecia que el notario español juzga suficiente para la autorización de una escritura pública, con expresión del juicio exigido en el art. 98 L. 24/27.12.2001». El registrador objeta que la notaría sueca se limita únicamente a legitimar firmas, no siendo equivalentes sus funciones a las que desempeña el notario español. Como premisa inicial, la Dirección reitera, con la R. 14.09.2016, que, según el art. 1.2.g Rto. UE 593/17.06.2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no resulta aplicable ese Reglamento, sino la Ley española, en la que el art. 1280.5 C.c. exige documento público para esta clase de poder y, por tanto, «el título [extranjero] representativo en virtud del que se comparece ante el notario español ha de ser equivalente al documento público español», es decir, «autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante dé fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (vid. los arts. 56 –respecto de la «ejecución de documentos públicos extranjeros»– y 60 –«inscripción de documentos públicos extranjeros»– L. 29/30.07.2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil)». Ahora bien, «la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada; [...] en el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente, y sin que ello signifique que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación». Ciertamente, «este juicio de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del art. 98 L. 24/2001, aunque cuando se realiza

expresamente éste para el acto o negocio que se autoriza implica cabalmente aquél, [...] de lo contrario no sería suficiente; [...] y si, aunque el registrador puede en su calificación disentir de la equivalencia apreciada por el notario, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo». Sobre la justificación de la representación ante el notario e interpretación del art. 98 L. 24/27.12.2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, hay doctrina de la Dirección bastante consolidada; puede verse una recapitulación en comentarios a la R. 02.12.2010. En esta resolución de 2018 la Dirección trata de hacer una diferencia entre documentos otorgados en el extranjero, según sean directamente inscribibles en el Registro, en cuyo caso resulta exigible, según el art. 60 L. 29/2015, que «la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas», y los poderes, que «no son, en sí mismos, objeto de inscripción» y a los que no se les aplicaría el rigor de aquel precepto; la distinción parece insostenible, puesto que la falta de identificación del compareciente o la apreciación de su capacidad es tan grave la compraventa como en el poder para vender; cierto que, apreciada la suficiencia del poder por el notario, el registrador no puede cuestionarla sin una «motivación expresa, adecuada y suficiente» sobre el Derecho extranjero; pero es que para distinguir un poder «equivalente» de una simple legitimación de firma no es necesario ser un experto en el Derecho extranjero de que se trate: basta con comprobar si hay juicio de identidad y de capacidad; el registrador citaba un informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado del Colegio de Registradores según el cual «las funciones notariales del notario sueco no son equivalentes a las funciones notariales del notario español»; informe que, según la Dirección, «carece de valor alguno a efectos de este expediente»; pero es que para distinguir un poder «equivalente» de una simple legitimación de firma no es necesario un conocimiento profundo del Derecho extranjero de que se trate: basta con comprobar si hay juicio de identidad y de capacidad. R. 18.12.2018 (Notario José Ordóñez Cuadros contra Registro de la Propiedad de Mijas-3) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1020.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.P. Eibar.- **HERENCIA: LEGÍTIMA GLOBAL Y APARTAMIENTO TÁCITO EN EL DERECHO CIVIL VASCO.** Se trata de una escritura de adjudicación de herencia de un causante de vecindad civil vasca, si bien al tiempo de otorgar testamento tenía vecindad común; en el testamento instituía heredero a un hijo y legaba a una hija su legítima estricta; el hijo, por sí solo, se adjudica la herencia. «La registradora señala que la interpretación del testamento es que se adjudique a la hija la legítima estricta que le corresponde y que conforme a la ley vasca es la de su participación en un tercio de la herencia». Pero la Dirección, en la línea de las R. 12.06.2017 y R. 12.07.2017, entiende que la expresión «lo que por legítima estricta le corresponda» indica que se quiere reducir a la hija a lo mínimo que por ley le pueda corresponder; y, «siendo que, conforme el art. 9.8 C.c., las disposiciones hechas en testamento conforme la ley personal del causante al tiempo del otorgamiento conservan su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última, será de aplicación la normativa vasca de las legítimas y a lo mínimo exigido por esa legislación se deberá atender: [...] está designado un heredero que es hijo y que absorbe la legítima [colectiva] de todos los descendientes, preteridos o no» (ver art. 48 L. 5/25.06.2015, de Derecho Civil Vasco, que no exige que conste la voluntad expresa de apartar). Dos son las claves de la resolución: el carácter colectivo de la legítima de los descendientes, que se puede atribuir a cualquiera de ellos, y la posibilidad de apartamiento incluso tácito; según el art. 48.2 L. 5/25.06.2015, *El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita.* R. 20.12.2018 (Notaria María-Dolores García Aranaz contra Registro de la Propiedad de Eibar) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1022.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.P. Villaviciosa.- **DESCRIPCIÓN DE LA FINCA: DUDAS JUSTIFICADAS SOBRE IDENTIDAD DE LA FINCA.** «Debe decidirse en este expediente si es inscribible una representación gráfica alternativa a la catastral. Una vez tramitado el procedimiento del art. 199 LH, la registradora suspende la inscripción porque considera que la representación gráfica que se pretende inscribir coincide con otra finca registral; a lo cual cabe añadir la oposición formulada en el procedimiento por el titular colindante». Dice la Dirección que «resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas; dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente, como la oposición del colindante o la resolución del expediente de alteración catastral, que evidencian que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca propuesta por el recurrente». La Dirección reitera además la doctrina de las R. 06.02.2018, sobre el valor del informe de validación catastral que se aporta, y R. 19.07.2016, sobre el objeto de la intervención de los titulares colindantes. R. 20.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Villaviciosa) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1024.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.P. Eivissa N° 4.- **HERENCIA: LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO CORRESPONDE A TODOS LOS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN.** Se trata de una escritura en la que la legataria, por sí sola y en ejercicio de la facultad concedida en el testamento, se adjudica la finca legada. Pero, como señala la calificación registral, es dudoso que la finca legada en el testamento coincida con la adjudicada: se describen como sitas en distintos términos municipales (aunque esto podría salvarse con los documentos catastrales y municipales aportados), pero además el testador sólo lega su vivienda mientras que la legataria se adjudica una finca rústica en la que hay una vivienda (por lo que podría considerarse necesaria la segregación de la vivienda o, si no es posible segregar, la constitución de un derecho real que facilite la entrega del legado de cosa específica). La Dirección reitera en el sentido indicado la doctrina de las R. 30.04.2014 y R. 27.10.2016: «Serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales de Justicia; [...] en algunos casos, matizados y perfilados asimismo jurisprudencialmente, podrá también el albacea, máxime si en él, además, confluye la condición de contador-partidor, interpretar la voluntad del testador». Las R. 30.04.2014 y R. 27.10.2016 se refieren a casos concretos de interpretación testamentaria a la que se llama a todos los interesados en la sucesión; ver también la R. 11.06.2018. En cuanto a la interpretación por el albacea, ver R. 26.05.2016. Sobre la interpretación técnica del testamento notarial pueden verse, además de las citadas, las R. 29.06.2015, R. 26.05.2016,

R. 20.07.2017, R. 16.03.2018 (interpretación por el propio notario autorizante) y R. 21.03.2018. R. 21.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de Eivissa-4) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1027.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.P. Salamanca Nº 2.- **SOCIEDAD LIMITADA: REPRESENTACIÓN: INEFICACIA DE LAS LIMITACIONES DE LA JUNTA AL PODER DE LOS ADMINISTRADORES.** Los administradores mancomunados de una sociedad, actuando como tales y en ejecución de acuerdo de la junta general, hacen una cesión para pago de deudas en favor de otra sociedad. «A juicio del registrador el negocio llevado a efecto es distinto al adoptado en el acuerdo de la junta general». La Dirección estima el recurso, porque, «actuando los dos administradores mancomunados en representación de la sociedad cedente, [...] su actuación está amparada por el ordenamiento, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse entre la sociedad y los propios representantes»; así resulta de los arts. 234 LSC y 10 Dir. UE 101/16.09.2009; y, si bien, el art. 161 LSC permite a la junta impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización ciertos actos, lo hace *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234. La Dirección se fundamenta en una reiterada doctrina, que repasa brevemente: con la R. 17.09.2015, recuerda que «para los actos comprendidos en el objeto social, son ineficaces frente a terceros las limitaciones impuestas a las facultades de representación de los administradores, aunque están inscritas en el Registro Mercantil» (art. 234 LSC); y con la R. 11.11.1991, que «es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquél y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos –sólo conocidos por el administrador–, participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar el conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociables propios del objeto social), hasta el punto de que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante, siendo doctrina consagrada en la jurisprudencia y en las resoluciones de este Centro Directivo (vid. S. 14.05.1984, S. 24.11.1989 y R. 01.07.1976, R. 02.10.1981, R. 31.03.1986 y R. 12.05.1989) la de incluir en el ámbito del poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes (como la constitución de garantías en seguridad de deudas ajenas), y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los actos contradictorios o denegatorios del objeto social». La novedad en esta R. 21.12.2018 está en la interpretación conjunta con la norma del art. 161 LSC, que fue introducida por la L. 31/03.12.2014 (modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo), y «tiene la expresa finalidad, en relación con la junta general, de reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial». R. 21.12.2018 (Carpintería Hermanos Jiménez Iglesias, S.L., contra Registro de la Propiedad de Salamanca-2) (BOE 28.01.2019).*

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1028.pdf>

- R. 26-12-2018.- R.P. Murcia Nº 3.- **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: LA CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN TIENE EFECTOS ABSOLUTOS Y HACE PERDER EL RANGO REGISTRAL.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de muchas otras resoluciones, en un caso idéntico al de las R. 25.06.2015, R. 16.10.2015, R. 13.11.2015 y R. 19.11.2015: Denegación de la cancelación de cargas posteriores decretada en la ejecución de un embargo cuya anotación había caducado. Sobre esta cuestión de los efectos de la caducidad de la anotación preventiva debe verse R. 09.04.2018 (Consulta vinculante del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles) (BOE 30.04.2018), que analiza las dudas planteadas tras algunas sentencias Tribunal Supremo (en particular, la S. 07.07.2017); ver en comentarios a la R. 08.10.2017. Y sobre la responsabilidad por la caducidad, ver S. 29.05.2017, que se resume en el mismo comentario. R. 26.12.2018 (Buildingcenter, S.A., contra Registro de la Propiedad de Murcia-3) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1033.pdf>

- R. 26-12-2018.- R.P. Almunia de Doña Godina.- **ACTOS INSCRIBIBLES: LA INSCRIPCIÓN DE LA RENUNCIA ABDICATIVA CON ADQUISICIÓN POR EL ESTADO REQUIERE DE UN EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN.** Se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la renuncia abdicativa del dominio. Frente a la opinión del recurrente, que defiende la inmediata inscripción en favor del Estado, el registrador objeta, y la Dirección confirma, que no se acredita el expediente administrativo de investigación, de conformidad con la legislación sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas. En efecto, la adquisición por el Estado se produce por ministerio de la ley desde el momento en que se cumplen los requisitos para tal atribución (ver arts. 609.2 C.c. y 17 y 47.d L. 33/03.11.2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), pero entre esos requisitos están el respeto a los derechos de tercero (puede incluso haber terceros a quienes acrezca la porción renunciada, ver R. 19.10.2018) y a que no exista poseedor en concepto de dueño, y puede que los renunciantes resulten no ser los titulares civiles del dominio; de aquí que se prevea un expediente de investigación (arts. 47 y ss. L. 33/2003), y «hasta que no recaiga dicha resolución favorable no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad». R. 26.12.2018 (Particular contra Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1034.pdf>

- R. 28-12-2018.- R.P. Chiclana de la Frontera Nº 1.- **REANUDACIÓN DEL TRACTO: NO PUEDE PRACTICARSE POR EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN. REANUDACIÓN DEL TRACTO: NO PROCEDE EL EXPEDIENTE CUANDO NO HAY RUPTURA DEL TRACTO Y SE TRAE CAUSA DEL TITULAR REGISTRAL.** Con relación al un expediente judicial de inmatriculación tramitado conforme a la legislación anterior a la actual (disp. trans. única L. 13/2015): La Dirección reitera que el expediente de dominio para inmatriculación carece de virtualidad para reanudar el tracto interrumpido cuando resulta que la finca está inmatriculada, «no solo por responder a presupuestos y finalidades distintas, sino también por estar sujeto a reglas y requisitos específicas que no resultan cumplidas con el expediente inmatriculador» (ver R. 09.03.2004 y R. 01.04.2013). Y reitera también que «no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquieren del titular registral o de sus herederos (cfr. R. 18.03.2000, R. 17.02.2012, R. 02.10.2014 y R. 23.10.2014)» ver actualmente el art. 208 LH, que eleva la objeción a rango legal. R. 28.12.2018 (Particular contra

1.2. Mercantil. (Por Ana del Valle Hernández)

- R. 10-12-2018.- R.M. Ciudad Real.- **CUENTAS. AUDITOR INSCRITO. NECESIDAD DE INFORME.** Se trata de una sociedad con auditor designado para verificar las cuentas de tres ejercicios por estar obligada a ello durante los dos primeros pero que deja de estarlo en el último. Constando inscrito auditor no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no vienen acompañadas del oportuno informe, al no haberse procedido a la revocación del nombramiento. Del mismo modo que es responsabilidad de la junta la designación de auditor cuando se dan los requisitos que señala el art 263 de la LSC, debe ser la propia junta la que revoque su nombramiento si deja de cumplirlos y esa es su voluntad. En este caso bastaría con presentar, junto con las cuentas, la certificación del acuerdo de la junta por el que se revoca la designación para el ejercicio en cuestión.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-85.pdf>

- R. 11-12-2018.- R.M. Madrid N° XX.- **CUENTAS. EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN.** Constando en el Registro Mercantil que la forma de administración es la de dos administradores mancomunados, no cabe efectuar el depósito si la certificación no viene expedida por ambos, dada la presunción de exactitud que establece el art. 20.1 del Código de Comercio. En este caso se señala que existe un acta – que recoge el cese de esos administradores y el nombramiento como único de uno de ellos – presentada, calificada y pendiente de recurso. Habrá que esperar entonces al resultado de ese recurso.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-86.pdf>

- R. 12-12-2018.- R.M. Valencia N° I.- **ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN. CONSEJERO DELEGADO. CONTRATO.** Reitera el contenido de la Resolución de 8-11-2018 al referirse a un supuesto análogo. El caso trata de un acuerdo de nombramiento de consejero delegado expresando que se ha celebrado y aprobado el contrato a que se refiere el artículo 249 de la Ley de sociedades de Capital, mientras que de los estatutos resulta que el cargo de administrador no es retribuido. La Resolución analiza, como ya hizo en la reciente de 31 de octubre, la cuestión de la retribución de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014; la interpretación que de ella hizo la doctrina mayoritaria, coincidente con la del propio Centro Directivo; y lo declarado posteriormente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 2018, señalando que ésta se aparta de lo que venía siendo el criterio mayoritario y que, por otra parte, es la única que ha recaído en ese sentido. Hace hincapié en la diferencia entre la redacción de la cláusula estatutaria que motiva el recurso ahora resuelto y aquella sobre la que se pronunció el TS que, a diferencia de aquella, excluía categóricamente toda reserva estatutaria y la competencia de la junta respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos. Por ello, señala que en la Resolución de 31 de octubre la Dirección consideró inscribible una cláusula que no incluía mención alguna contradiciendo la eventual reserva estatutaria ni negando la competencia de la junta para delimitar algunos elementos de su cuantificación. Señala la resolución que el artículo 249 establece la obligación de celebrar el contrato entre el consejero con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga, con base en la autonomía de la voluntad, que esas funciones se realicen gratuitamente, pues el contrato puede regular otros extremos como cláusulas de permanencia, consecuencias del cese en el cargo etc, sin que deba presuponerse que el cargo es retribuido. También señala que aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la STS no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competiría al registrador apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-90.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.M. Valencia N° II.- **RECURSO. ASIENTOS PRACTICADOS.** Constando inscrito en el Registro un acuerdo de cese y nombramiento de administrador único, no cabe inscribir una escritura de renuncia a dicho cargo mientras persista la inscripción contradictoria. La pretensión del recurrente de que se deje sin efecto la inscripción practicada por carecer de valor jurídico en base a una serie de argumentos alegados no puede ser objeto del recurso, que sólo cabe contra la calificación negativa del Registrador. Los asientos practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales, que son los únicos que pueden declarar la nulidad de un asiento en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-828.pdf>

- R. 19-12-2018.- R.M. Barcelona N° VI.- **LIQUIDACION. ACREEDORES. DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA. CONCURSO.** Del balance de liquidación de una sociedad resulta que no existe activo que liquidar y en la escritura de elevación a público de los acuerdos se expresa que la sociedad no tiene acreedores. El la hoja social consta inscrita declaración de insolvencia en virtud de mandamiento del Juzgado de lo Social. Señala la Resolución que la finalidad de esta declaración de insolvencia es permitir que el Fondo de Garantía Salarial se haga cargo de las deudas salariales pendientes de pago y la de su publicidad registral, la difusión de una situación patrimonial para terceros que puedan iniciar relaciones con la sociedad y para los acreedores de modo que les permita solicitar la declaración de concurso. Y recoge el último criterio sostenido en las Resoluciones de 1 y 22 de agosto de 2016 en el sentido de que, en caso de improcedencia de la declaración de concurso, no se puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral de una sociedad disuelta y con las operaciones de liquidación realizadas y, por otra parte, las normas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención de los acreedores. La cancelación de asientos no priva al acreedor de protección ya que puede iniciar determinados procedimientos. A efectos de la cancelación de los asientos registrales debe admitirse la manifestación que sobre la inexistencia de activo y sobre la existencia de acreedores realice el liquidador bajo su

responsabilidad, confirmada con el contenido del balance aprobado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1021.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.M. Madrid N° VII.- **RECURSO. OBJETO.** El objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido, tanto por la documentación presentada, como por el contenido de la calificación negativa del registrador, sin que pueda la recurrente en el escrito de recurso introducir nuevos elementos que no se han hecho constar en el título presentado o no se refieran directamente al defecto expresado en dicha calificación.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1023.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.M. Córdoba.- **CUENTAS. AUDITOR INSCRITO. NECESIDAD DE INFORME.** Constando inscrito auditor no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no vienen acompañadas del oportuno informe, al no haberse procedido a la revocación del nombramiento. Del mismo modo que es responsabilidad de la junta la designación de auditor cuando se dan los requisitos que señala el art 263 de la LSC, debe ser la propia junta la que revoque su nombramiento si deja de cumplirlos y esa es su voluntad. En este caso bastaría con presentar, junto con las cuentas, la certificación del acuerdo de la junta por el que se revoca la designación para el ejercicio en cuestión. Distinto fue el supuesto examinado por la Resolución de 15 de diciembre de 2016, puesto que en aquel caso constaba en el asiento pertinente en la hoja social que el nombramiento era “para aquellos ejercicios en que la auditoría resulte obligatoria por la normativa vigente”.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1025.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.M. Madrid N° XVIII.- **CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO.** No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1026.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.M. Madrid N° XXII.- **CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO. CALIFICACION. NOTIFICACIÓN.** No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores. Si el recurrente considera que en la notificación de una calificación negativa relativa a las cuentas anuales de un ejercicio anterior concurren circunstancias de las que puedan derivarse responsabilidades para el registrador, debe hacerlo valer en el procedimiento legalmente previsto, no en el recurso ahora planteado.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1029.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.M. Madrid N° XVII.- **CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO.** No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1031.pdf>

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1032.pdf>

1.2. Mercantil. *(Por Pedro Ávila Navarro)*

- R. 10-12-2018.- R.M. Ciudad Real.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: ES NECESARIA LA AUDITORÍA SI CONSTA INSCRITO AUDITOR NOMBRADO VOLUNTARIAMENTE.** El art. 279 LSC, recogiendo una reiterada doctrina de la Dirección General, exige la aportación con las cuentas del informe del auditor siempre que su cargo conste inscrito en el Registro Mercantil, cualquiera que sea la causa de la que derive la inscripción, y aunque su nombramiento hubiera sido voluntario y la sociedad no esté obligada al nombramiento; aunque podría enervarse esta obligación presentando en el Registro Mercantil, junto a las cuentas, la certificación del acuerdo de la junta general por el que se revoca la designación del auditor. R. 10.12.2018 (Consolaciones, S.L., contra Registro Mercantil de Ciudad Real) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-85.pdf>

- R. 11-12-2018.- R.M. Madrid N° XX.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: DEBEN ESTAR FIRMADAS POR QUIEN RESULTA ADMINISTRADOR SEGÚN EL REGISTRO.** Presentadas a depósito las cuentas anuales de una sociedad, resulta que la certificación de los acuerdos de aprobación está expedida por un solo administrador, mientras que según el Registro el órgano de administración es el de dos administradores mancomunados. El recurrente afirma que con anterioridad y en junta general había sido designado administrador único, como resulta de la documentación que se encuentra presentada, calificada negativamente y recurrida. Dice la Dirección que es imposible llevar a cabo el depósito en tales circunstancias, dada la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro de los arts. 20.1 C. de c. y 7.1 RRM. R. 11.12.2018 (Tecnorecidos R3, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-86.pdf>

- R. 12-12-2018.- R.M. Valencia N° I.- **SOCIEDAD ANÓNIMA: ADMINISTRACIÓN: LA REMUNERACIÓN DE CONSEJEROS EJECUTIVOS SE DETALLA EN EL CONTRATO CON EL CONSEJO. SOCIEDAD ANÓNIMA: ADMINISTRACIÓN: REMUNERACIÓN DE CONSEJEROS EJECUTIVOS, ESTATUTOS Y CONTRATO CON EL CONSEJO, S. 26.02.2018.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 30.07.2015 sobre la interpretación conjunta o separada de los arts. 217 a 219 LSC, art. 249 LSC y arts. 529 sexdecies a 529 novodecies LSC. Ver también R. 05.11.2015, R. 17.06.2016 y R. 08.11.2018 (esta, literalmente igual), y sus comentarios. R. 12.12.2018 (Notario Ubaldo Nieto Carol contra Registro Mercantil de Valencia) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-90.pdf>

- R. 13-12-2018.- R.M. Valencia Nº II.- **RECURSO GUBERNATIVO: SOLO PROCEDE CONTRA LA NOTA DE SUSPENSIÓN O DENEGACIÓN, NO CUANDO SE PRACTICA EL ASIENTO.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de anteriores resoluciones (ver, por ejemplo, R. 20.07.2016, R. 15.09.2016, R. 04.09.2018, R. 13.09.2018, R. 24.10.2018, R. 30.11.2018). En este caso se pretendía la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura pública de renuncia al cargo de administrador único. La registradora no practicaba la inscripción por resultar del Registro que dicho cargo ya había sido cesado como consecuencia de la presentación de una escritura de cese y nombramiento de administrador único. El recurrente entendía que la junta en la que se acordó su cese y el nombramiento de una nueva administradora única no era conforme a derecho, por lo que se solicitaba se dejara sin efecto y se inscribiera la renuncia presentada. La Dirección aplica en el Registro Mercantil una doctrina largamente consolidada en el de la Propiedad. El nombramiento del nuevo administrador se había hecho siguiendo los trámites del art. 111 RRM; y «rogada la inscripción de cese de un administrador único en virtud de certificación expedida por la nueva administradora, practicada la notificación a que se refiere el art. 111 RRM y transcurrido el plazo de quince días que este proporciona para que el anterior administrador se oponga si acredita la falta de autenticidad de dicho nombramiento, la inscripción se practica y desvuelve todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico en virtud de la presunción de validez y exactitud proclamada por el art. 20.1 C. de c.: *El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad*; como resulta del art. 10.1 RRM, *inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él*; constando inscrito el cese del administrador en virtud de un título distinto al que ha sido objeto de calificación, no procede sino el rechazo de su inscripción mientras persista la inscripción contradictoria».

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/24/pdfs/BOE-A-2019-828.pdf>

- R. 19-12-2018.- R.M. Barcelona Nº VI.- **SOCIEDAD LIMITADA: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN: SE PUEDE INSCRIBIR LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD EN SITUACIÓN DE INSOLVENCIA.** Se trata de una escritura de disolución y extinción de sociedad, en la que se declara que no tiene acreedores ni deudores y no existe haber partible. El registrador suspende la inscripción porque en la hoja abierta a la sociedad consta inscrita declaración de insolvencia en el procedimiento laboral, que considera contradictoria con la inexistencia de acreedores. Pero dice la Dirección que, si bien las R. 02.07.2012 y R. 04.10.2012 sostuvieron que «cuando no hay haber social con el que satisfacer a los acreedores, el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad es el concurso de acreedores, con independencia de que exista una pluralidad de acreedores o que las deudas de la sociedad las ostente un único acreedor», este criterio no puede ser mantenido, porque «en casos en que la improcedencia de la declaración de concurso sea judicialmente declarada, no se puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral», y porque las normas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal «no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención de los acreedores», ni exigen que para la cancelación registral de la hoja de una sociedad concursada sea necesaria una resolución judicial en el procedimiento concursal; además de que esa cancelación no perjudica a los acreedores, que, «al margen del procedimiento concursal, pueden iniciar un procedimiento de ejecución singular contra la sociedad y contra los socios, administradores o liquidadores si la falta de pago de la deuda por la sociedad es a ellos imputable, mediante el ejercicio de la acción individual de responsabilidad (cfr. arts. 397 a 400 LSC), con posibilidad de ejercitar las acciones previstas para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291.3 C.c.) o la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 C.c.)»; y «el hecho de que conste la declaración de insolvencia en el procedimiento laboral no significa que existan acreedores sociales, pues, si los únicos que existían en el momento de esa declaración de insolvencia son los trabajadores, estos créditos han sido asumidos por el Fondo de Garantía Salarial»; y, «si no existe activo patrimonial carece de sentido la declaración de concurso». Ver resoluciones citadas y sus comentarios. La Dirección cita también sus R. 29.04.2011, R. 01.08.2016 y R. 22.08.2016, según las cuales, «no existe norma alguna que supedita la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso»; y la R. 13.04.2000, que dice que, «si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad». R. 19.12.2018 (Computadores, Programas y Sistemas, S.L., contra Registro Mercantil de Barcelona) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1021.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.M. Madrid Nº VII.- **RECURSO GUBERNATIVO: SOLO PROCEDE CONTRA LA NOTA DE SUSPENSIÓN O DENEGACIÓN, NO CUANDO SE PRACTICA EL ASIENTO.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de anteriores resoluciones (ver, por ejemplo, R. 20.07.2016, R. 15.09.2016, R. 04.09.2018, R. 13.09.2018, R. 24.10.2018, R. 30.11.2018; y para el Registro Mercantil, R. 13.12.2018). En este caso se pretendía la inscripción de una modificación de estatutos, que no se había podido inscribir por cierre del Registro por falta de depósito de cuentas; a juicio del recurrente ese cierre no debió practicarse; aunque, como dice la Dirección, su procedencia no deja lugar a dudas (arts. 282 LSC y 378 RRM). R. 20.12.2018 (Construcciones y Promociones, S.A., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1023.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.M. Córdoba.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: ES NECESARIA LA AUDITORÍA SI CONSTA INSCRITO AUDITOR NOMBRADO VOLUNTARIAMENTE.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de la R. 10.12.2018, en aplicación del art. 279 LSC. R. 20.12.2018 (Gas Campiña Sur, S.L., contra Registro Mercantil de Córdoba) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1025.pdf>

- R. 20-12-2018.- R.M. Madrid Nº XVIII.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: EL CIERRE DEL REGISTRO MERCANTIL POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS IMPIDE EL DEPÓSITO DE CUENTAS POSTERIORES.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de tres R. 02.01.2017 y de la R. 19.02.2018 (arts. 282 LSC y 378.1 RRM). R. 20.12.2018 (Híper Enda 2016, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1026.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.M. Madrid N° XXII.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: EL CIERRE DEL REGISTRO MERCANTIL POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS IMPIDE EL DEPÓSITO DE CUENTAS POSTERIORES. REITERA EN EL SENTIDO INDICADO LA DOCTRINA DE TRES R. 02.01.2017 Y DE LA R. 19.02.2018 (ARTS. 282 LSC Y 378.1 RRM).** R. 21.12.2018 (A Ritmo de Burro, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1029.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.M. Madrid N° XVII.- **SOCIEDAD LIMITADA: CUENTAS: EL CIERRE DEL REGISTRO MERCANTIL POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS IMPIDE EL DEPÓSITO DE CUENTAS POSTERIORES.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de tres R. 02.01.2017 y de la R. 19.02.2018 (arts. 282 LSC y 378.1 RRM). R. 21.12.2018 (Siwei 4-Dimensional, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 28.01.2019). R. 21.12.2018 (Wok 4 You, S.L., contra Registro Mercantil de Madrid) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1031.pdf>

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1032.pdf>

1.3. Bienes muebles. *(Por Ana del Valle Hernández)*

- R. 10-10-2018.- R.B.M Tenerife N° I.- **BUQUES. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.** Tras la entrada en vigor de la ley 14/2014 de Navegación Marítima, al igual que ocurría anteriormente, nada impide pactar y llevar a cabo la ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial. El artículo 141 no contiene un mandato de limitación procesal, sino de simple remisión a las normas del procedimiento de apremio para el caso de ejecución judicial. Pero no excluye acudir a otras vías, como la acción ordinaria, el apremio administrativo en su caso, o la venta extrajudicial. Esta cuenta con la cobertura legal que le otorga el art 144 al remitirse en todo lo no previsto a la ley Hipotecaria.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-95.pdf>

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-96.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.B.M. Granada N° II.- **HIPOTECA MOBILIARIA. TIPO DE SUBASTA. CERTIFICADO DE TASACIÓN.** En relación con el procedimiento de ejecución judicial para hacer efectivos los créditos garantizados por hipoteca mobiliaria ha quedado como única regulación de aplicación directa en la materia la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 681 y siguientes, sobre ejecución directa sobre bienes hipotecados, a los que se remite el artículo 81 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria, incluyendo por tanto en tal remisión la regla sobre tasación y tipo de subasta mínima contenida en su artículo 682.2.1 de la citada Ley. Por otra parte, las hipotecas mobiliarias sobre los bienes señalados en el artículo 12 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 1954, pueden ser titulizadas, ampliando así el ámbito de las operaciones activas a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1/1982. En consecuencia se confirma la calificación del registrador señalando que, si bien se señala un valor de tasación a efectos de subasta, no se presenta el correspondiente certificado de tasación, por lo que entiende que no se cumple lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1030.pdf>

- R. 26-12-2018.- R.B.M. Tenerife N° II.- **BUQUES. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. PACTO MARCIANO.** Tras la entrada en vigor de la ley 14/2014 de Navegación Marítima, al igual que ocurría anteriormente, nada impide pactar y llevar a cabo la ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial. El artículo 141 no contiene un mandato de limitación procesal, sino de simple remisión a las normas del procedimiento de apremio para el caso de ejecución judicial. Pero no excluye acudir a otras vías, como la acción ordinaria, el apremio administrativo en su caso, o la venta extrajudicial. Esta cuenta con la cobertura legal que le otorga el art 144 al remitirse en todo lo no previsto a la ley Hipotecaria. Cuestión distinta es la admisibilidad o no del denominado pacto marciano en virtud del cual el acreedor hace suya la cosa hipotecada o la cede a un tercero en función del valor que se le atribuye. La prohibición legal del pacto comisorio es de carácter imperativo y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores. Esto se aplica también cuando las operaciones se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos, como una venta con pacto de retro en que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor, o una opción de compra cuyo ejercicio se condiciona al impago de una deuda (RR 18 -10- 1994, 30-9-1998,26-3-1999, 26-11-2008). Reconoce el Centro directivo que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas y que, por ello, se van abriendo en nuestro ordenamiento nuevas vías de ejecución (garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo, Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo en garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito, Sentencias TS 24-6-2010,21-2-2017). Por ello, la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si existe una valoración objetiva. Es válido, por tanto, el pacto en virtud del cual el deudor hipotecante se obliga, en caso de impago, a transmitir al acreedor o a la persona que este designe el buque hipotecado, pues el procedimiento pactado en este caso concreto asegura al deudor la obtención del valor del bien. Pero, sin embargo, no se ha pactado un procedimiento que asegure suficientemente los derechos de terceros en relación con el sobrante del precio que se obtuviera, una vez pagada la deuda garantizada, por ejemplo mediante su consignación judicial o notarial.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1035.pdf>

1.3. Bienes muebles. *(Por Pedro Ávila Navarro)*

- R. 14-12-2018.- R.B.M. Santa Cruz de Tenerife N° I.- **HIPOTECA: HIPOTECA NAVAL: PUEDE EJECUTARSE EXTRAJUDICIALMENTE ANTE NOTARIO SI SE HA PACTADO ASÍ.** Se trata de una

hipoteca constituida sobre un buque de conformidad con la L. 21.08.1893, de Hipoteca Naval (actualmente derogada por la disp. derog. única.e L. 4/24.07.2014, de Navegación Marítima), en la que se pactó la posibilidad de ejecución extrajudicial ante notario; ahora se solicita del registrador de bienes muebles la expedición de certificación sobre el buque a efectos de venta extrajudicial, según las previsiones de los arts. 129 LH, 234 a 236 RH y 72 al 77 LN. El registrador deniega la expedición de la certificación por entender que ese procedimiento de realización no es aplicable a las hipotecas navales, de conformidad con la regulación de la L. 14/2014. El art. 141 L. 14/2014 se remite, en cuanto al procedimiento de ejecución, a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero entiende la Dirección que no cabe entender que ese artículo contenga un mandato excluyente de reclamación procesal exclusiva por la vía de apremio, sino «de simple remisión, por lo demás perfectamente innecesaria (art. 681 LEC), a las normas del procedimiento de apremio para el caso de ejecución judicial por esta vía»; el pacto de ejecución extrajudicial es lícito (ver la referencia del art. 132.1 L. 14/2014 a cualesquiera estipulaciones que los contratantes tengan por conveniente) e inscribible (art. 133 L. 14/2014); y el art. 144 L. 14/2014 se remite, en todo lo no previsto en el ese capítulo, a la Ley Hipotecaria, «sin más exclusión que aquello específicamente previsto en la ley especial o que resulte incompatible por razón de su objeto»; de manera que «el pacto de venta extrajudicial ante notario regulado en el art. 129 LH no resulta incompatible con la regulación de la hipoteca naval ni existe causa jurídica alguna que justifique su exclusión del llamamiento genérico que el art. 144 L. 14/2014 hace al contenido de aquélla; consecuentemente no sólo persiste la posibilidad de llevar a cabo la realización del valor del buque por esta vía en relación con las hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima, es que no existe motivo alguno para excluirlo de la negociación en las que se constituyan con posterioridad y para proceder a su debida inscripción en el Registro de Bienes Muebles». R. 14.12.2018 (Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión, S.A.), y Abanca Corporación Bancaria, S.A., contra Registro de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife) (BOE 03.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-95.pdf>

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/03/pdfs/BOE-A-2019-96.pdf>

- R. 21-12-2018.- R.B.M. Granada N° II.- **HIPOTECA: HIPOTECA MOBILIARIA: LA QUE PUEDE SERVIR DE COBERTURA A LA EMISIÓN DE TÍTULOS POR ENTIDAD DE CRÉDITO REQUIERE CERTIFICADO DE TASACIÓN.** Se trata de una escritura de constitución de hipoteca mobiliaria sobre maquinaria industrial. «La registradora suspende la inscripción porque, habiéndose pactado el procedimiento ejecutivo previsto en los arts. 681 y ss. LEC, si bien se señala un valor de tasación a efectos de subasta, sin embargo no se presenta el correspondiente certificado de tasación» (art. 682.2.1 LEC, en relación al art. 8 RD. 716/24.04.2009, tasación a efectos del mercado hipotecario). La Dirección recuerda que el régimen de esta tasación, así como su concreto alcance y finalidad, se han tratado en reiteradas ocasiones (y cita las R. 29.10.2013, R. 22.01.2014, R. 24.03.2014, R. 07.10.2015 y R. 14.09.2016); y cómo no se exige a todas las hipotecas, «sino exclusivamente en relación con aquellas que se constituyan conforme a la normativa del mercado hipotecario y que, por consiguiente, podrán servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios»; y, en contra de lo que sostiene la recurrente, en esa categoría entran la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, ya que el art. 8 L. 16.12.1954, tras la reforma introducida por la L. 41/07.12.2007, establece que *los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento podrán servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario*; es cierto que el art. 8 RD. 716/2009 «alude exclusivamente a la tasación de los bienes inmuebles por naturaleza, pero también lo es que el art. 11 del mismo Real Decreto, relativo a los denominados ‘bienes excluidos’, ni excluye los bienes muebles, ni todos los inmuebles ‘por analogía’, sino sólo algunos de ellos (como el derecho de usufructo, las concesiones administrativas, o determinados derechos de superficie)»; aun así, podría subsistir la duda, porque el art. 682 LEC habla de la tasación que se hubiere realizado, *en su caso* (inciso introducido por el art. 1.22 L. 19/13.07.2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil), pero ese inciso no debe ser interpretado en el sentido de excluir de tasación a la hipoteca mobiliaria, sino en el de que, tratándose de hipotecas constituidas a favor de sujetos distintos de las entidades de crédito mencionadas en el art. 2 L. 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas, siempre que entre sus funciones figure la de la realización de tasaciones (en ese sentido, debe verse el art. 2 O.ECO 805/27.03.2003). La Dirección hace un extenso y fundado estudio sobre la función del valor de tasación y la tasación por servicios de tasación de las entidades de crédito, más allá de lo requerido por el caso concreto, y al que debe remitirse a los interesados. R. 21.12.2018 («Sociedades Huéscar y Granada» contra Registro Mercantil de Granada) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1030.pdf>

- R. 26-12-2018.- R.B.M Santa Cruz de Tenerife N° II.- **HIPOTECA: HIPOTECA NAVAL: PUEDE EJECUTARSE EXTRAJUDICIALMENTE ANTE NOTARIO SI SE HA PACTADO ASÍ.** Reitera en el sentido indicado la doctrina de las dos R. 14.12.2018. R. 26.12.2018 (Ing Bank N.V., London Branch y Naviera Teekay Gas IV, S.L., contra Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife) (BOE 28.01.2019).

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/01/28/pdfs/BOE-A-2019-1035.pdf>

2. Publicadas en el D.O.G.C

2.1. Propiedad. (Por María Tenza Llorente)

- R. 7-1-2019.- R.P. Cornellà de Llobregat N° 1.- Dictada en el recurso gubernativo interpuesto por M. C. F. M. contra la calificación de la registradora de la propiedad titular que suspende la inscripción del derecho de uso de una vivienda pactado en convenio de separación por mutuo acuerdo aprobado por la autoridad judicial.

<https://portaldogc.gencat.cat/>

- R. 23-1-2019.- R.P. Lloret de Mar N° 1.- **COMPRAVENTA: CERTIFICACIÓN DE GASTOS DE LA COMUNIDAD: REQUISITOS FORMALES. PROPIEDAD HORIZONTAL. DEUDAS.** De conformidad con el artículo 553-5.2 del Libro Quinto sin la manifestación de estar al corriente de pago de los gastos y sin la

aportación de la certificación relativa al estado de deudas con la comunidad no se puede otorgar la escritura, a menos que los adquirentes renuncien expresamente. La Dirección General de Registros y del Notariado, respecto de una exigencia parecida contenida al artículo 9.1.e de la Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, establece que la exigencia de la declaración es una obligación del notario y un requisito de la escritura. En este artículo sí se exige que la certificación se expida por el secretario y que cuente con el visto bueno del presidente. Pero si la manifestación no consta, la transmisión se puede inscribir (Resoluciones de 11 de diciembre de 2003 y 13 de marzo de 2008). Así, la Resolución de 25 de abril de 2012 señaló que sólo la falta de aportación de la certificación o de la exoneración, impide al notario la autorización de la escritura y por lo tanto sería defecto para la inscripción. A continuación distingue entre tres situaciones: *la primera, que se aporte el certificado de la comunidad de propietarios, del que resulta que se está al corriente de pago, en cuyo caso este último cubre las dos reglas con garantía absoluta de que el comprador no será objeto de reclamación alguna; siempre sin perjuicio de la responsabilidad del certificador por error o negligencia, en este caso ante la junta de propietarios; la segunda, que la certificación indique que hay deudas, en cuyo caso, el comprador sólo responderá del importe total si lo admite o retiene del importe correspondiente del precio, o se subroga expresamente; en otro caso, esto es en el supuesto de que no haya manifestación expresa de subrogación, el máximo de su responsabilidad será la afectación real del año y del anterior, conforme determina el penúltimo párrafo del artículo 9.1.e. citado; y la tercera situación, que no se aporte la certificación y se utilice el sistema de exoneración, de forma que cuando esto ocurra, la responsabilidad del adquirente se limitará exclusivamente a la afectación real del año actual y del anterior (fundamento de Derecho tercero).* En Cataluña, a la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, el artículo 65.2 refuerza aquella exigencia en relación con segundas o posteriores transmisiones de viviendas. Este artículo se tiene que relacionar con los artículos 132 d) y 135 de la misma Ley que exigen, para la escritura y para la inscripción de los actos de compra venta o cesión a pago de viviendas que se manifieste que se han cumplido los requisitos y se han entregado los documentos que exige el capítulo VI del título IV, entre los que hay, en viviendas integradas en un edificio en régimen de propiedad horizontal, la obligación de declarar cuál es el estado de gastos con la comunidad y justificarlo. Desde la entrada en vigor de la Ley de la vivienda, pues, al amparo de su artículo 135 los registradores no pueden inscribir escrituras de transmisión onerosa de viviendas de segunda o ulterior transmisión que no contengan aquella manifestación. Así se manifiesta la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña en Resolución JUS/2560/2010, de 28 de junio (Fundamento de Derecho Segundo), si bien en el supuesto de hecho no lo consideró exigible al tratarse de una aportación a sociedad, no de una transmisión onerosa (a diferencia de la aportación de cédula de habitabilidad donde sí lo considera necesario de conformidad con la Resolución de dicha Dirección de 25 de octubre de 2013). Pero en el fundamento de Derecho tercero, extiende la innecesariedad de certificación de estado de deudas a los negocios entre copropietarios (como la Resolución de la Dirección general de Registros y Notariado de 2 de febrero de 2012, fundamento de Derecho segundo), como la disolución de comunidad, venta de cuota indivisa de un copropietario a otro o liquidación de sociedad conyugal, ni lo será en procedimientos de ejecución judicial, esta vez sí de un modo análogo a la inexigibilidad de cédula de habitabilidad (así, Resoluciones de 31 de marzo de 2009 y de 20 de abril de 2010). En resumen, no resulta exigible que la certificación que acredita el estado de deudas de la comunidad de propietarios en las transmisiones onerosas esté firmado por el secretario con el visto bueno del presidente, con firmas legitimadas y no se ha de acreditar la vigencia y el nombramiento de dichos cargos.

<https://portaldogc.gencat.cat/>

VI. SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

2. Tribunal Supremo

2.1. Sentencias Sala de lo Civil. *(Por Juan José Jurado Jurado)*

- S.T.S 4237/2018.- 19-12-2018. SALA DE LO CIVIL.- **HIPOTECA. EJECUCIÓN.** Cesionario del remate que pretende recuperar de la parte prestataria ejecutada la suma del débito pendiente del préstamo hipotecario que no quedó cubierta por la subasta y que, en unión del importe de la adjudicación, también pagó. Compromiso de pago de la cantidad no cubierta por la subasta. Recuperación por el tercero del importe pagado correspondiente a las cantidades pendientes de satisfacer por los prestatarios.

<http://www.poderjudicial.es/>

- S.T.S 4145/2018.- 13-12-2018. SALA DE LO CIVIL.- **SERVIDUMBRE. USUFRUCTO. LEGITIMACIÓN DEL USUFRUCTUARIO DEL PREDIO DOMINANTE PARA CONSTITUIR UNA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO. PRINCIPIO DE LA "UTILITER GESTIO":** "la constitución de la servidumbre de paso no se hizo al servicio personal del usufructuario que la constituyó y limitada a la duración del usufructo, sino a favor de la finca, para beneficiar al fundo", lo que supone que "las facultades correspondientes a tal servidumbre se incorporen como una utilidad que integra las facultades de disfrute de la finca".

<http://www.poderjudicial.es/>

- S.T.S 4160/2018.- 13-12-2018. SALA DE LO CIVIL.- **TERCERÍA DE MEJOR DERECHO. PRENDAS DE DERECHOS CONSTITUIDAS CON ANTERIORIDAD AL EMBARGO DE LOS SALDOS PIGNORADOS POR PARTE DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA:** negar la preferencia de la prenda por el hecho de que el crédito garantizado no estaba liquidado y vencido, dejaría sin efecto la garantía real preferente, "pues la realización de los derechos pignoralicios en la ejecución instada (...) impediría que, más tarde, vencido el crédito del acreedor pignoralicio, este pudiera cobrar con preferencia a cualquier otro acreedor de los derechos pignoralicios". El acreedor pignoralicio puede, pues, hacer valer frente a la AEAT la preferencia de cobro derivada de la prenda, y ello aunque el crédito objeto de tal garantía real no sea líquido y vencido en el momento de ejercitarse la tercería.

<http://www.poderjudicial.es/>

- S.T.S 4524/2018.- 19-12-2018. SALA DE LO CIVIL.- **DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE**

NOTARIO POR NEGLIGENTE ASESORAMIENTO EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN. Alegación del demandante de que no pudo aplicar a una donación que le hicieron sus padres la reducción en la cuota prevista en la legislación valenciana, al no informar previamente aquél de los requisitos exigidos por la normativa fiscal para disfrutar de la reducción, y entender la Administración Tributaria que la donación quedó perfeccionada con el importe de la transferencia y no con el otorgamiento de la escritura pública. Asesoramiento fiscal del notario: debe ser, al menos, "mínimo para prever, entender y explicar las consecuencias fiscales de los negocios jurídicos reflejados en los documentos que autorizan, sin que de ello quepa inferir que los notarios deban asumir la función de asesores fiscales de las operaciones o negocios jurídicos que autorizan ni hacerse responsables del resultado fiscal, máxime cuando las calificaciones tributarias tienen criterios divergentes según el órgano administrativo o judicial" -como aquí sucede-. Distinta valoración según se realice la consulta dentro o fuera del despacho profesional.

<http://www.poderjudicial.es/>

- S.T.S 4358/2018.- 20-12-2018. SALA DE LO CIVIL.- **PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA CONCERTADO ENTRE UNA ENTIDAD DE CRÉDITO, COMO PRESTAMISTA, Y UNA SOCIEDAD LIMITADA, COMO PRESTATARIA, CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR UNA PROMOCIÓN INMOBILIARIA, EN LA QUE ES HIPOTECANTE NO DEUDORA OTRA SOCIEDAD MERCANTIL QUE OFRECE COMO GARANTÍA LA MITAD INDIVISA DE UNA FINCA DE LA QUE ES TITULAR,** y que interviene en la operación en el ejercicio de su actividad empresarial, dada sus relaciones comerciales con la deudora, dándose la circunstancia de que el representante de ésta es su administrador solidario y también apoderado solidario de la hipotecante no deudora y presidente de su consejo de administración. Consumidores y usuarios: nulidad de la cláusula abusiva que fija el valor de tasación. Ausencia de la condición de consumidor dado el referido vínculo funcional existente.

<http://www.poderjudicial.es/>

- S.T.S 3/2019.- 8-1-2019. SALA DE LO CIVIL.- **PROPIEDAD HORIZONTAL. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DISTINCIÓN ENTRE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LA COMUNIDAD Y DE SU REPRESENTACIÓN POR EL PRESIDENTE.** Intervención pasiva del mismo: actuación como órgano de la comunidad que no supera el ámbito objetivo de la representación que su cargo le confiere. **POSIBILIDAD DE LA TITULARIDAD REGISTRAL DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS: DOCTRINA EXISTENTE,** que en la actualidad permite que sea titular adjudicataria en las ejecuciones judiciales por embargo de deudas de uno de los propietarios, como una situación excepcional y transitoria "a su transmisión ulterior, a su atribución a copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común". **IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS:** "transacción acordada en beneficio de las comunidad, que se había visto sorprendida con una diferencia de superficie del solar de 1.000 metros cuadrados entre la realidad física y lo que constaba en la escritura". Principio de acuerdo donde la promotora ofrecía el local comercial, con las correspondientes obras necesarias para su conversión en club social, a cambio de la renuncia a cualquier tipo de acción por la diferencia de superficies". Acuerdo posterior que ejecuta lo previamente acordado por la comunidad.

<http://www.poderjudicial.es/>

- S.T.S 44, 46, 47, 48 y 49/2019.- 23-1-2019. SALA DE LO CIVIL.- **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS: COMISIÓN DE APERTURA, IAJD, ARANCELES DE NOTARÍA Y REGISTRADOR Y GASTOS DE GESTORÍA.** Cláusulas abusivas en contratos con consumidores relativas a préstamos hipotecarios. Comisión de apertura: es admisible y los gastos son a cuenta del deudor. No es susceptible de control de contenido, sí de transparencia. Eficacia de la cláusula que atribuye todos los gastos al deudor: nulidad de la misma. Su naturaleza es la de un pago hecho a terceros y el pago de dichos gastos debe hacerse por la parte correspondiente con arreglo a la normativa vigente a la fecha de la celebración del contrato, a saber: Gastos de notaría: los costes de la matriz de la escritura deben distribuirse por mitad, al igual que los de la escritura de modificación. La cancelación, sin embargo, debe correr a cuenta del prestatario. Los gastos de copias deberán ser abonados por quien, con interés legítimo, las solicite. Gastos de Registro: los gastos de constitución son a cargo de la prestamista, y los de cancelación, por cuenta del prestatario. IAJD: a cargo del prestatario, si bien a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, lo es ya el prestamista. Gestoría: los gastos son por mitad (prestamista y prestatario).



[Acceso a Sentencia nº 44 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 46 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 47 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 48 2019.pdf](#)



[Acceso a Sentencia nº 49 2019.pdf](#)



[Nota informativa.pdf](#)

2.3 Sentencias Sala de lo Penal. *(Por Juan José Jurado Jurado)*

- S.T.S 4353/2018.- 20-12-2018. SALA DE LO PENAL. PLENO.- **VIOLENCIA DE GÉNERO. "AGRESIÓN RECÍPROCA ENTRE HOMBRE Y MUJER EN RELACIÓN DE PAREJA O EX PAREJA. INEXISTENCIA DEL ÁNIMO DE DOMINACIÓN O MACHISMO EN LA CONDUCTA DEL**

HOMBRE. APRECIACIÓN OBJETIVA DEL MALTRATO SIN ADITAMENTOS DE PRUEBA SUBJETIVOS. IMPOSIBILIDAD DE DEGRADAR LOS HECHOS DE MALTRATO A DELITO LEVE DEL ART. 147.3 CP CUANDO SE TRATA DE AGRESIÓN MUTUA DE HOMBRE Y MUJER EN EL ÁMBITO RELACIONAL PREVISTO EN EL ART. 153 CP". Condena por "violencia de género" al hombre y por violencia "familiar" a la mujer. Votos particulares: Rechazo de la condena por violencia de género al varón y defensa de la condena para ambos como autores de un delito de maltrato singular tipificado en el artículo 153.2 del Código Penal al entender que "partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es contrario a la presunción de inocencia. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico, de una característica de la conducta, necesaria para justificar la desigualdad de trato, que no se ha probado en el caso, además vulnera el principio de culpabilidad".

<http://www.poderjudicial.es/>

4. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

4.1. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Por la Oficina de Bruselas del Colegio de Registradores

-S.T.J.U.E. 17-1-2019.-C-102/18 (Brisch) SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 17 de enero sobre el **Reglamento (UE) n.º 650/2012 — Artículo 65, apartado 2 — Certificado sucesorio europeo, en el asunto C-102/18 (Brisch)**. Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia civil — Reglamento (UE) n.º 650/2012 — Artículo 65, apartado 2 — Certificado sucesorio europeo — Solicitud de certificado — Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1329/2014 — Carácter obligatorio o facultativo del formulario establecido en virtud del artículo 1, apartado 4, del Reglamento de Ejecución n.º 1329/2014.

Fallo del Tribunal:

"El artículo 65, apartado 2, del *Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, y el artículo 1, apartado 4, del *Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1329/2014 de la Comisión*, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento n.º 650/2012, deben interpretarse en el sentido de que, para presentar una solicitud de certificado sucesorio europeo conforme al artículo 65, apartado 2, del Reglamento n.º 650/2012, **la utilización del formulario IV, que figura en el anexo 4 del Reglamento de Ejecución n.º 1329/2014, es facultativa.**"

Texto íntegro de la sentencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT, EN EL ASUNTO C-25/18 (KERR):

Petición de decisión prejudicial del Okrazhen sad — Blagoevgrad (Tribunal provincial de Blagoevgrad, Bulgaria)] Procedimiento prejudicial — Cooperación judicial en materia civil — Reglamento (UE) n.º 1215/2012 — Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil — Artículo 24, punto 1, párrafo primero — Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios — Artículo 24, punto 2 — Competencia exclusiva en materia de validez de las decisiones de los órganos de sociedades y personas jurídicas — Artículo 7, punto 1, letra a) — Competencia especial en materia contractual — Acción de reclamación del pago de una contribución para el mantenimiento de un inmueble como consecuencia de un acuerdo de una comunidad de propietarios sin personalidad jurídica — Derecho aplicable — Aplicabilidad del Reglamento (CE) n.º 593/2008.

Nota: La AG sugiere al Tribunal que conteste las cuestiones planteadas en el siguiente sentido:

1) Sin perjuicio de una competencia exclusiva con arreglo al artículo 24, punto 1, párrafo primero, primera alternativa, en relación con el artículo 8, punto 4, primera frase, primera alternativa, del *Reglamento (UE) n.º 1215/2012* (Bruselas I bis), debe considerarse que los procedimientos sobre derechos que resultan de acuerdos adoptados por la mayoría de los miembros de una comunidad de propietarios sin personalidad jurídica, pero que vinculan a todos los miembros, incluidos aquellos que no hubieran votado, constituyen materia contractual a efectos del artículo 7, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 1215/2012 (Bruselas I bis).

2) El artículo 7, punto 1, del Reglamento n.º 1215/2012 (Bruselas I bis) debe interpretarse en el sentido de que —el ejercicio de una actividad de administración por los órganos de una comunidad de propietarios en la que se adoptan acuerdos relativos a los gastos para el mantenimiento de edificios no constituye una «prestación de servicios» a efectos de la letra b), segundo guion; —el lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación de pago derivada de dichos acuerdos deberá determinarse con arreglo a la legislación aplicable a la relación jurídica de que se trate en virtud de las normas de conflicto de leyes del Estado del foro, en aplicación de la letra a)."

VII. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2. Noticias de la Unión Europea. Por la Oficina de Bruselas del Colegio de Registradores

1.- INSTITUCIONAL:

- Prioridades de la Presidencia rumana del Consejo de la UE.

2.- MERCADO ÚNICO:

- La Comisión toma medidas para garantizar que los profesionales y los proveedores de servicios puedan beneficiarse plenamente del mercado único de servicios de la UE.

3.- JUSTICIA:

- Entra en aplicación los Reglamentos UE sobre régimen económico matrimonial y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas.
- El Consejo de la UE acuerda su posición en relación a los programas financieros aplicables a la justicia, derechos y valores.
- La Comisión informa sobre los riesgos de los programas de residencia y ciudadanía para inversores en la UE.



Participación enero 2019.pdf

VIII. INFORMACIÓN JURÍDICA Y ACTUALIDAD EDITORIAL. Por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

PRIMERA QUINCENA DE ENERO



Revista de Derecho Privado.pdf



Anuario de Derecho Civil.pdf



Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. Monografía 40.pdf



Revista de Derecho Comunitario Europeo.pdf

SEGUNDA QUINCENA DE ENERO



Revista de Administración Pública.pdf



Revista de Estudios Políticos.pdf



Revista Jurídica del Notariado. Extraordinario.pdf



Revista Española de Derecho Administrativo.pdf



Revista Española de Derecho Constitucional.pdf

CASACIÓN núm.: 2982/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

Guiu

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 44/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 20 de abril de 2018, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 287/2017 del Juzgado de Primera Instancia 3 de Telde, sobre condiciones generales de la contratación.

El recurso fue interpuesto por Bankia S.A., representada por el procurador D. David Martín Ibeas y bajo la dirección letrada de D. Manuel García-Villarubia.

Es parte recurrida D.^a XXXX, representada por el procurador D. Juan Marcos Déniz Guerra y bajo la dirección letrada de D.^a María Auxiliadora Medina García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Marcos Déniz Guerra, en nombre y representación de D.^a XXXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que declare:

» A. Nulidad de la estipulación segunda del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de diciembre de 2005; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites del suelo del 2,75%, fijados en aquella.

» B. La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual segunda de limitación a la variación de los tipos de interés, declarando que la entidad proceda a la devolución de aquellas cantidades abonadas indebidamente por mi mandante durante la aplicación de dicha cláusula.

» C. Nulidad de la cláusula quinta y sexta de imputación de gastos al prestatario.

» D. Se condene a la entidad BANKIA S.A., a estar y pasar por la anterior declaración, y al abono a la actora de cuantas cantidades ha abonado en exceso por la aplicación de la cláusula quinta y sexta de imputación de gastos, según el cálculo realizado en el cuerpo del presente escrito.

» E. Nulidad de la cláusula séptima apartado tercero de intereses de demora.

» F. Se condene a la entidad Bankia S.A., a estar y pasar por la anterior declaración, y al reintegro, a favor de Dña. XXXXX de cuantas cantidades haya ésta abonado a la entidad por la aplicación de la cláusula declarada nula.

» G. A pagar a los demandantes los correspondientes intereses legales.

» H. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 22 de marzo de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde, fue registrada con el núm. 287/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ángel L. Nieto Herrero, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde dictó sentencia de 19 de septiembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando parcialmente la demanda formulada por el procurador de los tribunales D. Juan Déniz Guerra, en nombre y representación de Dña. XXXX, contra la parte demandada, Bankia S.A., debo:

» -Declarar nula la estipulación cuarta (cláusula suelo 4.4) pactada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de diciembre de 2005 y, en consecuencia, condenar a la entidad demandada al pago al actor de las cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula suelo desde la fecha del contrato, que debieron haberse liquidado al tipo de interés remuneratorio pactado en lugar de al 2, 75%, más el interés legal desde la fecha de cobro, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia. La cantidad objeto de condena devengará el interés legal más dos puntos desde el dictado de esta sentencia (art. 576 LEC).

» -Declarar la nulidad de la cláusula de interés de demora (18,50% anual), estipulación séptima del contrato.

» - Declarar la nulidad de la estipulación sexta del contrato sobre "gastos" y, en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago de 960, 82 euros, conforme al desglose realizado en el fundamento sexto, más el interés legal del dinero desde la fecha de pago de cada desembolso. La cantidad objeto de condena devengará el interés legal más dos puntos desde el dictado de esta sentencia (art. 576 LEC).

» - Desestimo el resto de pedimentos.

» - Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a XXX. La representación de Bankia S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 1103/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 20 de abril de 2018, cuyo fallo dispone:

«Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A., revocando la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017, en el único sentido de: Condenar a Bankia, S.A. a la devolución a la actora de la suma de 2.933,94 euros, más el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera. Con expresa condena en costas de la primera instancia a la demandada. Confirmando el resto de pronunciamientos.

» No imponer las costas del recurso a ninguna de las partes, con devolución de la totalidad del depósito constituido [...]».

Con fecha 7 de mayo de 2018 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Subsanar el error material padecido en el fallo de la sentencia de fecha 20 de abril de 2018, en el sentido de que donde se dice "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A., ...", cuando debe decir "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dña. XXXX, ...", manteniéndose invariable el resto de la sentencia dictada en el presente rollo de apelación».

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

1.- El procurador D. Ángel Luis Nieto Herrero, en representación de Bankia S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción de los artículos 80.1 y 82.1 del TRLCU en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2 del TRLCU (de conformidad con el artículo 4, apartados 13 y 15, y la parte B del Anexo H, apartado 3, Secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial y en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 80.1 del TRLCU (= artículo 10.1 de la LCU), en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción de los artículos 87.5 (= apdo 7ª bis de la Disposición adicional primera de la LCU) y 82.1 del TRLCU (= artículo 10.1 e) 3 de la LCU), en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios relevantes del juicio de desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe y la imposibilidad de que este juicio desemboque en un control de precios, justificándose sin admisión en la vulneración de esta jurisprudencia».

«Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 89.3 del TRLCU (=Disposición Adicional Primera, V, 22ª de la LCU), en relación con la Norma Sexta (Anexo II) del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y la Norma Octava (Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento unitario del préstamo hipotecario al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial y en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

«Quinto.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 89.4 del TRLCU (= Disposición Adicional Primera, V, 23ª de la LCU), justificándose su admisión en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de julio de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.^a XXXX se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar. El Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo no intervino en la deliberación, votación y fallo del recurso por encontrarse de permiso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D.^a XXXX concertó el 13 de diciembre de 2005 un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda con Caja Insular de Ahorros de Canarias, que posteriormente fue absorbida por Bankia S.A. (en lo sucesivo, Bankia). Dicho contrato estaba integrado por condiciones generales predispuestas por la caja de ahorros prestamista.

2.- El 22 de marzo de 2017, D.^a XXXX interpuso una demanda contra Bankia en la que solicitó que se declarara la nulidad de varias cláusulas del contrato de préstamo y que Bankia le pagara las cantidades que había cobrado indebidamente por la aplicación de tales cláusulas.

En concreto, solicitó la nulidad de la cláusula que limitaba la variación a la baja del interés remuneratorio («cláusula suelo»); de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario, entre los que se incluían expresamente los aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría; de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5% anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85%.

3.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la «cláusula suelo», de la cláusula relativa al interés de demora y de la cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos. Como consecuencia de esta declaración de nulidad, condenó a Bankia a pagar a la demandante las cantidades que había cobrado por la aplicación de la cláusula suelo, la totalidad del «gasto por razón de la inscripción en el Registro de la Propiedad» y la mitad del «gasto por intervención Notarial» y de los gastos de gestoría.

La sentencia desestimó la solicitud de anulación del resto de las cláusulas impugnadas, en concreto, la que establecía la comisión de apertura, que consideró que formaba parte del precio, y no condenó al pago del resto de cantidades correspondientes a gastos e impuestos que habían sido pagados por la prestataria.

3.- Esta sentencia fue apelada por la prestataria, que solicitó que se condenase a Bankia a pagarle la totalidad de los gastos correspondientes a la intervención del notario, la cantidad correspondiente al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por la constitución de la hipoteca, la totalidad de los gastos de gestoría, y que se declarase la nulidad, por abusiva,

de la cláusula que establecía la comisión de apertura y se condenase a Bankia a restituírle la cantidad cobrada por tal comisión.

4.- La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Declaró que correspondía al banco el pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría y correspondía al consumidor el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (a excepción de la mitad del derecho de cuota fija derivado del timbre de los folios de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario), por lo que condenó a Bankia a pagar a la prestataria el importe de las partidas indebidamente abonadas por dicha prestataria. Por último, declaró la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y condenó a Bankia a restituir a la prestataria la cantidad cobrada por este concepto.

5.- Bankia ha interpuesto un recurso de casación basado en cinco motivos, que han sido admitidos. En los mismos se cuestiona, exclusivamente, la declaración de nulidad de la cláusula que establece la comisión de apertura del préstamo hipotecario, con la consiguiente condena a restituir lo cobrado por dicha comisión, y la condena a pagar la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría, que, según la recurrente, deberían ser abonados por mitad por prestamista y prestatario.

La demandante no ha recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos primero y tercero*

1.- En el encabezamiento del primer motivo se denuncia la infracción «de los artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU) en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2, del TRLCU (de conformidad con el artículo 4, apartados 13 y 15, y la parte B del Anexo H, apartado 3, Secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito [...]»

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la comisión de apertura forma parte del precio total del contrato de préstamo y se integra como elemento destacado y de presencia necesaria en la tasa anual equivalente

(en lo sucesivo, TAE) y en las fichas de información normalizada, y, por ello, es uno de los extremos relevantes junto con el interés remuneratorio que permite al consumidor valorar el precio total del crédito y comparar entre distintas ofertas.

Al hecho de ser parte integrante y necesaria del precio total del crédito se une su conexión necesaria con prestaciones y tareas a cargo del prestamista que son inseparables y presupuesto imprescindible de la concesión de crédito y su disfrute por el consumidor (estudio y análisis de la solicitud, evaluación de la solvencia y capacidad de repago del solicitante de crédito, gestión hasta la puesta a disposición de los fondos en el momento y lugar acordados con el solicitante de crédito). Por ello, argumenta la recurrente, la cláusula de comisión de apertura es una cláusula que, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, define (en parte, no en el todo) el objeto principal del contrato o se refiere a la adecuación entre precio o retribución y parte de los servicios o bienes proporcionados. En consecuencia, concluye, es una cláusula que, de superar el control de transparencia, está excluida del control de abusividad del artículo 82.1 del TRLCU.

3.- La recurrente argumenta también que las normas del Derecho de la Unión Europea y de Derecho interno que regulan la transparencia en la contratación con los consumidores y, en concreto, en la contratación bancaria, no pretenden interferir en la estructura de la retribución a cargo de los consumidores sino que establecen los mecanismos para que, sea cual fuere la estructura y contenido de los pagos que deba hacer el consumidor por la concesión y disfrute del crédito, este pueda percibir, comprender y apreciar cuál es el impacto de los pagos sobre el coste efectivo que para él supone la oferta de crédito, y de este modo poder evaluar, comparar y tomar la mejor decisión.

4.- El encabezamiento del tercer motivo del recurso tiene el siguiente enunciado:

«[...] infracción de los artículos 87.5 (= apdo 7ª bis de la Disposición adicional primera de la LCU) y 82.1 del TRLCU (= artículo 10.1 e) 3 de la LCU), en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios relevantes del juicio de desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe y la imposibilidad de que este juicio desemboque en un control de precios, justificándose sin admisión en la vulneración de esta jurisprudencia».

5.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial ha realizado un control del precio del contrato al imponer una

determinada estructura del precio, que estaría integrado exclusivamente por el interés remuneratorio, de modo que excluye la comisión de apertura, y ha aplicado incorrectamente los criterios de abusividad previstos en el TRLCU.

6.- La estrecha relación existente entre los argumentos expuestos en los motivos primero y tercero aconsejan su resolución conjunta.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia*

1.- Para resolver la cuestión planteada en estos motivos del recurso, es preciso exponer los principales argumentos en los que la sentencia de la Audiencia Provincial funda la declaración de que la cláusula que establece la comisión de apertura es abusiva. Son argumentos que, en lo sustancial, se contienen en la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales que consideran abusiva esta cláusula y su contradicción con la línea mantenida por otras Audiencias Provinciales justifica el interés casacional del recurso.

2.- La Audiencia Provincial, en su sentencia, examinó la normativa que regula la transparencia bancaria en las operaciones con los clientes y concluyó que «no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión [de apertura] y de la posibilidad de repercutir [en los clientes] dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten». Tras lo cual, afirmó que las actuaciones en las que la entidad bancaria pretende justificar el cobro de dicha comisión no justifican el cobro de dicha comisión porque se trata de actividades internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente y que por tanto no cabe su retribución.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial añade que, aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad, se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU. Tal proporcionalidad no estaría probada en este caso.

Para la Audiencia, la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura. La existencia de una normativa bancaria que regula

la comisión de apertura no sería óbice para la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios «en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan solo regula su transparencia y límites».

4.- Concluye la Audiencia Provincial con esta afirmación:

«En definitiva, dado que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad».

5.- Expuestos los razonamientos de la sentencia recurrida, procede examinar la normativa sectorial aplicable.

La regulación de la comisión de apertura en la normativa sobre transparencia bancaria estaba contenida, en el momento en que el contrato de préstamo fue concertado (13 de diciembre de 2005), en las normas que a continuación se exponen.

6.- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, establecía en su art. 5:

«Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

» No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

» En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos».

7.- La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificó lo dispuesto en anteriores circulares del Banco de España para adaptarse a lo

previsto en la citada orden. En la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, el apartado 1-bis-b de la norma tercera estableció:

«En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [...], la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo».

La Circular 8/1990 regulaba también cómo debía calcularse la tasa anual equivalente (TAE) y se establecía:

«En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo».

Una previsión similar se incluyó posteriormente en la Circular 5/2012, de 27 de junio.

8.- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 de su anexo II, estableció la siguiente regulación sobre las comisiones:

«4. Comisiones.

» 1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará <comisión de apertura> y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

» 2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la <comisión de apertura>, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

» c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

9.- Hecha esta exposición de los razonamientos de la Audiencia Provincial y de la normativa sectorial aplicable, el motivo del recurso debe ser estimado por las razones que a continuación exponemos.

No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del

préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12.- La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene

una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

«En el apartado «Otros componentes de la TAE» se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales».

13.- La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual «no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión» de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

14.- La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige

que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

15.- El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

16.- No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito». Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones «inherentes al negocio bancario» que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.

17.- En este sentido, lleva razón la sentencia del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que «la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio».

Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y «las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos» (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto

de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2.b de la vigente Ley 2/2009.

Por tanto, el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo.

18.- Otro argumento que la Audiencia Provincial expone para declarar la abusividad de la comisión de apertura es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen.

Este argumento no se considera correcto por varias razones.

En primer lugar, resulta contradictorio que la Audiencia afirme que la comisión de apertura corresponde a actividades internas inherentes al negocio bancario, lo que implicaría el carácter abusivo de la misma, para a continuación afirmar que no ha quedado probada la realización de tales actividades, y justificar también la improcedencia de cobrar dicha comisión con base en esa ausencia de prueba.

En segundo lugar, no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo.

19.- No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.

20.- Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre

todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.

Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

21.- En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*.

Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el «equilibrio prestacional» por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida.

22.- La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la «comisión de riesgo» objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

23.- Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han

preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo.

24.- Lo anteriormente expuesto lleva a que estos dos motivos deban ser estimados y el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso*

1.- En el encabezamiento de este motivo, la recurrente denuncia la «infracción del artículo 80.1 del TRLCU (= artículo 10.1 de la LCU), en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que la infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial ha soslayado el juicio de transparencia material de la cláusula de comisión de apertura y la ha declarado nula. Según la recurrente, la cláusula supera el control de transparencia exigido por esa norma y la jurisprudencia que la desarrolla.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- La Audiencia Provincial no incurrió en infracción alguna al no realizar el juicio de transparencia material de la cláusula que establece la comisión de apertura.

2.- La demandante había solicitado la nulidad de la cláusula que establecía la comisión de apertura por ser abusiva en cuanto a su contenido, conforme a los apartados 3.º, 4.º y 5.º del art. 89 TRLCU. La demandante no alegó la falta de transparencia de la cláusula ni que le hubiera pasado desapercibida.

3.- El Juzgado de Primera Instancia afirmó en su sentencia que dicha cláusula no era abusiva, y declaró asimismo que superaba no solo el control de incorporación sino también el de transparencia.

4.- Al recurrir la sentencia de primera instancia, la demandante se limitó a impugnar el control de contenido realizado por el juzgado de la cláusula que establecía la comisión de apertura, con argumentos que podrían sintetizarse en la afirmación, contenida en el recurso, de que «procede declarar la nulidad de

la cláusula de comisión de apertura, por abusiva y desproporcionada y por falta de reciprocidad, dado que se fija la comisión sin que conste causa para su devengo ni acredite el servicio al préstamo (sic) que justifique el cobro de esa comisión». En ningún momento cuestionó la apreciación del juzgado sobre la transparencia de la cláusula.

5.- El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación», por lo que no habiéndose planteado en el recurso la cuestión de la falta de transparencia de la cláusula de comisión de apertura, pese a que el juzgado la había declarado transparente y había desestimado que tuviera carácter abusivo, que la Audiencia Provincial no entrara en tal cuestión no supone infracción legal alguna. De hecho, en la oposición al recurso de casación, la demandante no hace alegación alguna respecto de este motivo.

6.- Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

7.- Por otra parte, una vez que los motivos primero y tercero han resultado estimados, y ha sido revocado el pronunciamiento que declara abusiva la comisión de apertura y condena a Bankia a restituir su importe, esta carece de cualquier interés legítimo en este motivo.

SEXTO.- *Formulación del cuarto motivo*

1.- En el encabezamiento de este motivo, Bankia denuncia la «infracción del artículo 89.3 del TRLCU (=Disposición Adicional Primera, V, 22.^a de la LCU), en relación con la Norma Sexta (Anexo II) del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y la Norma Octava (Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento unitario del préstamo hipotecario al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización».

2.- En el desarrollo del motivo se explica que la infracción se ha producido porque la sentencia recurrida ha atribuido a Bankia el pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. La recurrente finaliza el desarrollo del motivo con esta alegación, que se ve reflejada posteriormente en el suplico de su escrito de recurso:

«La estimación de este motivo debe determinar la revocación del pronunciamiento de la Sentencia recurrida sobre la condena a BANKIA al pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales. En su lugar, ha de acordarse el pago por mitad de dichos aranceles».

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: pago de los gastos de notario y registrador de la propiedad en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores*

1.- No se discute en el recurso el carácter abusivo de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos ocasionados por la preparación, la formalización, la subsanación, la tramitación y la modificación del préstamo hipotecario, la constitución y la cancelación de la garantía, además de otros gastos que aquí no son relevantes. En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque «no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se

adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)».

Lo que se cuestiona en el motivo del recurso son los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre los gastos notariales y de registro de la propiedad.

2.- Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca.

3.- Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, 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.

6.- 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 pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, 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, asunto C-483/2016, caso *Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt.*

«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».

7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante 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. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre.

8.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que la demandante invocó para fundar la pretensión de que el banco pagara todos los aranceles de notario y de registrador, 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.

En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de 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 la 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.

Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución.

9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del 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, lo siguiente:

«Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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 hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)».

10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), 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.

11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.

Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por

su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

12.- 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».

13.- Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente 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, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

15.- 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 1.^o, 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 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16.- 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 aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

17.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.

18.- La consecuencia de lo expuesto es que solo puede estimarse el motivo en lo que respecta a la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, que corresponde pagar al prestatario, pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista, que fue también la solución adoptada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. En todo caso, dado que Bankia no apeló esta sentencia que le imponía el pago por entero de la cantidad entregada por el prestatario para el pago de los aranceles registrales, no puede pretender que, en el recurso de casación, solo se le imponga el pago de la mitad de estos aranceles.

19.- Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten 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 probable que lleve a cabo 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 del Código Civil).

OCTAVO.- *Formulación del motivo quinto*

1.- En el encabezamiento del quinto y último motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 89.4 TRLCU, anteriormente la disposición adicional primera, V, 23.^a, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- La infracción se habría cometido al atribuir a la prestamista el pago de la totalidad de los honorarios de la gestoría. Según la recurrente, la cláusula relativa al pago de estos servicios no encajaría en el art. 89.4 TRLCU porque el servicio de gestoría no es prestado por el banco al cliente, sino que es prestado por un tercero, y la gestoría actuó en beneficio de ambas partes.

NOVENO.- *Decisión del tribunal: pago de los gastos de gestoría*

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata 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.

3.- 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.

4.- 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, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo.

DÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede imponer las costas a la apelante, al resultar completamente desestimado su recurso.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 en parte el recurso de casación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia de 20 de abril de 2018, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 1103/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª XXXX contra la sentencia de 19 de septiembre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde, que confirmamos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Condenar a D.ª XXXX al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CASACIÓN núm.: 2128/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 46/2019

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.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, ha visto el recurso de casación interpuesto por D. xxxxxx, representado por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 126/2017, de 24 de marzo, dictada por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm. 87/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 538/2016 del Juzgado de

Primera Instancia n.º 11 de Oviedo, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en contrato de préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Liberbank S.A., representada por la procuradora D^a Silvia Casielles Morán y bajo la dirección letrada de D. Víctor Emilio Covián Regales.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, en nombre y representación de D. xxxxx, interpuso demanda de juicio ordinario contra Liberbank 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 30 de octubre de 2006 de LIBERBANK S.A., la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce seguidamente:

“QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: Serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: [...] b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos de esta operación d) Gastos de Gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos».

b) Que se condene a LIBERBANK S.A., por aplicación del art. 1303 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 mi mandante todos los gastos correspondientes a la constitución del préstamo hipotecario que por aplicación de normas imperativas correspondían al banco y fueron abonadas 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 28 de julio de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo, se registró con el núm. 538/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Carmen Cervero Junquera, en representación de Liberbank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo dictó sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora Sra. Pérez Bayón, en la representación de autos, contra Liberbank, SA:

»1º Declaro la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por las partes el 30 de octubre de 2006

A. Cláusula quinta B: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago.

B. Cláusula quinta D: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

»2º Se condena a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas por éste en aplicación de las cláusulas anuladas, de conformidad con los fundamentos de la sentencia

»Se desestima la demanda en lo restante, todo ello sin hacer un especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. xxxxxx y por la representación de Liberbank se presentó escrito de oposición al recurso interpuesto y de impugnación de la sentencia.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 87/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. xxxxxx y acoger en parte la impugnación formulada por Liberbank S.A., ambos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de los de Oviedo, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el n.º 538/16, la que revocamos en parte, en el sentido de estimar únicamente la demanda en cuanto a la declaración de nulidad por abusivos de los siguientes apartados, que se tendrán por no puestos, de la cláusula quinta del préstamo hipotecario celebrado entre las partes con fecha 30 de octubre de 2006:

1º) La que impone al prestatario el pago de los gastos de aranceles notariales y registrales relativos a la modificación y cancelación de la hipoteca.

2º) La que le impone asimismo los gastos de la expedición de la primera copia de la escritura para el prestamista. Y

3º) Los apartados relativos a gastos derivados de documentos acreditativos de disposiciones, y a comisiones y gastos de otorgamiento de la carta de pago.

»Condenamos a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades que éste hubiera satisfecho en aplicación de las cláusulas anuladas.

»Desestimamos la demanda en lo restante, sin hacer expresa imposición de las costas aquí causadas por recurso e impugnación».

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

1.- La procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, en representación de D. xxxx, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89 (89.2, 89.3 letras “a” y “c”) 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 82.4 c) TRLFGUC, 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[...].»

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 D. xxxxx contra la sentencia dictada, el día 24 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 87/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 538/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo».

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 30 de octubre de 2006, Caja de Ahorros de Asturias (actualmente, Liberbank S.A.), como prestamista, y D. xxxxxx, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó la siguiente cláusula:

«QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: [...] b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las

disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago; c) impuestos de esta operación; d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos».

2.- El Sr. xxxxx presentó una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró la nulidad de la cláusula quinta b) y quinta d); y condenó a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas en aplicación de las cláusulas anuladas.

3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del cliente y estimó en parte la impugnación formulada por el banco, y concedió al cliente el reintegro de los gastos notariales y registrales relativos a la modificación y cancelación de la hipoteca, los gastos de expedición de la primera copia de la escritura y los apartados relativos a gastos derivados de documentos acreditativos de disposiciones, y a comisiones y gastos de otorgamiento de la carta de pago.

SEGUNDO.- *Único motivo de casación. Gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario por un consumidor. Abusividad de la cláusula que atribuye su pago en exclusiva al consumidor*

Planteamiento:

1.- El Sr. xxxxx interpuso un recurso de casación, con un único motivo, en el que denunció la infracción del art. 89.3.3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU), en relación con el art. 82.4 c) del mismo texto legal y con la jurisprudencia establecida en la SSTS 705/2015, de 23 de diciembre, y 550/2000, de 1 de junio.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera los citados preceptos y las sentencias que se invocan, al no declarar la abusividad de una cláusula que atribuye, sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

2.- 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 de no existir la cláusula abusiva, 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, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. 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.- 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. 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 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.

5.- 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.

6.- 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).

TERCERO.- 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. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

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 a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, 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.

CUARTO.- *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 1.º, 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.

QUINTO.- *Gastos de gestión*

1.- En cuanto a los gastos de gestión 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.

SEXTO.- *Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia*

1.- En la medida que la sentencia recurrida no se adapta a estos criterios, el recurso de casación debe ser estimado.

2.- Al haberse estimado el recurso de casación, debe asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación formulado por el prestatario y la impugnación formulada el banco.

3.- En primer lugar, debe estimarse en parte el recurso de apelación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la sentencia de primera instancia, sino en su totalidad, en cuanto que, como dijimos en la sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

4.- Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, 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, tasador, 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 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.

5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de declarar 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 pagadas 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).

SÉPTIMO.- *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 y la impugnación, no procede hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia, conforme establece el mismo precepto.

3.- La estimación parcial del recurso de apelación y de la impugnación conllevan 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 15ª, apartado 8, LOPJ.

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 D. xxxx contra la sentencia núm. 126/2017, de 24 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el recurso de apelación núm. 87/2017, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación y la impugnación formulados contra la sentencia núm. 247/2016, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, en el juicio ordinario núm. 538/2016, que revocamos parcialmente, a fin de estimar en parte la demanda formulada por el Sr. xxxxx contra Liberbank S.A., a fin de declarar la abusividad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de octubre de 2006 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 segundo, apartado 4.

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 Liberbank a abonar al Sr. xxxxx 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.

CASACIÓN núm.: 4912/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 47/2019

Excmos. Sres. y Excmo. 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.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a XXXXX y YYYYY representados por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 327/2017, de 20 de octubre, dictada por la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 332/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 414/2016 del Juzgado de

Primera Instancia n.º 6 de Avilés, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Caja Rural de Asturias, representada por la procuradora D.ª María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira y bajo la dirección letrada de D. César Julio Ramos Alonso.

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 XXXXX y YYYYYY interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Asturias Sociedad Cooperativa de Crédito, 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 02 de mayo de 2001 de CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, la cláusula CUARTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce:

“QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO.- Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: [...] gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo [...] la Caja Rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con el objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas”.

»b) Que se condene a CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, por aplicación del art. 1303 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 abonadas 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 23 de agosto de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés, se registró con el núm. 414/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Isabel Martínez Menéndez, en representación de Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a los demandantes.

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 XXXXX y YYYYYY contra la mercantil CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula Quinta: Gatos a cargo del prestatario contenida en el contrato de préstamo hipotecario, concertado por las partes, en fecha de 2 de mayo de 2001, en la parte cuya redacción es la siguiente: “Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: (...) gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo [...] La Caja Rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas”, 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 Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 332/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés en los autos de que este Rollo dimana condenamos a la apelante al pago de las siguientes cantidades: a.) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b.) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c.) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d.) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha en que fueron abonadas hasta la de la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces; no se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ambas instancias».

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

1.- La procuradora D^a Nuria Arnaiz Llana, en representación de D^a XXXXX y YYYY interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 3º 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 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89.3.3º letra “c” 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 y YYYYYY contra la sentencia dictada, el día 20 de octubre de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª), en el rollo de apelación n.º 332/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 414/2016, 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 2 de mayo de 2001, Caja Rural de Asturias S.C.C. (en lo sucesivo, Caja Rural), como prestamista, y D. XXXX y YYYY como prestatarios, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó la siguiente cláusula:

«QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: (...) gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo (...) La Caja rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se ocasionen o devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas».

2.- Los Sres. XXXX y YYYY presentó 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 litigiosa y ordenó la devolución de las cantidades abonadas por su aplicación.

3.- La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación del banco, y concedió al cliente, con cargo al banco, el reintegro de la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

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

Planteamiento:

1.- Los Sres. Rodríguez Fernández y García Álvarez 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 efectividad y no vinculación 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 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.

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

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.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

2.- 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.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (único tributo al que se refiere) es el prestatario, puesto que lo único que hace es, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento vigente en la fecha de suscripción del contrato.

5.- Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, 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 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.

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^a 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.

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 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.

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

En la medida que la sentencia recurrida no se opone a estos criterios, específicamente en la solución adoptada respecto de la distribución de gastos, este último tercer motivo de casación también debe ser desestimado.

NOVENO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. XXXX y YYYY contra la sentencia núm. 327/2017, de 20 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6ª, en el recurso de apelación núm. 332/2017.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido.

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.

CASACIÓN núm.: 5025/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 48/2019

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.^a M.^a 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.^a XXXX y YYYY, representados por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 295/2017, de 29 de septiembre de 2017, dictada por la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm. 280/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 410/2016

del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., representada por la procuradora D.ª María Soledad Gallo Sallent y bajo la dirección letrada de D.ª Elena Valero Galaz.

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 y YYYY, interpuso demanda de juicio ordinario contra Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, 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 05 de agosto de 2005 de UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce:

“QUINTA: GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA Serán a cargo de la Parte Prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán a cargo de la Parte Prestataria: [...] b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca. c) Impuestos f) Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones para la liquidación e inscripción de la presente escritura y de las previas necesarias. [...] En particular, reconocen expresamente, que la determinación de la gestoría de mutuo acuerdo entre la parte prestataria y U.C.I. Responde a los intereses de ambas partes, basados, por una parte, en la efectiva entrega y recepción, por la parte prestataria, del importe íntegro del préstamo en este acto, sin haberse constituido aún la hipoteca a favor de U.C.I. mediante su inscripción registral; y por otra parte, en la seguridad para U.C.I. de que se lleven a efecto, y con la debida diligencia, todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y

de las previas necesarias, en su caso, trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de hipoteca una vez inscrita. Por ello, las partes reconocen que, de no existir acuerdo en la determinación de la gestoría, no habrían podido cumplirse, los intereses de las partes, no pudiendo realizarse en tal caso, la entrega y recepción del préstamo en este acto, dado el riesgo asumido por U.C.I. de no obtener la inscripción de su derecho de hipoteca. En virtud de todo ello, y en particular en orden a la inscripción de la hipoteca, ambas partes atribuyen a esta determinación el carácter de irrevocable”.

»b) Que se condene a UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, 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 16 de agosto de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, se registró con el núm. 410/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Inés Ucha Tomé, en representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés dictó sentencia de fecha 18 de abril de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Arnaiz Llana, en nombre y representación de XXXXX y YYYYYY sobre acción de nulidad contractual, frente a la entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ucha Tomé,

»DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula Quinta, contenida en el contrato de préstamo hipotecario, concertado por las partes, en fecha 5 de agosto de 2005.

»CONDENANDO a la entidad demandada a la devolución a la actora de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula, con más los intereses devengados de dichas cantidades.

»Las costas procesales ocasionadas se imponen a la entidad demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., Establecimiento Financiero de Crédito.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 280/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés en los autos de que este rollo dimana declaramos la nulidad parcial de la cláusula quinta de la escritura otorgado por los litigantes de 5 de agosto de 2005 ante el Notario de Gijón D. José Luis Rodríguez García-Robés condenando a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO al pago de a.) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b.) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c.) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d.) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad.

»Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la respectiva factura hasta la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas con el recurso».

3.- La parte apelante solicitó el complemento de la anterior sentencia y la Audiencia Provincial dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso de complemento interpuesto por UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. contra la sentencia dictada en este rollo dejamos sin efecto la condena al pago de las costas devengadas en la primera instancia»

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

1.- La procuradora D.^a Nuria Arnaiz Llana, en representación de D.^a XXXX y YYYY interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 3º 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 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89.3.3º letra “c” 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 esta Sala y personadas ante la misma 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 D.^a XXXX y YYYY contra la sentencia dictada, el día 29 de septiembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6.^a), en el rollo de apelación n.º 280/201, dimanante del juicio ordinario n.º 410/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 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 5 de agosto de 2005, Unión de Créditos Inmobiliarios S.A. (en adelante, UCI), como prestamista y Dña. XXXX y YYYY 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. Serán a cargo de la parte prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como lo que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán de cargo de la Parte Prestataria: [...] b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca c) impuestos f) los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones para la liquidación e inscripción de la presente escritura y de las previas necesarias [...] En particular, reconocen expresamente, que la determinación de la gestoría de mutuo acuerdo entre la parte prestataria y UCI responde a los intereses de ambas partes, basados, por una parte, en la efectiva entrega y recepción, por la parte prestataria, del importe íntegro del préstamo en este acto, sin haberse constituido aún la hipoteca a favor de UCI mediante su inscripción registral; y por otra parte, en la seguridad para UCI de que se lleven a efecto, y con la debida diligencia, todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de las previas necesarias, en su caso, trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de

hipoteca una vez inscrita. Por ello, las partes reconocen que, de no existir el acuerdo en la determinación de la gestoría, no habrían podido cumplirse, los intereses de las partes, no pudiendo realizarse en tal caso, la entrega y recepción del préstamo en este acto, dado el riesgo asumido por UCI de no obtener la inscripción de su derecho de hipoteca. En virtud de todo ello, y en particular en orden a la inscripción de la hipoteca, ambas partes atribuyen a esta determinación el carácter de irrevocable».

2.- Los Sres. XXXXX y YYYYY interpusieron una demanda de juicio ordinario contra UCI, 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.- UCI recurrió en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, declaró la nulidad de la cláusula litigiosa en cuanto a la atribución de gastos y condenó a la entidad prestamista al pago de: a) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la respectiva factura hasta la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces.

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

Planteamiento:

1.- Los Sres. XXXXX y YYYYY 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 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.

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.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLUCU, 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.

2.- 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.- 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, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento.

5.- Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, 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 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.

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. 517.2.4ª 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.

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.

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

En la medida que la sentencia recurrida no se opone a estos criterios, específicamente en la solución adoptada respecto de la distribución de gastos, este último tercer motivo de casación también debe ser desestimado.

NOVENO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. XXXXX y YYYY contra la sentencia núm. 295/2017, de 29 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6.ª, en el recurso de apelación núm. 280/2017.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido.

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.



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.^a M.^a 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.^a XXXX y YYYY, en su propio nombre y en representación de la comunidad hereditaria de su padre D. ZZZZ, representadas por la procuradora D.^a 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^a 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.ª 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 1ª Instancia nº 6 de Avilés, procede revocar parcialmente la misma, en el sentido de excluir de la nulidad acordada por la sentencia de 1ª 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 Dª 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.ª 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 3º 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 3º 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^a 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^a, 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 ZZZZZ 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.



CASOS PRÁCTICOS¹. *Por el Seminario de Derecho Registral de Madrid. Por Luis Delgado Juega, Enrique Amérigo Alonso y Ernesto Calmarza Cuencas.*

1.- CONCURSO DE ACREEDORES. Compraventa existiendo apertura de la fase de liquidación, no siendo firme el auto que lo aprueba. Manifestación posterior del administrador concursal (a efectos de subsanar el defecto alegado por el registrador consistente en la carencia de tal firmeza), declarando que hay un recurso interpuesto contra el plan de liquidación por un acreedor, pero que en nada afecta a las ventas de la sociedad concursada formalizadas hasta la fecha. Doctrina al respecto de la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2018.

Se suspendió la inscripción de una escritura de compra realizada por una importante entidad en situación de concurso, con apertura de la fase de liquidación, por no ser firme el auto que aprueba el plan de liquidación.

Se presenta para subsanar el defecto alegado un escrito por la Administración concursal afirmando que se ha interpuesto un único recurso contra el plan de liquidación por un acreedor, que ni propone al Plan de Liquidación, ni impugna el procedimiento de venta, ni en definitiva, justifica el encaje de sus alegaciones en relación con el ámbito objetivo del plan de liquidación. Señala en definitiva la administración concursal que el recurso interpuesto en nada afecta a las ventas de la sociedad concursada formalizadas hasta la fecha.

Se plantea si fue acertada la nota de calificación, máxime tras la doctrina de la resolución de 4 de julio de 2018, relativa a un supuesto de rehabilitación del concursado que admite la inscripción de la venta aun no siendo firme la sentencia de conclusión del concurso; y de ser acertada si puede subsanarse el defecto con la documentación presentada.

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Se consideró por algunos de los asistentes que conforme a la doctrina de alguna resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, la resolución de 6 de julio de 2015, que exige la firmeza del auto de aprobación del plan de liquidación para la cancelación de embargos) podría fundamentarse una calificación negativa, evitándose con la misma la aparición de terceros protegidos en caso de revocación del auto de aprobación del plan de liquidación.

No obstante, mayoritariamente se afirmó que conforme a la reciente resolución de 4 de julio de 2018, en el supuesto de que el recurso interpuesto no tuviese efectos suspensivos, sería procedente practicar la inscripción solicitada, pues como señala el Centro Directivo, “en caso de liquidación, entre la tutela del interés de los acreedores a cobrar cuanto antes conforme a la clasificación de los respectivos créditos y el interés de la sociedad deudora o de cualquier otro legitimado que hubiera apelado el auto de aprobación del plan, la Ley opta claramente en favor del primero, dejando abierta, sin embargo, la posibilidad de que el juez, razonándolo convenientemente, suspenda total o parcialmente la realización de las operaciones de liquidación”.

Por ello, con independencia del contenido del escrito de la Administración Concursal debía procederse a la inscripción, siendo lo relevante que el recurso interpuesto no suspendiese la ejecución, circunstancia que debía de acreditarse mediante la oportuna resolución judicial. Y ello porque la admisión del recurso no tiene, por regla general, efectos suspensivos, si bien, el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar motivadamente la suspensión al admitir el recurso, y esta decisión puede ser revisada por la Audiencia Provincial (artículo 197.6 de la Ley Concursal).

En todo caso, para evitar la aparición de terceros amparados por la fe pública registral, la inscripción de la transmisión no debe determinar la cancelación de la anotación del Concurso, que debe constar en la publicidad registral. Esta circunstancia, como ha señalado el Centro Directivo en la citada resolución de 4 de julio de 2018, “no implica la concurrencia alguna de dos situaciones jurídicas aparentemente contradictorias en el Registro de la Propiedad. Lejos de ello, al informar al actual y futuros adquirentes de la falta de firmeza de la resolución judicial que declaró la conclusión del concurso, estos quedan advertidos del estado claudicante de su derecho.”

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

2.- PROPIEDAD HORIZONTAL. Modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal una vez inscrito, debido a un error en la expresión de la superficie cuando se declaró la obra y se constituyó la propiedad horizontal, cuyo error afecta singular y exclusivamente a uno de los departamentos: necesidad de acuerdo previo de la junta de propietarios y el consentimiento del o de los propietarios que resulten afectados por la rectificación. Innecesidad del consentimiento individualizado de los que aparecen como titulares registrales del resto de los departamentos.

Se consulta mucho en las oficinas en los últimos tiempos sobre los requisitos para inscribir la modificación de estatutos de una PH para prohibir el alquiler turístico. ¿Cuáles son los requisitos para la inscripción? Deben ir uno por uno todos los propietarios a firmar o basta con que fuera el presidente de la comunidad, en base al acuerdo unánime de la Junta.

La cuestión plantea los siguientes problemas:

1.- ¿Pueden los estatutos de una propiedad horizontal excluir el uso turístico de sus departamentos?

2.- Si es posible, la restricción no está en los estatutos y pretende establecerse a posteriori: ¿basta el acuerdo colectivo de la comunidad de propietarios o es necesario el consentimiento individualizado de cada propietario?

La respuesta de los asistentes a la primera pregunta fue unánime en sentido afirmativo, partiendo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2008 permite que los estatutos contengan cláusulas prohibitivas o limitadoras de actividades determinadas si están establecidas en atención al interés general de la misma comunidad. El Tribunal Constitucional en las Sentencias 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo, estimó que en el régimen de propiedad horizontal la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justificaba la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares, sin que ello pudiese afectar al art. 33 de la CE. En los usos turísticos existe una realidad social, que tiene como trasunto numerosas normas autonómicas en este sentido, que considera que la utilización de las viviendas para este uso es un problema que trasciende al derecho singular de propiedad de cada uno de los departamentos para convertirse en un problema colectivo. Ningún obstáculo debe existir para admitir prohibiciones en este sentido.

Para el análisis de la segunda cuestión, se trajo a colación la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado y singularmente la resolución de 27 de julio de 2018; *“Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005, 19 de abril de 2007, 27 de diciembre de 2010, 8 de abril y 30 de julio de 2011, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 24 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2017), en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta -cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal-), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de*

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). Ciertamente, en este último caso no podría inscribirse la modificación si no se ha otorgado «uti singuli» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales.”

En los supuestos de hecho de cada una de las resoluciones que tratan de este problema se refieren a modificaciones que afectan singularmente a departamentos. Si la modificación estatutaria afecta a algún departamento, y no a todos, es necesario el consentimiento individualizado de titular del mismo. Ahora bien, si la modificación pretendida no se refiere a un departamento en concreto sino al establecimiento de una restricción de un uso que afecta colectivamente a todos, la mayoría de los asistentes consideró que, en un supuesto como el que nos ocupa, no existe ningún obstáculo para ello.

En pro de esta tesis militan las siguientes ideas:

1.) Si no hay ningún obstáculo para establecer normas estatutarias de este tipo originariamente, debe aceptarse que, siendo competente la junta de propietarios para la adopción de acuerdos sobre modificaciones de los estatutos de la propiedad horizontal, se establezcan a posteriori (cfr. art. 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal).

2.) La adopción del acuerdo requiere unanimidad, por lo que cualquier propietario puede vetar la decisión de la mayoría y hacer uso de su derecho. No existe preterición alguna del mismo que provoque una situación de indefensión.

3.) Se trata de modificaciones que no afectan singularmente a un propietario sino a todos.

4.) Existe una realidad social que considera que el establecimiento de uso turístico para los departamentos de la propiedad horizontal es un problema que trasciende al interés particular del propietario y que afecta a la comunidad en su conjunto. La regulación de esta cuestión en numerosas normas autonómicas es clara al respecto. Las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

5.) La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para el Derecho catalán, considera que la junta de propietarios es competente para establecer modificaciones estatutarias que restrinjan el uso turístico de los departamentos, si bien dichas restricciones no son oponibles al propietario que se oponga a dicho acuerdo. Si bien aplica los preceptos del CCCat, su doctrina es totalmente extrapolable al Derecho común. En este sentido las sentencias de 19 de mayo 2016 y de 13 de septiembre de 2018. La diferencia con el Derecho común es que si uno de los propietarios se opone, dada la necesaria unanimidad, no procede la modificación estatutaria.

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

3.- ARRENDAMIENTOS URBANOS. COMPRAVENTA DE VIVIENDA. NOTIFICACIONES A EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO: si las condiciones esenciales de la venta son iguales a las notificadas para el ejercicio del tanteo, una vez acreditado debidamente este extremo y transcurrido el plazo legal para ejercitar el tanteo, no cabe ejercitar ya el retracto, y la compraventa puede inscribirse.

Por escritura autorizada en septiembre de 2018 se vende una vivienda. En el apartado de arrendamientos se señala que la misma está arrendada a doña MD. A continuación consta “Mediante acta de envío de carta por correo certificado con aviso de recibo, autorizada por mi en este mismo lugar, el 31 de julio de 2018, la parte vendedora ha notificado a la arrendataria la venta del inmueble, su precio y el plazo de 30 día desde la recepción de la comunicación- que se realizó el 9 de agosto de 2018- por si quisiera ejercitar el derecho de tanteo, y si transcurrido el plazo no se ejercitara se procederá a la venta, subrogándose el nuevo propietario en el contrato de alquiler”

Se acompaña el acta, de la que resulta dicha notificación, su recepción, y el texto de la misma en el que consta que se venderá libre de cargas con todos sus enseres por un precio de X euros, pagaderos al contado. El precio de la venta coincide, y se satisface en cuanto a Y en un cheque y el resto se retiene para el pago del adeuda del Impuesto de bienes Inmuebles. ¿Debe exigirse también la posterior notificación al arrendatario de las condiciones esenciales de la venta?.

Conforme al artículo 25.5 LAU para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Se refiere este precepto a la notificación para el tanteo, con carácter previo a la venta; y a la prevista para el ejercicio del derecho de retracto cuando no se hubiese hecho la notificación prevenida para el tanteo o se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la compraventa o menos onerosas sus restantes condiciones esenciales.

Si el arrendatario no ejercita el tanteo dentro de los 30 primeros días de vigencia de la notificación, no puede ya ejercitar el retracto. Pero, en principio, esto no excluiría que se le deba notificar también la venta, pues las condiciones esenciales de ésta pueden haber sido distintas de las notificadas por el arrendador.

Sin embargo, si las condiciones esenciales de la venta son iguales a las notificadas para el ejercicio del tanteo, una vez acreditado debidamente este extremo tal y como ocurre con el supuesto planteado, no debe existir obstáculo para la inscripción de la transmisión.

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

4.- ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PACTADO CON CARÁCTER VITALICIO.
Extinción automática del mismo una vez fallecido el arrendatario. Prohibición absoluta de subrogación mortis causa: imposibilidad.

En una escritura por la que se eleva a público un contrato de arrendamiento de vivienda se pacta, en cuanto al plazo: “Será vitalicio. Una vez fallecido el arrendatario, el contrato se extinguirá automáticamente, sin que pueda transmitirse al cónyuge, ni a herederos, ni a terceros, por ningún título”.

Se consideró que no existía ningún inconveniente en atribuir carácter vitalicio al contrato de arrendamiento pues el legislador, al regular este contrato, se ha preocupado, en interés del arrendatario, en regular únicamente la duración mínima que debe atribuirse al mismo. E incluso el permitir que al arriendo dure hasta el fallecimiento del arrendatario puede cumplir una importante función social, evitando que personas de avanzada edad tengan que buscar una vivienda durante sus últimos años de vida.

Cuestión distinta es la prohibición absoluta de subrogación mortis causa en este contrato, que resulta contraria al artículo 16.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, según el cual, “En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a tres años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los tres primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los tres años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad.”

Por ello, se consideró que la cláusula estipulada únicamente sería susceptible de inscripción si se excluyese la subrogación mortis causa si el fallecimiento del arrendatario se produjese transcurridos tres años de la celebración del contrato.

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.



CASOS PRÁCTICOS¹. *Por el Servicio de Estudios Registrales de Bilbao, por la cesión de estos casos del Seminario de Derecho Registral de Bilbao.*

1.- OPERACIONES PARTICIONALES.

Se presenta copia parcial y copia simple de la escritura total a mi requerimiento.

Se trata de una herencia, en la que el causante otorga testamento, con poder testatorio por plazo de 10 años, a favor de una persona ajena a la familia.

Son interesados, la viuda y dos hijos mayores de edad, comparecientes.

En el testamento, el causante nombra herederos a sus dos hijos, y poder testatorio para que el comisario, disponga de todos sus bienes, distribuyéndolos entre los citados hijos, y facultado para que dote de contenido económico la institución de herederos a favor de los citados hijos, intervivos o mortis causa, haciendo conforme al Derecho Civil Vasco las donaciones, adjudicaciones, sustituciones, exclusiones y apartamientos que tenga a bien, sin limitación alguna, conservando mientras no haga uso del poder que se le confiere la representación de la herencia y la administración de los bienes relictos.

Se ha hecho uso anteriormente del poder. Ahora se practican las operaciones y las adjudicaciones: Viuda, derecho de usufructo y los hijos, por iguales partes la nuda propiedad.

En el momento de la aceptación, los herederos (hijos), ACEPTAN LA ADJUDICACION CON LA LIMITACION DURANTE EL PLAZO DE 10 AÑOS, DE QUE PARA DISPONER O GRAVAR LOS BIENES SOLO LO PODRAN HACER CON EL CONSENTIMIENTO DEL COMISARIO. Dicha limitación no aparece en ninguna otra parte de las citadas escrituras. Se ignora si dicho pacto es impuesto por el Comisario (no tiene esas facultades atribuidas en el testamento) o si se la autoimpone el heredero. ¿Tiene esa facultad el Comisario? ¿Puede gravar la legítima? Si fuese unilateral, ¿considerarse que tiene carácter personal, revocable unilateralmente en cualquier momento y por tanto no inscribible?

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

La complejidad del caso planteado supone la necesidad de desgranar las distintas cuestiones y supuestos de manera sistematizada.

Dicho análisis debe siempre realizarse sobre la premisa de que el pacto limitativo cuya inscribibilidad se plantea es una prohibición de disponer, y como tal, conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria sólo son inscribibles las impuestas a título gratuito.

Sentado claramente que la referida prohibición no se encuentra establecida en el testamento, la cuestión es determinar quién la estipula, y si en ese caso sería inscribible.

Por tanto, en primer lugar debemos analizar si entra dentro de las facultades del comisario la posibilidad de establecer tal limitación. Conforme al artículo 33 de la ley de derecho civil vasco el Comisario a falta de disposición expresa del testador tendrá todas las facultades que corresponderían al testador según la ley y el derecho supletorio. Aunque parece que, al menos teóricamente, es posible que el comisario pueda establecer esas limitaciones, en la práctica no se suele hacer, lo cual puede considerarse como costumbre del derecho de familia vasco. Además se constituye el propio Comisario como garante de la limitación, al supeditarla a su consentimiento, autoatribuyéndose a sí mismo una facultad nueva como es la de condicionar la disposición a su consentimiento, atribuyéndose en definitiva una especie de facultad de disposición que va más allá de sus facultades. Además no se recoge causa justificativa suficiente que permita admitir tal limitación a la facultad de disposición

Si fuesen los propios herederos los que están estableciendo la limitación, se trataría de una autolimitación, la cual no se encuentra dentro del ámbito inscribible y no obedece a causa alguna.

En relación a la intangibilidad de la legítima, una limitación como ésta, que no está constituida a favor de otros legitimarios supone una vulneración de la legítima. No obstante, se trata de un ejercicio parcial del poder testatorio, por tanto, es posible que con la otras disposiciones quedase cubierta la legítima. Por tanto debe poder comprobarse a través del inventario y los documentos que recogiesen los anteriores ejercicios del poder testatorio que se ha cubierto la cuota legitimaria o quedan bienes suficientes para poder cubrirla en el futuro.

2.- DERECHO DE USUFRUCTO Y DE HABITACIÓN CONSTITUIDO SOBRE UN BIEN A FAVOR DE UNA MISMA PERSONA:

En una partición de herencia se adjudica sobre una vivienda al hijo la mitad indivisa en pleno dominio y la nuda propiedad de la otra mitad indivisa y a la viuda en pago de sus derechos legitimarlos el usufructo de la mitad indivisa y el derecho de habitación regulado en la ley foral.

¿Puede una misma persona ser titular simultáneamente de ambos derechos?

¿Sería necesario aclarar las piezas de la vivienda que el habitacionista tiene derecho a ocupar?

El usufructo y el derecho de habitación no tienen el mismo objeto. Así el usufructo recae sobre una mitad indivisa mientras que el derecho de habitación tiene por objeto la totalidad de la vivienda.

Si bien el hecho de no aclarar las piezas de la vivienda sobre la que va a recaer el derecho de habitación puede parecer contrario al principio de determinación que preside la actividad registral, ha de tenerse en cuenta que la extensión del derecho de habitación es variable a lo largo de la vida del derecho ya que depende de las circunstancias del habitacionista y su familia.

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

3.- FALLECIDO UN CÓNYUGE NOMBRA AL OTRO COMISARIO, HABIENDO DOS HIJAS. SE VA A PROCEDER A LA VENTA DE UN BIEN QUE INTEGRA LA MASA HEREDITARIA, PERO POR DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS LA COMISARIO Y UNA DE LAS HIJAS NO PUEDEN ACUDIR A LA NOTARÍA Y OTORGAN UN PODER DE VENTA A LA OTRA HIJA DETERMINANDO EL BIEN EN CONCRETO Y LA PERSONA DEL COMPRADOR.

Si bien es cierto que el cargo de Comisario foral es personalísimo, y por tanto no puede ejercerse a través de representante, en los casos en los que la formación del negocio se ha hecho por el propio comisario, y lo que se hace es otorgar un poder específico y concreto, en el fondo el apoderado se asemeja más a un nuncio que a un representante, ya que sólo firma el contrato sin tomar decisiones al respecto. Por ello, en estos supuestos es preciso ponderar todas las circunstancias concurrentes en el acto jurídico realizado a través de apoderado y en el propio título de apoderamiento.

En el caso concreto no se encontraba determinado el precio de la venta. Ello motivó que se entendiese por parte de los asistentes que estaba tomando ya alguna decisión al respecto, por lo que parecía que violaba el carácter personalísimo del ejercicio del cargo de comisario.

4.- EXISTIENDO UNA COMUNIDAD ENTRE DOS PERSONAS SE CONCEDIERON UN DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE PARA LA PRIMERA VENTA DURANTE 25 AÑOS. HAN PRACTICADO LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO SIN ALUDIR EN NADA AL TANTEO Y RETRACTO.

Se plantea la posible extinción por confusión de derechos, lo cual es afirmativo respecto del que se queda la finca, pero no para la otra parte. Además no ha habido aún una primera venta.

Si bien civilmente puede entenderse extinguido el derecho por falta de causa, que era la comunidad existente, hace falta el consentimiento expreso de su titular registral para cancelar en el Registro el derecho adquisición preferente. Ahora bien, tal consentimiento puede considerarse como obligatorio por lo que en caso de negativa a prestarlo se podrá demandar en juicio.

¹El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

CASACIÓN núm.: 2982/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

Guiu

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 44/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 20 de abril de 2018, dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 287/2017 del Juzgado de Primera Instancia 3 de Telde, sobre condiciones generales de la contratación.

El recurso fue interpuesto por Bankia S.A., representada por el procurador D. David Martín Ibeas y bajo la dirección letrada de D. Manuel García-Villarubia.

Es parte recurrida D.^a XXXX, representada por el procurador D. Juan Marcos Déniz Guerra y bajo la dirección letrada de D.^a María Auxiliadora Medina García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Marcos Déniz Guerra, en nombre y representación de D.^a XXXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que declare:

» A. Nulidad de la estipulación segunda del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de diciembre de 2005; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites del suelo del 2,75%, fijados en aquella.

» B. La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual segunda de limitación a la variación de los tipos de interés, declarando que la entidad proceda a la devolución de aquellas cantidades abonadas indebidamente por mi mandante durante la aplicación de dicha cláusula.

» C. Nulidad de la cláusula quinta y sexta de imputación de gastos al prestatario.

» D. Se condene a la entidad BANKIA S.A., a estar y pasar por la anterior declaración, y al abono a la actora de cuantas cantidades ha abonado en exceso por la aplicación de la cláusula quinta y sexta de imputación de gastos, según el cálculo realizado en el cuerpo del presente escrito.

» E. Nulidad de la cláusula séptima apartado tercero de intereses de demora.

» F. Se condene a la entidad Bankia S.A., a estar y pasar por la anterior declaración, y al reintegro, a favor de Dña. XXXXX de cuantas cantidades haya ésta abonado a la entidad por la aplicación de la cláusula declarada nula.

» G. A pagar a los demandantes los correspondientes intereses legales.

» H. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 22 de marzo de 2017 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde, fue registrada con el núm. 287/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ángel L. Nieto Herrero, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde dictó sentencia de 19 de septiembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que, estimando parcialmente la demanda formulada por el procurador de los tribunales D. Juan Déniz Guerra, en nombre y representación de Dña. XXXX, contra la parte demandada, Bankia S.A., debo:

» -Declarar nula la estipulación cuarta (cláusula suelo 4.4) pactada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de diciembre de 2005 y, en consecuencia, condenar a la entidad demandada al pago al actor de las cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula suelo desde la fecha del contrato, que debieron haberse liquidado al tipo de interés remuneratorio pactado en lugar de al 2, 75%, más el interés legal desde la fecha de cobro, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia. La cantidad objeto de condena devengará el interés legal más dos puntos desde el dictado de esta sentencia (art. 576 LEC).

» -Declarar la nulidad de la cláusula de interés de demora (18,50% anual), estipulación séptima del contrato.

» - Declarar la nulidad de la estipulación sexta del contrato sobre "gastos" y, en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago de 960, 82 euros, conforme al desglose realizado en el fundamento sexto, más el interés legal del dinero desde la fecha de pago de cada desembolso. La cantidad objeto de condena devengará el interés legal más dos puntos desde el dictado de esta sentencia (art. 576 LEC).

» - Desestimo el resto de pedimentos.

» - Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a XXX. La representación de Bankia S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 1103/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 20 de abril de 2018, cuyo fallo dispone:

«Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A., revocando la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2017, en el único sentido de: Condenar a Bankia, S.A. a la devolución a la actora de la suma de 2.933,94 euros, más el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera. Con expresa condena en costas de la primera instancia a la demandada. Confirmando el resto de pronunciamientos.

» No imponer las costas del recurso a ninguna de las partes, con devolución de la totalidad del depósito constituido [...]».

Con fecha 7 de mayo de 2018 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Subsanar el error material padecido en el fallo de la sentencia de fecha 20 de abril de 2018, en el sentido de que donde se dice "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A., ...", cuando debe decir "Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dña. XXXX, ...", manteniéndose invariable el resto de la sentencia dictada en el presente rollo de apelación».

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

1.- El procurador D. Ángel Luis Nieto Herrero, en representación de Bankia S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción de los artículos 80.1 y 82.1 del TRLCU en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2 del TRLCU (de conformidad con el artículo 4, apartados 13 y 15, y la parte B del Anexo H, apartado 3, Secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial y en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 80.1 del TRLCU (= artículo 10.1 de la LCU), en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción de los artículos 87.5 (= apdo 7ª bis de la Disposición adicional primera de la LCU) y 82.1 del TRLCU (= artículo 10.1 e) 3 de la LCU), en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios relevantes del juicio de desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe y la imposibilidad de que este juicio desemboque en un control de precios, justificándose sin admisión en la vulneración de esta jurisprudencia».

«Cuarto.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 89.3 del TRLCU (=Disposición Adicional Primera, V, 22ª de la LCU), en relación con la Norma Sexta (Anexo II) del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y la Norma Octava (Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento unitario del préstamo hipotecario al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial y en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

«Quinto.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 89.4 del TRLCU (= Disposición Adicional Primera, V, 23ª de la LCU), justificándose su admisión en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de julio de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.ª XXXX se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2018, en que ha tenido lugar. El Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo no intervino en la deliberación, votación y fallo del recurso por encontrarse de permiso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D.^a XXXX concertó el 13 de diciembre de 2005 un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda con Caja Insular de Ahorros de Canarias, que posteriormente fue absorbida por Bankia S.A. (en lo sucesivo, Bankia). Dicho contrato estaba integrado por condiciones generales predispuestas por la caja de ahorros prestamista.

2.- El 22 de marzo de 2017, D.^a XXXX interpuso una demanda contra Bankia en la que solicitó que se declarara la nulidad de varias cláusulas del contrato de préstamo y que Bankia le pagara las cantidades que había cobrado indebidamente por la aplicación de tales cláusulas.

En concreto, solicitó la nulidad de la cláusula que limitaba la variación a la baja del interés remuneratorio («cláusula suelo»); de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario, entre los que se incluían expresamente los aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría; de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5% anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85%.

3.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la «cláusula suelo», de la cláusula relativa al interés de demora y de la cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos. Como consecuencia de esta declaración de nulidad, condenó a Bankia a pagar a la demandante las cantidades que había cobrado por la aplicación de la cláusula suelo, la totalidad del «gasto por razón de la inscripción en el Registro de la Propiedad» y la mitad del «gasto por intervención Notarial» y de los gastos de gestoría.

La sentencia desestimó la solicitud de anulación del resto de las cláusulas impugnadas, en concreto, la que establecía la comisión de apertura, que consideró que formaba parte del precio, y no condenó al pago del resto de cantidades correspondientes a gastos e impuestos que habían sido pagados por la prestataria.

3.- Esta sentencia fue apelada por la prestataria, que solicitó que se condenase a Bankia a pagarle la totalidad de los gastos correspondientes a la intervención del notario, la cantidad correspondiente al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por la constitución de la hipoteca, la totalidad de los gastos de gestoría, y que se declarase la nulidad, por abusiva,

de la cláusula que establecía la comisión de apertura y se condenase a Bankia a restituírle la cantidad cobrada por tal comisión.

4.- La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Declaró que correspondía al banco el pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría y correspondía al consumidor el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (a excepción de la mitad del derecho de cuota fija derivado del timbre de los folios de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario), por lo que condenó a Bankia a pagar a la prestataria el importe de las partidas indebidamente abonadas por dicha prestataria. Por último, declaró la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y condenó a Bankia a restituir a la prestataria la cantidad cobrada por este concepto.

5.- Bankia ha interpuesto un recurso de casación basado en cinco motivos, que han sido admitidos. En los mismos se cuestiona, exclusivamente, la declaración de nulidad de la cláusula que establece la comisión de apertura del préstamo hipotecario, con la consiguiente condena a restituir lo cobrado por dicha comisión, y la condena a pagar la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría, que, según la recurrente, deberían ser abonados por mitad por prestamista y prestatario.

La demandante no ha recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos primero y tercero*

1.- En el encabezamiento del primer motivo se denuncia la infracción «de los artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU) en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, con el artículo 60, apartados 1 y 2, del TRLCU (de conformidad con el artículo 4, apartados 13 y 15, y la parte B del Anexo H, apartado 3, Secc. 4, de la Directiva 2014/17) y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y encuadramiento normativo de las cláusulas de un contrato de préstamo que afectan al conocimiento cabal y completo del precio total del crédito [...]»

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la comisión de apertura forma parte del precio total del contrato de préstamo y se integra como elemento destacado y de presencia necesaria en la tasa anual equivalente

(en lo sucesivo, TAE) y en las fichas de información normalizada, y, por ello, es uno de los extremos relevantes junto con el interés remuneratorio que permite al consumidor valorar el precio total del crédito y comparar entre distintas ofertas.

Al hecho de ser parte integrante y necesaria del precio total del crédito se une su conexión necesaria con prestaciones y tareas a cargo del prestamista que son inseparables y presupuesto imprescindible de la concesión de crédito y su disfrute por el consumidor (estudio y análisis de la solicitud, evaluación de la solvencia y capacidad de repago del solicitante de crédito, gestión hasta la puesta a disposición de los fondos en el momento y lugar acordados con el solicitante de crédito). Por ello, argumenta la recurrente, la cláusula de comisión de apertura es una cláusula que, en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, define (en parte, no en el todo) el objeto principal del contrato o se refiere a la adecuación entre precio o retribución y parte de los servicios o bienes proporcionados. En consecuencia, concluye, es una cláusula que, de superar el control de transparencia, está excluida del control de abusividad del artículo 82.1 del TRLCU.

3.- La recurrente argumenta también que las normas del Derecho de la Unión Europea y de Derecho interno que regulan la transparencia en la contratación con los consumidores y, en concreto, en la contratación bancaria, no pretenden interferir en la estructura de la retribución a cargo de los consumidores sino que establecen los mecanismos para que, sea cual fuere la estructura y contenido de los pagos que deba hacer el consumidor por la concesión y disfrute del crédito, este pueda percibir, comprender y apreciar cuál es el impacto de los pagos sobre el coste efectivo que para él supone la oferta de crédito, y de este modo poder evaluar, comparar y tomar la mejor decisión.

4.- El encabezamiento del tercer motivo del recurso tiene el siguiente enunciado:

«[...] infracción de los artículos 87.5 (= apdo 7ª bis de la Disposición adicional primera de la LCU) y 82.1 del TRLCU (= artículo 10.1 e) 3 de la LCU), en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios relevantes del juicio de desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe y la imposibilidad de que este juicio desemboque en un control de precios, justificándose sin admisión en la vulneración de esta jurisprudencia».

5.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial ha realizado un control del precio del contrato al imponer una

determinada estructura del precio, que estaría integrado exclusivamente por el interés remuneratorio, de modo que excluye la comisión de apertura, y ha aplicado incorrectamente los criterios de abusividad previstos en el TRLCU.

6.- La estrecha relación existente entre los argumentos expuestos en los motivos primero y tercero aconsejan su resolución conjunta.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia*

1.- Para resolver la cuestión planteada en estos motivos del recurso, es preciso exponer los principales argumentos en los que la sentencia de la Audiencia Provincial funda la declaración de que la cláusula que establece la comisión de apertura es abusiva. Son argumentos que, en lo sustancial, se contienen en la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales que consideran abusiva esta cláusula y su contradicción con la línea mantenida por otras Audiencias Provinciales justifica el interés casacional del recurso.

2.- La Audiencia Provincial, en su sentencia, examinó la normativa que regula la transparencia bancaria en las operaciones con los clientes y concluyó que «no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión [de apertura] y de la posibilidad de repercutir [en los clientes] dichos gastos, claro está siempre que estos existan y se acrediten». Tras lo cual, afirmó que las actuaciones en las que la entidad bancaria pretende justificar el cobro de dicha comisión no justifican el cobro de dicha comisión porque se trata de actividades internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente y que por tanto no cabe su retribución.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial añade que, aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad, se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU. Tal proporcionalidad no estaría probada en este caso.

Para la Audiencia, la retribución de la entidad bancaria radica exclusivamente en el interés que devenga el capital prestado y no existe justificación para que el prestamista sea retribuido al margen de dicho interés, con la comisión de apertura. La existencia de una normativa bancaria que regula

la comisión de apertura no sería óbice para la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios «en cuanto que dicha normativa no impone la introducción dentro de los contratos de préstamo de la comisión de apertura sino que tan solo regula su transparencia y límites».

4.- Concluye la Audiencia Provincial con esta afirmación:

«En definitiva, dado que la referida comisión de apertura no se percibe como correspondiente a servicio o gasto real y efectivo alguno y además tampoco (considerado como gasto difuso inherente a la actividad de la concesión del préstamo) se conoce ni acreditó su proporcionalidad, debe declararse su nulidad».

5.- Expuestos los razonamientos de la sentencia recurrida, procede examinar la normativa sectorial aplicable.

La regulación de la comisión de apertura en la normativa sobre transparencia bancaria estaba contenida, en el momento en que el contrato de préstamo fue concertado (13 de diciembre de 2005), en las normas que a continuación se exponen.

6.- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, establecía en su art. 5:

«Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

» No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo.

» En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos».

7.- La Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificó lo dispuesto en anteriores circulares del Banco de España para adaptarse a lo

previsto en la citada orden. En la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, el apartado 1-bis-b de la norma tercera estableció:

«En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el artículo 1 de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [...], la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo».

La Circular 8/1990 regulaba también cómo debía calcularse la tasa anual equivalente (TAE) y se establecía:

«En el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo».

Una previsión similar se incluyó posteriormente en la Circular 5/2012, de 27 de junio.

8.- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en el apartado 4 de su anexo II, estableció la siguiente regulación sobre las comisiones:

«4. Comisiones.

» 1. Comisión de apertura.- Cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión, que se denominará <comisión de apertura> y se devengará por una sola vez. Su importe, así como su forma y fecha de liquidación, se especificarán en esta cláusula. [...]

» 2. Otras comisiones y gastos posteriores.- Además de la <comisión de apertura>, sólo podrán pactarse a cargo del prestatario: [...]

» c) Las comisiones que, habiendo sido debidamente comunicadas al Banco de España de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo, respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo».

9.- Hecha esta exposición de los razonamientos de la Audiencia Provincial y de la normativa sectorial aplicable, el motivo del recurso debe ser estimado por las razones que a continuación exponemos.

No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del

préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12.- La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene

una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

«En el apartado «Otros componentes de la TAE» se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales».

13.- La argumentación de la sentencia recurrida, según la cual «no existe duda sobre la legalidad de dicha comisión» de apertura para, a continuación, sin que concurren circunstancias excepcionales, afirmar que la misma es abusiva, resulta contradictoria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

14.- La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existencia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige

que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto.

15.- El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.

16.- No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito». Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.º, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción que le dio la Circular 5/1994, de 22 de julio, y así lo hace la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones «inherentes al negocio bancario» que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo.

17.- En este sentido, lleva razón la sentencia del Juzgado de Primera Instancia cuando afirma que «la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio».

Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, en la redacción dada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y «las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos» (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto

de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al art. 5.2.b de la vigente Ley 2/2009.

Por tanto, el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo.

18.- Otro argumento que la Audiencia Provincial expone para declarar la abusividad de la comisión de apertura es que no se ha probado que se hayan prestado los servicios que se retribuyen.

Este argumento no se considera correcto por varias razones.

En primer lugar, resulta contradictorio que la Audiencia afirme que la comisión de apertura corresponde a actividades internas inherentes al negocio bancario, lo que implicaría el carácter abusivo de la misma, para a continuación afirmar que no ha quedado probada la realización de tales actividades, y justificar también la improcedencia de cobrar dicha comisión con base en esa ausencia de prueba.

En segundo lugar, no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo.

19.- No es tampoco aceptable el argumento relativo a la falta de prueba de la proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de las actuaciones iniciales de la concesión del préstamo. Como ya se ha dicho, la fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto.

20.- Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre

todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.

Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

21.- En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*.

Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el «equilibrio prestacional» por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida.

22.- La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la «comisión de riesgo» objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

23.- Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han

preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo.

24.- Lo anteriormente expuesto lleva a que estos dos motivos deban ser estimados y el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso*

1.- En el encabezamiento de este motivo, la recurrente denuncia la «infracción del artículo 80.1 del TRLCU (= artículo 10.1 de la LCU), en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia sustantiva de las cláusulas referidas al precio del contrato».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que la infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial ha soslayado el juicio de transparencia material de la cláusula de comisión de apertura y la ha declarado nula. Según la recurrente, la cláusula supera el control de transparencia exigido por esa norma y la jurisprudencia que la desarrolla.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- La Audiencia Provincial no incurrió en infracción alguna al no realizar el juicio de transparencia material de la cláusula que establece la comisión de apertura.

2.- La demandante había solicitado la nulidad de la cláusula que establecía la comisión de apertura por ser abusiva en cuanto a su contenido, conforme a los apartados 3.º, 4.º y 5.º del art. 89 TRLCU. La demandante no alegó la falta de transparencia de la cláusula ni que le hubiera pasado desapercibida.

3.- El Juzgado de Primera Instancia afirmó en su sentencia que dicha cláusula no era abusiva, y declaró asimismo que superaba no solo el control de incorporación sino también el de transparencia.

4.- Al recurrir la sentencia de primera instancia, la demandante se limitó a impugnar el control de contenido realizado por el juzgado de la cláusula que establecía la comisión de apertura, con argumentos que podrían sintetizarse en la afirmación, contenida en el recurso, de que «procede declarar la nulidad de

la cláusula de comisión de apertura, por abusiva y desproporcionada y por falta de reciprocidad, dado que se fija la comisión sin que conste causa para su devengo ni acredite el servicio al préstamo (sic) que justifique el cobro de esa comisión». En ningún momento cuestionó la apreciación del juzgado sobre la transparencia de la cláusula.

5.- El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación», por lo que no habiéndose planteado en el recurso la cuestión de la falta de transparencia de la cláusula de comisión de apertura, pese a que el juzgado la había declarado transparente y había desestimado que tuviera carácter abusivo, que la Audiencia Provincial no entrara en tal cuestión no supone infracción legal alguna. De hecho, en la oposición al recurso de casación, la demandante no hace alegación alguna respecto de este motivo.

6.- Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

7.- Por otra parte, una vez que los motivos primero y tercero han resultado estimados, y ha sido revocado el pronunciamiento que declara abusiva la comisión de apertura y condena a Bankia a restituir su importe, esta carece de cualquier interés legítimo en este motivo.

SEXTO.- *Formulación del cuarto motivo*

1.- En el encabezamiento de este motivo, Bankia denuncia la «infracción del artículo 89.3 del TRLCU (=Disposición Adicional Primera, V, 22.^a de la LCU), en relación con la Norma Sexta (Anexo II) del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y la Norma Octava (Anexo II) del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tratamiento unitario del préstamo hipotecario al determinar que ambas partes están interesadas en la obtención del préstamo y en su formalización».

2.- En el desarrollo del motivo se explica que la infracción se ha producido porque la sentencia recurrida ha atribuido a Bankia el pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. La recurrente finaliza el desarrollo del motivo con esta alegación, que se ve reflejada posteriormente en el suplico de su escrito de recurso:

«La estimación de este motivo debe determinar la revocación del pronunciamiento de la Sentencia recurrida sobre la condena a BANKIA al pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales. En su lugar, ha de acordarse el pago por mitad de dichos aranceles».

SÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: pago de los gastos de notario y registrador de la propiedad en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores*

1.- No se discute en el recurso el carácter abusivo de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos ocasionados por la preparación, la formalización, la subsanación, la tramitación y la modificación del préstamo hipotecario, la constitución y la cancelación de la garantía, además de otros gastos que aquí no son relevantes. En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaramos la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque «no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se

adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)».

Lo que se cuestiona en el motivo del recurso son los efectos que debe tener esa declaración de abusividad sobre los gastos notariales y de registro de la propiedad.

2.- Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca.

3.- Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

4.- Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.

5.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 del Código Civil no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, 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.

6.- 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 pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, 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, asunto C-483/2016, caso *Zsolt Sziber y ERSTE Bank Hungary Zrt.*

«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».

7.- Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del art. 1303 del Código Civil por las razones expuestas, nos encontraríamos ante 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. Así lo hemos declarado en la sentencia 725/2018, de 19 de diciembre.

8.- La sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que la demandante invocó para fundar la pretensión de que el banco pagara todos los aranceles de notario y de registrador, 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.

En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de 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 la 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.

Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución.

9.- En las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos con relación al pago del 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, lo siguiente:

«Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, 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 hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)».

10.- Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), 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.

11.- El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.

Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por

su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

12.- 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».

13.- Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14.- Es decir, como la normativa notarial vigente 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, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

15.- 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 1.^o, 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 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16.- 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 aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

17.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.

18.- La consecuencia de lo expuesto es que solo puede estimarse el motivo en lo que respecta a la mitad de los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, que corresponde pagar al prestatario, pero no en cuanto a los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista, que fue también la solución adoptada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. En todo caso, dado que Bankia no apeló esta sentencia que le imponía el pago por entero de la cantidad entregada por el prestatario para el pago de los aranceles registrales, no puede pretender que, en el recurso de casación, solo se le imponga el pago de la mitad de estos aranceles.

19.- Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten 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 probable que lleve a cabo 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 del Código Civil).

OCTAVO.- *Formulación del motivo quinto*

1.- En el encabezamiento del quinto y último motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 89.4 TRLCU, anteriormente la disposición adicional primera, V, 23.^a, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- La infracción se habría cometido al atribuir a la prestamista el pago de la totalidad de los honorarios de la gestoría. Según la recurrente, la cláusula relativa al pago de estos servicios no encajaría en el art. 89.4 TRLCU porque el servicio de gestoría no es prestado por el banco al cliente, sino que es prestado por un tercero, y la gestoría actuó en beneficio de ambas partes.

NOVENO.- *Decisión del tribunal: pago de los gastos de gestoría*

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2.- En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata 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.

3.- 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.

4.- 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, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo.

DÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, procede imponer las costas a la apelante, al resultar completamente desestimado su recurso.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 en parte el recurso de casación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia de 20 de abril de 2018, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 1103/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª XXXX contra la sentencia de 19 de septiembre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Telde, que confirmamos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Condenar a D.ª XXXX al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CASACIÓN núm.: 2128/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 46/2019

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.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, ha visto el recurso de casación interpuesto por D. xxxxxx, representado por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 126/2017, de 24 de marzo, dictada por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm. 87/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 538/2016 del Juzgado de

Primera Instancia n.º 11 de Oviedo, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en contrato de préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Liberbank S.A., representada por la procuradora D^a Silvia Casielles Morán y bajo la dirección letrada de D. Víctor Emilio Covián Regales.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, en nombre y representación de D. xxxxx, interpuso demanda de juicio ordinario contra Liberbank 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 30 de octubre de 2006 de LIBERBANK S.A., la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce seguidamente:

“QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: Serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: [...] b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago c) Impuestos de esta operación d) Gastos de Gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos».

b) Que se condene a LIBERBANK S.A., por aplicación del art. 1303 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 mi mandante todos los gastos correspondientes a la constitución del préstamo hipotecario que por aplicación de normas imperativas correspondían al banco y fueron abonadas 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 28 de julio de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo, se registró con el núm. 538/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Carmen Cervero Junquera, en representación de Liberbank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo dictó sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora Sra. Pérez Bayón, en la representación de autos, contra Liberbank, SA:

»1º Declaro la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por las partes el 30 de octubre de 2006

A. Cláusula quinta B: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago.

B. Cláusula quinta D: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago por gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

»2º Se condena a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas por éste en aplicación de las cláusulas anuladas, de conformidad con los fundamentos de la sentencia

»Se desestima la demanda en lo restante, todo ello sin hacer un especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. xxxxxx y por la representación de Liberbank se presentó escrito de oposición al recurso interpuesto y de impugnación de la sentencia.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 87/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. xxxxxx y acoger en parte la impugnación formulada por Liberbank S.A., ambos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de los de Oviedo, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el nº 538/16, la que revocamos en parte, en el sentido de estimar únicamente la demanda en cuanto a la declaración de nulidad por abusivos de los siguientes apartados, que se tendrán por no puestos, de la cláusula quinta del préstamo hipotecario celebrado entre las partes con fecha 30 de octubre de 2006:

1º) La que impone al prestatario el pago de los gastos de aranceles notariales y registrales relativos a la modificación y cancelación de la hipoteca.

2º) La que le impone asimismo los gastos de la expedición de la primera copia de la escritura para el prestamista. Y

3º) Los apartados relativos a gastos derivados de documentos acreditativos de disposiciones, y a comisiones y gastos de otorgamiento de la carta de pago.

»Condenamos a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades que éste hubiera satisfecho en aplicación de las cláusulas anuladas.

»Desestimamos la demanda en lo restante, sin hacer expresa imposición de las costas aquí causadas por recurso e impugnación».

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

1.- La procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, en representación de D. xxxx, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89 (89.2, 89.3 letras “a” y “c”) 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 82.4 c) TRLFGUC, 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[...].»

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 D. xxxxx contra la sentencia dictada, el día 24 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 87/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 538/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo».

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 30 de octubre de 2006, Caja de Ahorros de Asturias (actualmente, Liberbank S.A.), como prestamista, y D. xxxxxx, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó la siguiente cláusula:

«QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: [...] b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las

disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago; c) impuestos de esta operación; d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos».

2.- El Sr. xxxxx presentó una demanda de juicio ordinario contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la mencionada cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de su aplicación. Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró la nulidad de la cláusula quinta b) y quinta d); y condenó a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades satisfechas en aplicación de las cláusulas anuladas.

3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del cliente y estimó en parte la impugnación formulada por el banco, y concedió al cliente el reintegro de los gastos notariales y registrales relativos a la modificación y cancelación de la hipoteca, los gastos de expedición de la primera copia de la escritura y los apartados relativos a gastos derivados de documentos acreditativos de disposiciones, y a comisiones y gastos de otorgamiento de la carta de pago.

SEGUNDO.- *Único motivo de casación. Gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario por un consumidor. Abusividad de la cláusula que atribuye su pago en exclusiva al consumidor*

Planteamiento:

1.- El Sr. xxxxx interpuso un recurso de casación, con un único motivo, en el que denunció la infracción del art. 89.3.3º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU), en relación con el art. 82.4 c) del mismo texto legal y con la jurisprudencia establecida en la SSTS 705/2015, de 23 de diciembre, y 550/2000, de 1 de junio.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera los citados preceptos y las sentencias que se invocan, al no declarar la abusividad de una cláusula que atribuye, sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

2.- 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 de no existir la cláusula abusiva, 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, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. 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.- 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. 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 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.

5.- 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.

6.- 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).

TERCERO.- 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. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

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 a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, 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.

CUARTO.- 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 1.º, 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.

QUINTO.- Gastos de gestión

1.- En cuanto a los gastos de gestión 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.

SEXTO.- *Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia*

1.- En la medida que la sentencia recurrida no se adapta a estos criterios, el recurso de casación debe ser estimado.

2.- Al haberse estimado el recurso de casación, debe asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación formulado por el prestatario y la impugnación formulada el banco.

3.- En primer lugar, debe estimarse en parte el recurso de apelación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la sentencia de primera instancia, sino en su totalidad, en cuanto que, como dijimos en la sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

4.- Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, 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, tasador, 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 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.

5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de declarar 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 pagadas 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).

SÉPTIMO.- *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 y la impugnación, no procede hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia, conforme establece el mismo precepto.

3.- La estimación parcial del recurso de apelación y de la impugnación conllevan 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 15ª, apartado 8, LOPJ.

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 D. xxxx contra la sentencia núm. 126/2017, de 24 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el recurso de apelación núm. 87/2017, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación y la impugnación formulados contra la sentencia núm. 247/2016, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, en el juicio ordinario núm. 538/2016, que revocamos parcialmente, a fin de estimar en parte la demanda formulada por el Sr. xxxxx contra Liberbank S.A., a fin de declarar la abusividad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de octubre de 2006 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 segundo, apartado 4.

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 Liberbank a abonar al Sr. xxxxx 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.

CASACIÓN núm.: 4912/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 47/2019

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.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a XXXXX y YYYYY representados por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 327/2017, de 20 de octubre, dictada por la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 332/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 414/2016 del Juzgado de

Primera Instancia n.º 6 de Avilés, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Caja Rural de Asturias, representada por la procuradora D.ª María de la Concepción Moreno de Barreda Rovira y bajo la dirección letrada de D. César Julio Ramos Alonso.

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 XXXXX y YYYYY interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Asturias Sociedad Cooperativa de Crédito, 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 02 de mayo de 2001 de CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, la cláusula CUARTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce:

“QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO.- Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: [...] gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo [...] la Caja Rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con el objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas”.

»b) Que se condene a CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO, por aplicación del art. 1303 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 abonadas 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 23 de agosto de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Avilés, se registró con el núm. 414/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Isabel Martínez Menéndez, en representación de Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a los demandantes.

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 XXXXX y YYYYYY contra la mercantil CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula Quinta: Gatos a cargo del prestatario contenida en el contrato de préstamo hipotecario, concertado por las partes, en fecha de 2 de mayo de 2001, en la parte cuya redacción es la siguiente: “Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: (...) gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo [...] La Caja Rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas”, 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 Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 332/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés en los autos de que este Rollo dimana condenamos a la apelante al pago de las siguientes cantidades: a.) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b.) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c.) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d.) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha en que fueron abonadas hasta la de la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces; no se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en ambas instancias».

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

1.- La procuradora D^a Nuria Arnaiz Llana, en representación de D^a XXXXX y YYYY interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 3^o 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^o del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89.3.3^o letra "c" 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 y YYYYYY contra la sentencia dictada, el día 20 de octubre de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª), en el rollo de apelación n.º 332/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 414/2016, 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 2 de mayo de 2001, Caja Rural de Asturias S.C.C. (en lo sucesivo, Caja Rural), como prestamista, y D. XXXX y YYYY como prestatarios, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó la siguiente cláusula:

«QUINTA: GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO: Se pactan como gastos que expresamente asume el prestatario los siguientes: (...) gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo la primera copia para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador para su inscripción, modificación o cancelación, certificación del estado de cargas, así como también los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo (...) La Caja rural queda formal e irrevocablemente autorizada por el prestatario para realizar los trámites necesarios con objeto de llevar a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de los documentos previos y complementarios que fueran precisos para la inscripción de esta escritura a través de un Gestor administrativo, siendo de cuenta y cargo del prestatario los gastos, honorarios y tributos que se ocasionen o devenguen por tal motivo y por la inscripción de la escritura correspondiente y demás ante las Oficinas Públicas».

2.- Los Sres. XXXX y YYYY presentó 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 litigiosa y ordenó la devolución de las cantidades abonadas por su aplicación.

3.- La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación del banco, y concedió al cliente, con cargo al banco, el reintegro de la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad.

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

Planteamiento:

1.- Los Sres. Rodríguez Fernández y García Álvarez 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 efectividad y no vinculación 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 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.

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

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.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

2.- 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.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (único tributo al que se refiere) es el prestatario, puesto que lo único que hace es, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento vigente en la fecha de suscripción del contrato.

5.- Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, 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 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.

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. 517.2.4ª 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.

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 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.

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

En la medida que la sentencia recurrida no se opone a estos criterios, específicamente en la solución adoptada respecto de la distribución de gastos, este último tercer motivo de casación también debe ser desestimado.

NOVENO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. XXXX y YYYY contra la sentencia núm. 327/2017, de 20 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6ª, en el recurso de apelación núm. 332/2017.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido.

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.

CASACIÓN núm.: 5025/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez
Valls

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 48/2019

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.^a M.^a 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.^a XXXX y YYYY, representados por la procuradora D.^a Ana Belén Pérez Martínez, bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño, contra la sentencia núm. 295/2017, de 29 de septiembre de 2017, dictada por la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm. 280/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 410/2016

del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de gastos en préstamo hipotecario). Ha sido parte recurrida Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., representada por la procuradora D.ª María Soledad Gallo Sallent y bajo la dirección letrada de D.ª Elena Valero Galaz.

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 y YYYY, interpuso demanda de juicio ordinario contra Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, 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 05 de agosto de 2005 de UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, la cláusula QUINTA del contrato de préstamo hipotecario, en la parte cuya redacción es la que se reproduce:

“QUINTA: GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA Serán a cargo de la Parte Prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán a cargo de la Parte Prestataria: [...] b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca. c) Impuestos f) Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones para la liquidación e inscripción de la presente escritura y de las previas necesarias. [...] En particular, reconocen expresamente, que la determinación de la gestoría de mutuo acuerdo entre la parte prestataria y U.C.I. Responde a los intereses de ambas partes, basados, por una parte, en la efectiva entrega y recepción, por la parte prestataria, del importe íntegro del préstamo en este acto, sin haberse constituido aún la hipoteca a favor de U.C.I. mediante su inscripción registral; y por otra parte, en la seguridad para U.C.I. de que se lleven a efecto, y con la debida diligencia, todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y

de las previas necesarias, en su caso, trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de hipoteca una vez inscrita. Por ello, las partes reconocen que, de no existir acuerdo en la determinación de la gestoría, no habrían podido cumplirse, los intereses de las partes, no pudiendo realizarse en tal caso, la entrega y recepción del préstamo en este acto, dado el riesgo asumido por U.C.I. de no obtener la inscripción de su derecho de hipoteca. En virtud de todo ello, y en particular en orden a la inscripción de la hipoteca, ambas partes atribuyen a esta determinación el carácter de irrevocable”.

»b) Que se condene a UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, 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 16 de agosto de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés, se registró con el núm. 410/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Inés Ucha Tomé, en representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Avilés dictó sentencia de fecha 18 de abril de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Arnaiz Llana, en nombre y representación de XXXXX y YYYYYY sobre acción de nulidad contractual, frente a la entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ucha Tomé,

»DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula Quinta, contenida en el contrato de préstamo hipotecario, concertado por las partes, en fecha 5 de agosto de 2005.

»CONDENANDO a la entidad demandada a la devolución a la actora de todas las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula, con más los intereses devengados de dichas cantidades.

»Las costas procesales ocasionadas se imponen a la entidad demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.A., Establecimiento Financiero de Crédito.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 280/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés en los autos de que este rollo dimana declaramos la nulidad parcial de la cláusula quinta de la escritura otorgado por los litigantes de 5 de agosto de 2005 ante el Notario de Gijón D. José Luis Rodríguez García-Robés condenando a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO al pago de a.) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b.) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c.) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d.) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad.

»Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la respectiva factura hasta la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas con el recurso».

3.- La parte apelante solicitó el complemento de la anterior sentencia y la Audiencia Provincial dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el recurso de complemento interpuesto por UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. contra la sentencia dictada en este rollo dejamos sin efecto la condena al pago de las costas devengadas en la primera instancia»

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

1.- La procuradora D.^a Nuria Arnaiz Llana, en representación de D.^a XXXX y YYYY interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 3º 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 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 89.3.3º letra “c” 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 esta Sala y personadas ante la misma 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 D.^a XXXX y YYYY contra la sentencia dictada, el día 29 de septiembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6.^a), en el rollo de apelación n.º 280/201, dimanante del juicio ordinario n.º 410/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 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 5 de agosto de 2005, Unión de Créditos Inmobiliarios S.A. (en adelante, UCI), como prestamista y Dña. XXXX y YYYY 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. Serán a cargo de la parte prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como lo que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán de cargo de la Parte Prestataria: [...] b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca c) impuestos f) los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones para la liquidación e inscripción de la presente escritura y de las previas necesarias [...] En particular, reconocen expresamente, que la determinación de la gestoría de mutuo acuerdo entre la parte prestataria y UCI responde a los intereses de ambas partes, basados, por una parte, en la efectiva entrega y recepción, por la parte prestataria, del importe íntegro del préstamo en este acto, sin haberse constituido aún la hipoteca a favor de UCI mediante su inscripción registral; y por otra parte, en la seguridad para UCI de que se lleven a efecto, y con la debida diligencia, todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de las previas necesarias, en su caso, trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de

hipoteca una vez inscrita. Por ello, las partes reconocen que, de no existir el acuerdo en la determinación de la gestoría, no habrían podido cumplirse, los intereses de las partes, no pudiendo realizarse en tal caso, la entrega y recepción del préstamo en este acto, dado el riesgo asumido por UCI de no obtener la inscripción de su derecho de hipoteca. En virtud de todo ello, y en particular en orden a la inscripción de la hipoteca, ambas partes atribuyen a esta determinación el carácter de irrevocable».

2.- Los Sres. XXXXX y YYYYY interpusieron una demanda de juicio ordinario contra UCI, 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.- UCI recurrió en apelación dicha sentencia. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, declaró la nulidad de la cláusula litigiosa en cuanto a la atribución de gastos y condenó a la entidad prestamista al pago de: a) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura ante el Registro de la Propiedad. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la respectiva factura hasta la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces.

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

Planteamiento:

1.- Los Sres. XXXXX y YYYYY 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 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.

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.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLUCU, 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 LDCU, 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 LDCU, 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.

2.- 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.- 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, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento.

5.- Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, 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 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.

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. 517.2.4ª 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.

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.

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

En la medida que la sentencia recurrida no se opone a estos criterios, específicamente en la solución adoptada respecto de la distribución de gastos, este último tercer motivo de casación también debe ser desestimado.

NOVENO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. XXXXX y YYYY contra la sentencia núm. 295/2017, de 29 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6.ª, en el recurso de apelación núm. 280/2017.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido.

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.

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.^a M.^a 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.^a XXXX y YYYY, en su propio nombre y en representación de la comunidad hereditaria de su padre D. ZZZZ, representadas por la procuradora D.^a 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^a 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.^a 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^a Instancia nº 6 de Avilés, procede revocar parcialmente la misma, en el sentido de excluir de la nulidad acordada por la sentencia de 1^a 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^a 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.^a 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 3º 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 3º 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 (TRLGU), 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^a 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^a, 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 ZZZZZ 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.

TRIBUNAL SUPREMO
SALA CIVIL
GABINETE TÉCNICO

Sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS:
COMISIÓN DE APERTURA, IAJD, ARANCELES DE NOTARIO Y
REGISTRADOR Y GASTOS DE GESTORÍA

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha dictado varias sentencias fijando doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado.

En primer lugar, analiza la posible abusividad de la cláusula que, en un préstamo hipotecario, establece una comisión de apertura

Tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque *“es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato”*

En segundo lugar, la sala se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre.

- 1- Son pagos que han de hacerse a terceros- no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos

terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

- 2- El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

A- Arancel notarial.

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

B- Arancel registral.

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

C- Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

La Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la 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 misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta 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.

D- Gastos de gestoría.

También se impone el pago por mitad de los mismos.

Madrid, enero de 2019.

Área civil del Gabinete Técnico.



NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA. *Por la Oficina de Bruselas del Colegio de Registradores.*

1. INSTITUCIONAL

- **Prioridades de la Presidencia rumana del Consejo de la UE**

Rumanía ostenta la presidencia semestral del Consejo de la UE y para ello ha organizado su programa en cuatro pilares; estimular la solidaridad y la cohesión de la UE mediante la promoción de políticas para combatir la discriminación, garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como el aumento en la participación de los ciudadanos, particularmente la juventud, en los debates europeos.

Objetivos principales:

- Promoción de una lucha eficaz contra el racismo, la intolerancia, la xenofobia, el populismo, el antisemitismo y el discurso de odio
- Impulso a la lucha contra la desinformación en línea y las noticias falsas a través de una mejor alfabetización mediática y el desarrollo de mecanismos europeos para compartir buenas prácticas en la lucha contra la desinformación
- Apoyo a las iniciativas legislativas centradas en el progreso social y reducción de las brechas de desarrollo, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como garantizar el acceso a la educación y la formación para las categorías desfavorecidas

- Contrarrestar la discriminación de género en el mercado laboral y el entorno empresarial, así como las diferencias salariales entre hombres y mujeres.

Por otro lado, la Presidencia desarrollará la Europa de la convergencia para garantizar la cohesión en Europa, a fin de lograr oportunidades de desarrollo sostenibles e iguales para todos los ciudadanos y Estados miembros, aumentando la competitividad y reduciendo las brechas de desarrollo, promoviendo la conectividad y la digitalización, estimulando el emprendimiento y consolidando la política industrial europea.

Instrumentos principales:

- Llevar adelante el proceso de negociación sobre el Marco Financiero Plurianual 2021-2027
- Desarrollar la dimensión social de la UE, a través de la aplicación del Pilar Europeo de Derechos Sociales
- Avanzar la agenda de la UE en los ámbitos económico y financiero, con el fin de estimular el crecimiento y la inversión, así como apoyar reformas estructurales
- Promover la investigación y la innovación, la digitalización y la conectividad para aumentar la competitividad de la economía y la industria europeas

Además, la Presidencia promoverá una Europa más segura a través de una mayor relación entre los Estados miembros de la UE para hacer frente a los nuevos desafíos de seguridad que amenazan la seguridad de los ciudadanos y apoyar las iniciativas de cooperación en este campo.

Para más información: <https://www.romania2019.eu/priorities/>

2. MERCADO ÚNICO

- **La Comisión toma medidas para garantizar que los profesionales y los proveedores de servicios puedan beneficiarse plenamente del mercado único de servicios de la UE**

La Comisión Europea ha adoptado decisiones sobre procedimientos de infracción que afectan a 27 Estados miembros, con objeto de garantizar la correcta aplicación de las normas de la UE sobre servicios y cualificaciones profesionales.

La Comisión Europea puso de relieve en la Comunicación sobre el mercado único en noviembre de 2018, los ciudadanos y las empresas solo pueden disfrutar de las múltiples ventajas del mercado único si las normas acordadas conjuntamente funcionan realmente en la práctica.

Así, la Comisión adopta medidas para garantizar el respeto de las normas de la UE en el ámbito de los servicios. Si bien los servicios representan dos tercios de la economía de la UE, sigue habiendo algunos obstáculos que impiden al sector de los servicios alcanzar su pleno potencial en beneficio de los consumidores, los solicitantes de empleo y las empresas, y generar crecimiento económico en toda Europa.

En total, la Comisión envía 31 cartas de emplazamiento y una carta de emplazamiento complementaria, además de dos dictámenes motivados, que abordan varias restricciones en los sectores de servicios.

En el caso de España, le ha sido remitida una de las 27 cartas de emplazamiento a **27 Estados miembros** (todos menos Dinamarca) por la no conformidad de su legislación y su práctica jurídica con las normas de la UE sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales y el acceso correspondiente a las actividades (incumplimiento de la Directiva sobre las cualificaciones profesionales).

Todos los Estados miembros disponen ahora de dos meses para responder a los argumentos planteados por la Comisión; de lo contrario, la Comisión podrá decidir llevar a cabo las siguientes etapas del procedimiento de infracción.

Más información: [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-19-462 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-462_en.htm)

3. **JUSTICIA**

- **Entra en aplicación los Reglamentos UE sobre régimen económico matrimonial y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas**

Comienzan a aplicarse el [Reglamento \(UE\) 2016/1103 del Consejo](#), de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y el [Reglamento \(UE\) 2016/1104 del Consejo](#), de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

De acuerdo con el art. 69 de ambas disposiciones, los Reglamentos se aplicarán, con carácter general, a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019.

Ahora bien, cuando la acción se haya ejercitado en el Estado miembro de origen antes del 29 de enero de 2019, las resoluciones dictadas en esa fecha o después de esa fecha serán reconocidas y ejecutadas de conformidad con el capítulo IV (reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones), siempre que las normas de competencia aplicadas sean conformes a las previstas en el capítulo II (competencia judicial internacional).

Finalmente, las disposiciones del capítulo III (ley aplicable) solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 de enero de 2019 o después de esta fecha, así como a los miembros de una unión que la hayan registrado o que hayan especificado la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión registrada el 29 de enero de 2019 o después de esta fecha.

Ambos Reglamentos son aplicable únicamente por los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada autorizada por la [Decisión \(UE\) 2016/954](#), esto es, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Holanda, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

Mediante el [Reglamento de Ejecución \(UE\) 2018/1935](#), de 7 de diciembre de 2018, se aprobaron los formularios de los anexos I, II y III, (certificaciones relativas a una resolución, a un documento público y a una transacción judicial, respectivamente, en materia de regímenes económico matrimoniales).

Por su parte, el [Reglamento de Ejecución \(UE\) 2018/1990 de la Comisión](#), de 11 de diciembre de 2018, aprobó los formularios de los anexos I, II y III (certificaciones relativas a una resolución, a un documento público y a una transacción judicial, respectivamente, en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas).

- **El Consejo de la UE acuerda su posición en relación a los programas financieros aplicables a la justicia, derechos y valores.**

El Consejo de la UE ha adoptado su posición sobre los dos programas que constituyen el Fondo de Justicia, Derechos y Valores de la UE como parte del futuro marco financiero de la UE para 2021-2027. Los programas ayudarán a promover, fortalecer y defender la justicia, los derechos y los valores de la UE, así como a desarrollar un espacio europeo de justicia basado en el estado de derecho, el reconocimiento mutuo y la confianza mutua. El acuerdo no cubre los aspectos presupuestarios y algunas cuestiones de carácter horizontal, ya que dependerán del acuerdo global alcanzado en el próximo marco financiero plurianual

(MFP). En la propuesta de la Comisión, el Fondo ha propuesto una asignación presupuestaria de 947 millones de euros a lo largo de los siete años (642 millones de euros para el programa de Derechos y Valores y 305 millones de euros para el programa de Justicia). La asignación global es equivalente al presupuesto del MFP actual.

Programa de Derechos y Valores

Este programa tendrá como objetivo proteger y promover los derechos y valores, incluso mediante el apoyo a las organizaciones de la sociedad civil. Tiene tres objetivos específicos: promover la igualdad y los derechos; promover el compromiso y la participación ciudadana en la vida democrática de la Unión; y la lucha contra la violencia (programa Daphne).

Programa de Justicia

El programa contribuirá a un mayor desarrollo de un espacio europeo de justicia basado en el estado de derecho. Más específicamente, apoyará la cooperación judicial en asuntos civiles y penales, así como la capacitación judicial para desarrollar una cultura legal y judicial común. El programa también facilitará el acceso efectivo a la justicia para todos y apoyará los derechos de las víctimas de delitos, así como los derechos procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales.

[Texto de la propuesta.](#)

- **La Comisión informa sobre los riesgos de los programas de residencia y ciudadanía para inversores en la UE**

Por primera vez, la Comisión ha presentado un informe exhaustivo sobre los programas de residencia y ciudadanía para inversores que gestionan varios Estados miembros de la UE. El informe describe las prácticas existentes e identifica determinados riesgos que tales programas entrañan para la UE, en particular en lo que respecta a la seguridad, el blanqueo de capitales, la evasión fiscal y la corrupción. El informe concluye que la falta de

transparencia en la gestión de los programas y la falta de cooperación entre los Estados miembros agravan aún más estos riesgos.

Programas de ciudadanía para inversores

En la UE, tres Estados miembros (Bulgaria, Chipre y Malta) aplican actualmente programas que conceden a inversores la nacionalidad de estos países en condiciones menos estrictas que los regímenes de naturalización ordinarios. En estos tres Estados miembros no existe ninguna obligación de residencia física para el individuo ni el requisito de tener otros vínculos reales con el país antes de obtener la nacionalidad.

El informe de la Comisión indica los siguientes motivos de preocupación:

- Seguridad: los controles realizados a los solicitantes no son lo suficientemente rigurosos y los sistemas de información centralizados de la UE, como el Sistema de Información de Schengen (SIS), no se utilizan de forma tan sistemática como deberían.
- Blanqueo de capitales: es necesario mejorar los controles para garantizar que no se eludan las normas relativas a la lucha contra el blanqueo de capitales.
- Evasión fiscal: es necesario realizar un seguimiento y elaborar informes para cerciorarse de que las personas no se aprovechen de estos programas para acogerse a normas fiscales privilegiadas.
- Transparencia e información: el informe señala la falta de información clara sobre el funcionamiento de los programas, en particular sobre el número de solicitudes recibidas, concedidas o rechazadas, y el origen de los solicitantes

Programas de residencia para inversores

Los regímenes de residencia para inversores, aunque son diferentes de los programas de ciudadanía en lo que se refiere a los derechos que conceden, plantean riesgos de seguridad igualmente graves a los Estados miembros y a la UE en su conjunto. Un permiso de residencia válido otorga a un nacional de un tercer país el derecho a residir en el Estado miembro en cuestión, pero también a viajar libremente por el espacio Schengen. En la actualidad, veinte Estados miembros tienen estos programas, a saber: Bulgaria, Chequia,

Chipre, Croacia, Eslovaquia, España, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y el Reino Unido.

El informe de la Comisión indica los siguientes motivos de preocupación:

- Controles de seguridad: el Derecho de la UE impone determinadas obligaciones en materia de seguridad que deben cumplirse antes de expedir un visado o un permiso de residencia a inversores extranjeros. Sin embargo, no se dispone de información sobre la aplicación práctica y la discrecionalidad en cuanto a la manera en que los Estados miembros abordan las cuestiones de seguridad.
- Requisito de residencia física: los permisos de residencia obtenidos por razones de inversión, con una presencia física limitada o nula del inversor en el Estado miembro en cuestión, podrían tener repercusiones en la aplicación de los derechos asociados al estatuto de residente de larga duración de la UE, y pueden incluso ofrecer una vía rápida a la ciudadanía nacional y, por ende, de la UE.
- Falta de transparencia: el informe hace hincapié en la falta de transparencia y supervisión de los sistemas, en particular en lo que se refiere al control y la falta de estadísticas sobre el número de personas que obtienen un permiso de residencia a través de estos programas.

Próximas etapas

La Comisión controlará los aspectos más amplios relativos al cumplimiento del Derecho de la UE planteados por los programas de ciudadanía y residencia para inversores, y adoptará las medidas necesarias. Por esta razón, los Estados miembros deben garantizar, en particular, lo siguiente:

- La realización sistemática de todos los controles fronterizos y de seguridad obligatorios.
- El adecuado cumplimiento de la Directiva sobre el permiso de residencia de larga duración y de la Directiva sobre reagrupación familiar.

- La evaluación de los fondos abonados por los solicitantes de la ciudadanía y residencia para inversores con arreglo a las normas de la UE en materia de lucha contra el blanqueo de capitales.
- En el contexto de los riesgos de elusión fiscal, existen herramientas en la normativa de la UE en materia de cooperación administrativa, y en particular de intercambio de información.

La Comisión supervisará las medidas adoptadas por los Estados miembros en relación con las cuestiones de transparencia y gobernanza a la hora de gestionar estos programas. Creará un grupo de expertos de los Estados miembros para mejorar la transparencia, la gobernanza y la seguridad de los programas.

1. Más información: [Informe de la Comisión sobre los programas de ciudadanía y residencia para inversores en la UE](#)

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre-diciembre 2018 • Fundada en 1913

REUS
EDITORIAL

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre-diciembre
2018

Publicación bimestral

SUMARIO

LOS PLANES DE PARENTALIDAD, por Antonio Legerén-Molina, págs. 3-59

OPEN ACCESS Y DERECHOS DE AUTOR: TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR DE OBRAS CIENTÍFICAS, Pilar Cámara Águila, págs. 61-86

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA, por Carmen Rosa Iglesias Martín, págs. 87-111

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE LIMITAR EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD, Yolanda B. Bustos Moreno, págs. 113-146

ÍNDICE ANUAL 2018, por M^a Patricia Represa Polo, págs. 147-150

TABLE OF CONTENTS

PARENTING PLANS, por Antonio Legerén-Molina, págs. 3-59

OPEN ACCESS AND COPYRIGHT: OWNERSHIP AND EXERCISE OF COPYRIGHT IN SCIENTIFIC WORKS, Pilar Cámara Águila, págs. 61-86

THE GUARD AND THE CUSTODY OF CHILDREN IN THE CASES OF DOMESTIC VIOLENCE, por Carmen Rosa Iglesias Martín, págs. 87-111

CONSIDERATIONS WITH RESPECT TO THE BENEFITS OF PLACING LIMITATIONS ON THE RIGHT TO SUPPORT FOR ADULT PROGENY, Yolanda B. Bustos Moreno, págs. 113-146

ANNUAL INDEX 2018, por M^a Patricia Represa Polo, págs. 147-150

FUNDADA POR

Felipe Clemente de Diego
José M.^a Navarro de Palencia
el 15 de octubre de 1913

CONSEJO DE REDACCIÓN

Eduardo Galán Corona
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Salamanca

Ana Díaz Martínez
Profesora titular de Derecho civil
acreditada para Catedrática de
la Universidad de Santiago de
Compostela

Isabel González Pacanowska
Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Murcia

Javier Hualde Sánchez
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad del País Vasco

Miquel Martín Casals
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Girona

Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Alicante

Antonio Pau Pedrón
Registrador de la Propiedad
de Madrid

Antonio B. Perdices Huetos
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Autónoma
de Madrid

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

Prof. D. Guido Alpa
Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad «La Sapienza» de Roma

Prof. D. Hernán Corral Talciani
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de los Andes

Prof. Dr. Ewoud Hondius
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Utrecht

Prof. D. Bernhard A. Koch
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Innsbruck

**Prof. Dr. Jean-Jacques
Lemouland**
Catedrático de Derecho Privado
de la Universidad de Pau
et des Pays de l'Adour

Pf. Dra. Noemí Lidia Nicolau
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Rosario

Prof. Dr. Antonio Pinto Monteiro
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Coimbra

Prof. Dr. h.c. Reiner Schulze
Catedrático de Derecho Civil Alemán
y Europeo de la Universidad de
Münster

Prof. Dr. Matthias F. Storme
Catedrático de Derecho Mercantil
y de la insolvencia ordinario de la
Universidad Católica de Lovaina y
extraordinario de la Universidad de
Amberes

Prof. Dr. Simon Whittaker
Catedrático de Derecho Comparado
Europeo de la Universidad de Oxford

DIRECTORA

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

SECRETARIA DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

M.^a Patricia Represa Polo

Profesora contratada doctora de la Universidad Complutense de Madrid

Indexada en las bases de datos ISOC, DICE (CSIC), RESH, Latindex,
IN-RECJ, MIAR, IFLP, RAS, REGESTA IMPERII y DIALNET

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2018



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2018, FASCÍCULO IV

Pág.

Estudios monográficos

Ana SOLER PRESAS: «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio».....	1227
Ángel JUÁREZ TORREJÓN: «La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial».....	1277
Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad».....	1351

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO.....	1487
-----------------------------	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

CARRASCO PERERA, Ángel: «Derecho de contratos», por Antoni Vaquer Aloy	1565
KINDL, Johann/ARROYO VENDRELL, Tatiana/GSELL, Beate (ed.): «Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen», por Esther Gómez Calle	1571
MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios», por Carolina del Carmen Castillo Martínez	1578
SMITS, Jan M.: «Contract law – a comparative introduction», por Daniel Martín Vegas.....	1583

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN.....	1587
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, AÑO 2017

Por Ramón CASAS VALLÉS, Rosa MÉNDEZ TOMÁS, Agustín SERRANO DE HARO, Roberto SIERRA GABARDA	1621
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO.....	1665
--	------

Turismo y Sostenibilidad

NÚM. 40

Lorenzo MEZZASOMA
María José REYES LÓPEZ
(Coordinadores)

MONOGRAFÍA ASOCIADA A
REVISTA ARANZADI DE DERECHO
PATRIMONIAL

Cristiana Boiti
Manuel I. Feliu Rey
Manuela Giobbi
Grisel Giunta Santimoteo
Ramón Herrera Campos
Mariassunta Imbrenda
Liberio Mario Mari
Lorenzo Mezzasoma

Francisco Javier Pérez-Serrabona González
Francisca Ramón Fernández
Alessia Redi
María José Reyes López
Lucía Ruggeri
María Dolores Sánchez Galera
Noris Tamayo Pineda
Irma Alicia Tamayo Torres

Prólogo de Lorenzo MEZZASOMA
y María José REYES LÓPEZ

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS PROVIEW™



THOMSON REUTERS
ARANZADI

SUMARIO

Página

CAPÍTULO I

MEDIO AMBIENTE Y TURISMO «DE MASAS» 19

CRISTIANA BOITI

I. Introducción 21

II. La relación entre turismo y medio ambiente 23

1. *La llamada «capacidad de carga»* 24

III. El desarrollo del turismo y la tutela del medio ambiente: el fundamento constitucional 25

IV. Algunas reflexiones sobre el balance entre intereses constitucionalmente relevantes 28

V. Prospectivas futuras y conclusiones 31

VI. Bibliografía 35

CAPÍTULO II

LA COOPERATIVA COMO MOTOR DE SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO DEL TURISMO 41

MANUEL IGNACIO FELIU REY Y MARÍA DOLORES SÁNCHEZ GALERA

I. Introducción 43

II. La sostenibilidad como paradigma de desarrollo 45

1. *Sostenibilidad y Desarrollo Sostenible: Problemas para una efectiva aplicación jurídica* 45

2. *Incorporación del Paradigma de la Sostenibilidad en la Administración Pública y la esfera privada* 48

	<u>Página</u>
3. <i>Influencia o interacción del cooperativismo y el principio de sostenibilidad. La Incorporación de «sostenibilidad» como Principio corporativo</i>	55
III. El papel de las cooperativas en la concienciación de la sostenibilidad, también en el sector turístico	61
IV. Conclusiones	67
V. Bibliografía	67
 CAPÍTULO III	
TURISMO SOSTENIBLE Y MEDIO AMBIENTE	71
MANUELA GIOBBI	
I. Introducción	73
II. Ambiente y turismo. El desarrollo sostenible	73
III. Tutela del ambiente y sostenibilidad en la selección turística	76
IV. Cláusulas de sostenibilidad ambiental y estándares valorativos. «Compliance Criteria on Environmental Claims»	79
V. Conclusiones	83
VI. Bibliografía	84
 CAPÍTULO IV	
APARTAMENTOS VACACIONALES	87
GRISEL GIUNTA SANTIMOTEO	
I. Introducción	89
II. Viviendas de uso turístico. Turismo colaborativo. Plataformas P2P	89
III. Regulación jurídica	92
IV. A modo de conclusión	97
V. Bibliografía	100

	<u>Página</u>
 CAPÍTULO V	
TURISMO RURAL Y RUTAS ENOGASTRONÓMICAS	103
MARIASSUNTA IMBRENDA	
I. Ruralidad, turismo y agroturismo: precisiones terminológicas	105
II. Multifuncionalidad de la empresa agrícola y sostenibilidad	106
III. Evolución de la demanda turística, recurso turístico rural, subsidiariedad	109
IV. Los itinerarios temáticos: en particular, las «rutas del vino» y de los «productos típicos»	113
V. Bibliografía	118
 CAPÍTULO VI	
TURISMO SOSTENIBLE Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS: CONOCER Y COMUNICAR	121
Práctica de obligaciones sociales en el sector turístico	121
LIBERO MARIO MARI	
I. Introducción	123
II. El papel de las empresas para conseguir un turismo sostenible: el tema de la responsabilidad social (Corporate Social Responsibility – CSR)	124
III. Los instrumentos de conocimiento y obligaciones sociales: del presupuesto social al presupuesto de sostenibilidad	127
1. <i>El presupuesto social: el standard GBS</i>	128
2. <i>El presupuesto de sostenibilidad: las directrices GRI</i>	130
IV. Prácticas de auditoría social: el presupuesto social de Alpitour y el presupuesto de sostenibilidad de Costa Crociere	132

	<u>Página</u>
1. <i>El presupuesto social de Alpitour (2015)</i>	132
2. <i>El presupuesto de sostenibilidad de Costa Crociere (2016)</i>	136
V. Conclusiones	140
VI. Bibliografía	142
 CAPÍTULO VII	
TURISMO, SOSTENIBILIDAD Y NECESIDAD DEL ASEGURAMIENTO DE LOS RIESGOS	147
FRANCISCO JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ	
I. Los seguros en un turismo responsable que repercuta en sostenible	149
II. Turismo y protección de los consumidores o usuarios turísticos	151
III. La actividad aseguradora. Aspecto público y aspecto privado del seguro	154
1. <i>Normativa legal aplicable a los seguros</i>	155
2. <i>La incidencia de los seguros en el turismo</i>	157
3. <i>Objeto del seguro. El interés</i>	166
IV. Conclusiones	167
V. Bibliografía	168
 CAPÍTULO VIII	
DEL TURISMO SOSTENIBLE AL ECOTURISMO: UNA PERSPECTIVA LEGAL	171
FRANCISCA RAMÓN FERNÁNDEZ	
I. Introducción	173
II. Del turismo sostenible al ecoturismo	173
1. <i>Concepto</i>	173
2. <i>Características</i>	178

	<u>Página</u>
III. Tratamiento legislativo del ecoturismo	182
1. <i>Regulación autonómica</i>	182
2. <i>Aplicación en determinados ámbitos</i>	183
IV. Innovación y ecoturismo. el papel de las TICs	186
V. Desarrollo y ecoturismo	187
VI. Territorio y ecoturismo	188
VII. Conclusiones	189
VIII. Bibliografía	191
 CAPÍTULO IX	
NOTAS SOBRE AGROTURISMO Y ENOTURISMO	199
RAMÓN HERRERA CAMPOS	
I. Introducción	201
II. El agroturismo	202
III. El enoturismo	204
 CAPÍTULO X	
TURISMO SOSTENIBLE Y ACCESIBLE EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN	207
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ	
I. Introducción	209
II. Sostenibilidad	209
III. Turismo y sostenibilidad	210
IV. Turismo sostenible y turismo accesible	211
1. <i>Instrumentos</i>	214
2. <i>Personas con discapacidad y turismo accesible</i>	215

	<u>Página</u>
3. <i>Situación actual: problemas y dificultades</i>	217
4. <i>Normativa sobre accesibilidad en espacios públicos y privados</i>	218
5. <i>Normativa turística de accesibilidad</i>	222
V. El Código Ético Mundial para el Turismo	223
VI. Derechos de los turistas	225
VII. A modo de conclusión	228
VIII. Bibliografía	229
CAPÍTULO XI	
TUTELA DEL AMBIENTE Y TURISMO SOSTENIBLE: EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN	
	231
ALESSIA REDÌ	
I. Introducción	233
II. El principio de desarrollo sostenible	233
III. Turismo y sostenibilidad ambiental	236
IV. El principio de precaución	240
1. <i>Precaución y prevención</i>	241
2. <i>Génesis del principio</i>	242
3. <i>La circulación del principio en ámbito internacional, comunitario y nacional</i>	243
4. <i>El contenido del principio</i>	245
V. El papel de las medidas precautorias en la realización de un turismo eco-sostenible: la etiqueta «Ecolabel»	247
VI. Bibliografía	251

	<u>Página</u>
CAPÍTULO XII	
TURISMO SOSTENIBLE Y DERECHOS HUMANOS	
	253
LUCIA RUGGERI	
I. El principio de sostenibilidad	255
II. Protección de derechos humanos y turismo	258
III. Autorregulación, subsidiariedad y tutela de los derechos humanos. La «Convention on Tourism Ethics»	264
IV. Sostenibilidad y exigencia de balance de los valores. Configuración de una sostenibilidad basada en la tutela de la persona	267
V. El uso de los «Voluntary Instruments» para la redacción de contratos de turismo sostenible: Certificados de Sostenibilidad, «best practice», lineamientos, reglas uniformes y «sustainability contract clauses»	272
VI. Bibliografía	276
CAPÍTULO XIII	
TURISMO EN CUBA. UNA MIRADA DESDE SU SOSTENIBILIDAD Y TRATAMIENTO LEGAL	
	281
IRMA ALICIA TAMAYO TORRES Y NORIS TAMAYO PINEDA	
I. Nota Introductoria	283
II. Antecedentes del turismo en Cuba	284
III. Turismo sostenible en Cuba	288
1. <i>Desarrollo sostenible. Generalidad</i>	289
2. <i>Turismo sostenible. Concepto</i>	291
IV. Tratamiento legal del turismo en Cuba	292

	<u>Página</u>
V. Evolución y situación actual	294
VI. A modo de conclusión	296
VII. Bibliografía	297
1. <i>Fuentes doctrinales</i>	297
2. <i>Fuentes Legales</i>	298

REVISTA DE Derecho Comunitario Europeo



EDITORIAL

JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA

El mar y la UE: la necesidad de una política marítima integrada

ESTUDIOS

JAUME FERRER LLORET

La ejecución de las sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía

JOAN DAVID JANER TORRENS

El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO

Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

DAVID FERNÁNDEZ ROJO

Los *hotspots* en la actuación de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol

NOTAS

FLORENTINO-GREGORIO RUIZ YAMUZA

La doble incriminación en el sistema de la Euroorden. El asunto *Puigdemont*

LUCAS J. RUIZ DÍAZ

Diez años de la Decisión Marco 2008/841/JAI relativa a la lucha contra la delincuencia organizada

61

Año 22

septiembre/diciembre

2018

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



NOTAS



RECENSIONES

SUMARIO

Año 22. Núm. 61, septiembre/diciembre 2018

EDITORIAL

JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA

El mar y la UE: la necesidad de una Política Marítima Integrada 835-849

ESTUDIOS

JAUME FERRER LLORET

La ejecución de las sentencias del TEDH relativas a la Federación de Rusia y a Turquía: ¿han fracasado las reformas del Protocolo 14? 853-898

JOAN DAVID JANER TORRENS

El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad 899-932

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO

Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros 933-971

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas 973-1011

DAVID FERNÁNDEZ ROJO

Los *hotspots*: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol .. 1013-1056

NOTAS

FLORENTINO-GREGORIO RUIZ YAMUZA

La doble incriminación en el sistema de la Euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto *Puigdemont* 1059-1090

LUCAS J. RUIZ DÍAZ

Diez años de la adopción de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Luces y sombras de un legado más que dudoso 1091-1119

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

ISAAC SOCA TORRES

Negativa a plantear cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional obligado a ello e inexistencia de vulneración del derecho a un juicio justo. Comentario de la sentencia del TEDH de 24 de abril de 2018, *Baydar* 1123-1139

FERNANDO CASTILLO DE LA TORRE Y PETRA NEMECKOVA

Crónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mayo-agosto 2018 1141-1190

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SALVADOR CUENCA CURBELO

Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-agosto 2018 1191-1214

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

VALERIA DI COMITE: *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, por Margarita Robles Carrillo 1217-1220

REVISTA DE Administración Pública



DEBATES

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88

INÉS HUERTA GARICANO

Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo

RAFAEL TOLEDANO CANTERO

Las primeras sentencias de la nueva casación

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta

ESTUDIOS

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días

RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS

Sobre el concepto de revocación en derecho administrativo

ASTRID MUÑOZ GUIJOSA

La indemnización por anulación de título habilitante en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

207
septiembre/diciembre
2018

DEBATES

ESTUDIOS

JURISPRUDENCIA

CRÓNICA
ADMINISTRATIVA

BIBLIOGRAFÍA

SUMARIO

Núm. 207, septiembre/diciembre 2018

Presentación	9
DEBATES	
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?	13-41
JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88	43-59
INÉS HUERTA GARICANO Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo.	61-93
RAFAEL TOLEDANO CANTERO Las primeras sentencias de la nueva casación	95-118
TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta.	119-124
ESTUDIOS	
ISABEL GONZÁLEZ RÍOS La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días	127-175
RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS Sobre el concepto de revocación en derecho administrativo.	177-207
MARÍA ASTRID MUÑOZ GUIJOSA La indemnización por anulación de título habilitante en el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: algunas reflexiones sobre su naturaleza, nacimiento y cuantificación	209-249
JURISPRUDENCIA	
COMENTARIOS MONOGRÁFICOS	
JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS Las aporías del principio <i>non bis in ídem</i> en el derecho administrativo sancionador	253-288

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
(T. FONT I LLOVET, A. PEÑALVER I CABRÉ, F. RODRÍGUEZ PONTÓN
Y J. TORNOS MAS) 289-299

NOTAS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS (O. BOUAZZA ARIÑO) 301-318

CRÓNICA ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA Y DE LA UE

ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ

Coloquio de clausura «El futuro del Derecho Administrativo»,
Sciences Po (París), Cátedra Mutaciones de la Acción Pública y
del Derecho Público, 21 y 22 de junio de 2018. 319-343

BIBLIOGRAFÍA

MARÍA ROSARIO ALONSO IBÁÑEZ (dir.): *Retos del desarrollo urbano
sostenible e integrado*, por Fernando López Pérez. 347-352

SILVIA DÍEZ SASTRE: *La formación de conceptos en el derecho pú-
blico. Un estudio de metodología académica: definición, funciones
y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, por Verónica
Yazmín García Morales 353-356

EMILIO GUICHOT REINA: *Derecho de la comunicación*, por Laura
Caballero Trenado 357-361

ANTONIO LÓPEZ PINA: *La inteligencia excéntrica*, por Francisco
Sosa Wagner 361-363

LUIS MARTÍN REBOLLO: *40 años de Derecho administrativo consti-
tucional y otros ensayos rescatados*, por Alejandro Nieto 363-368

ROCÍO M. NAVARRO GONZÁLEZ: *La motivación de los actos adminis-
trativos*, por Bella Segovia 368-374

NURIA RUIZ PALAZUELOS: *El control jurisdiccional de la discrecio-
nalidad de los organismos reguladores. Un análisis de casos en los
ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*, por Pablo Meix
Cereceda 374-378



REVISTA DE

Estudios Políticos

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE
El Estado constitucional como cultura
democrática de la justificación

FELIPE SCHWEMBER Y DANIEL LOEWE
«Si el mundo fuera completamente justo»: Nozick
y los límites de la utopía liberal

MARCOS REGUERA
El «experimento americano» y los orígenes del
concepto moderno de revolución

SEBASTIÁN MARTÍN
*Autoconservación contra nación. Lecturas de la
Integrationslehre de Rudolf Smend en la doctrina
jurídico-política española de los años treinta*

GUILLERMO DE LÁZARO REDRUELLO
¿Parlamentarismo sin mayorías o
parlamentarismo «sin Gobierno»?

OSCAR BARBERÁ Y ALBERTO DÍAZ-MONTIEL
*Ho volem tot! La CUP y la articulación del
independentismo de izquierda radical en
Cataluña*

**PAULA OTERO-HERMIDA Y RAMÓN BOUZAS
LORENZO**
El rol del ámbito local en la adopción del
mainstreaming de género en políticas de empleo

JULIA RAMIRO Y CARMEN ALEMÁN-BRACHO
Las políticas emocionales de la infancia e
internet: el caso español

182
NUEVA ÉPOCA

octubre/diciembre

2018

ARTÍCULOS

RECENSIONES

SUMARIO

Núm. 182, octubre/diciembre 2018

ARTÍCULOS

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

El Estado constitucional como cultura democrática de la justificación 13-41

FELIPE SCHWEMBER Y DANIEL LOEWE

«Si el mundo fuera completamente justo»: Nozick y los límites de la utopía liberal. 43-69

MARCOS REGUERA

El «experimento americano» y los orígenes del concepto moderno de revolución. 71-98

SEBASTIÁN MARTÍN

Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta 99-128

GUILLERMO DE LÁZARO REDRUELLO

¿Parlamentarismo sin mayorías o parlamentarismo «sin Gobierno»? 129-157

OSCAR BARBERÁ Y ALBERTO DÍAZ-MONTIEL

Ho volem tot! La CUP y la articulación del independentismo de izquierda radical en Cataluña. 159-189

PAULA OTERO-HERMIDA Y RAMÓN BOUZAS LORENZO

El rol del ámbito local en la adopción del *mainstreaming* de género en políticas de empleo 191-224

JULIA RAMIRO Y CARMEN ALEMÁN-BRACHO

Las políticas emocionales de la infancia e internet: el caso español 225-249

NOTA

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Hacia una concepción sustantiva del *ius post bellum*: un argumento hobbesiano. 251-269

RECENSIONES

IVANA FRASQUET Y ENCARNA GARCÍA MONERRIS: *Tiempo de política, tiempo de Constitución: la monarquía hispánica entre la revolución y la reacción (1780-1840)*, por Gabriel Moreno González 273-281

JOSÉ MARÍA CASTELLÀ ANDREU: *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional* y J. TAJADURA TEJADA: *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, por Pablo Nuevo López. 281-296

COLABORAN. 000-000

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



constituc4ón

SUMARIO



**Dedicado a Don Antonio Rodríguez Adrados,
jurista, humanista, maestro, y quien con su
ejemplo de bondad, estudio y dedicación nos
enseñó como debe ser un Notario**

Prólogo de la Ministra de Justicia	5
Introducción del Presidente del Consejo General del Notariado	9
REFLEXIONES	
LIBERTAD ECONÓMICA, UNIÓN EUROPEA Y CONSTI- TUCIÓN. ¿HASTA DÓNDE?.....	19
Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón	
ORDEN CONSTITUCIONAL, PODERES PÚBLICOS: PROYECCIÓN SOBRE EL PRINCIPIO JURÍDICO PRIVADO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	33
Juan Fernando López Aguilar	
LECTURA POLÍTICA DEL NOTARIADO.....	75
Javier Feás Costilla	

LA CONSTITUCIÓN Y EL NOTARIADO**LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES.....** 87

Antonio Rodríguez Adrados

EL NOTARIADO Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 97

Juan Bolás Alfonso

EL NOTARIO, LA CONSTITUCIÓN Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES..... 113

Ignacio Gomá Lanzón

DERECHO A LA VERDAD. SU ENCARNACIÓN NOTARIAL Y CONSTITUCIONAL 123

J. Ignacio Navas Olóriz

LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL EN CLAVE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL 143

Leonardo B. Pérez Gallardo

EL INSTRUMENTO PÚBLICO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL Y EL NOTARIO COMO AUTORIDAD Y COMO ÓRGANO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 223

José María Gómez Riesco Tabernero de Paz

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, NOTARIADO Y CONSTITUCIÓN 245

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DEL NOTARIADO 261

David Blanquer Criado

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO**APUNTES PARA UN ESTUDIO DE LA HISTORIA Y LA DOGMÁTICA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PRIVADO** 309

Ángel Manuel López y López

EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 1978	321
Lorenzo Prats Albentosa	
EL DERECHO DE LA PERSONA CUARENTA AÑOS DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN	369
M. ^a Ángeles Parra Lucán	
DERECHO DE FAMILIA Y CONSTITUCIÓN	397
Carlos Martínez de Aguirre	
LA IGUALDAD ANTE LA LEY DE LOS HIJOS CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN EN EL DERECHO DE SUCESIONES	415
Manuel Espejo Lerdo de Tejada	
LA CONSTITUCIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL	447
Ana Moreno Sánchez-Moraleda	
COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ...	475
Pedro de Pablo Contreras	
UN DERECHO MERCANTIL CONSTITUCIONAL	497
Guillermo Jesús Jiménez Sánchez	

REVISTA ESPAÑOLA DE
**DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Derecho, ética e innovación tecnológica, *José Luis Piñar Mañas*

Naturaleza contractual de los conciertos farmacéuticos, *Juan de la Cruz Ferrer*

A vueltas con la ejecución de sentencias de derribo que pueda causar perjuicios a terceros de buena fe, *Antonio Ezquerro Huerva*

La determinación de las sanciones administrativas. Normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, *Belén Marina Jalvo*

Reserva de ley y tipificación de infracciones y sanciones por los Colegios Profesionales, *Manuel Rodríguez Portugués*

La responsabilidad objetiva de la Administración Pública y la equidistribución del coste del bien común, *Ignacio Rodríguez Fernández*

FUNDADOR Y PRIMER DIRECTOR
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

DIRECTOR
LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

SECRETARIO
TOMÁS CANO CAMPOS

INCLUYE LA REVISTA EN
SOPORTE ELECTRÓNICO,
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

NÚM. 195
OCTUBRE-DICIEMBRE 2018



CIVITAS



THOMSON REUTERS

SUMARIO

ESTUDIOS

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

DERECHO, ÉTICA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA 11

JUAN DE LA CRUZ FERRER

NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS CONCIERTOS FARMACÉUTICOS 31

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

A VUELTAS CON LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE DERRIBO QUE PUEDA
CAUSAR PERJUICIOS A TERCEROS DE BUENA FE 67

BELÉN MARINA JALVO

LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. NORMAS
ESTABLECIDAS EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, Y EN LA LEY
40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO 101

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

RESERVA DE LEY Y TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y SANCIONES POR LOS
COLEGIOS PROFESIONALES 131

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA
EQUIDISTRIBUCIÓN DEL COSTE DEL BIEN COMÚN 155

CRÓNICA

GEMMA ANGÉLICA SÁNCHEZ LERMA

REMUNICIPALIZACIONES: OBJETIVOS SOCIALES Y AMBIENTALES EN DESARROLLO
SOSTENIBLE 195

ROSA MARÍA COLLADO MARTÍNEZ

- LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA DOCTRINA
LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO 221

JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ

- LA PROYECCIÓN DE LA TÉCNICA EUROPEA DEL «COMPLIANCE» Y SU APLICACIÓN
AL DERECHO URBANÍSTICO 241

JUAN FERNÁNDEZ BERMÚDEZ

- NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, EN MATERIA DE
MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. EN ESPECIAL SUS ARTÍCULOS 204
Y 205. EL SECRETO DE ARLEQUÍN 267

LEOPOLDO J. GÓMEZ ZAMORA

- LA OBLIGATORIEDAD DE PUBLICACIÓN DE LOS ANUNCIOS DE LICITACIÓN EN LOS
DIARIOS OFICIALES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LOS GASTOS DE
PUBLICACIÓN EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 303

JURISPRUDENCIA

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO

- CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO EUROPEO POR EL JUEZ NACIONAL
Y CRISIS DE LOS REFUGIADOS. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO, SALA 3.ª, SECCIÓN 5.ª 2546/2018, DE 9 DE JULIO 323

BIBLIOGRAFÍA

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

- RECENSIÓN AL LIBRO DE LUÍS MARTÍN REBOLLO, 40 AÑOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO POSTCONSTITUCIONAL Y OTROS ENSAYOS RESCATADOS,
THOMSON REUTERS ARANZADI, 2017 341

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ

- RECENSIÓN AL LIBRO DE PETER CONTI-BROWN Y ROSA MARÍA LASTRA,
RESEARCH HANDBOOK ON CENTRAL BANKING, EDWARD ELGAR, 2018 345

JOAN AMENÓS ÁLAMO

- RECENSIÓN AL LIBRO DE MARCOS VAQUER CABALLERÍA, DERECHO DEL
TERRITORIO, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2018 349

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

JUEGO DE ESPEJOS ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROCESO EN LOS TIEMPOS DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. RECENSIÓN AL LIBRO DE CHIARA FELIZIANI, GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, AMMINISTRAZIONE E ORDINAMENTI GIURIDICI, NAPOLI, ED. SCIENTIFICA, 2018	353
--	-----

CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ

RECENSIÓN AL LIBRO DIRIGIDO POR ALEJANDRO HUERGO LORA, PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, MADRID, IUSTEL, 2018	357
NORMAS DE PUBLICACIÓN	363

REVISTA ESPAÑOLA DE
**Derecho
Constitucional**



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

GERMÁN TERUEL LOZANO

Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español

AMELIA PASCUAL MEDRANO

La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

Optimización de principios frente a limitación del gobierno: dos concepciones del análisis de proporcionalidad

114

Año 38

septiembre/diciembre

2018

ESTUDIOS

NOTAS

JURISPRUDENCIA

CRÍTICA DE LIBROS

SUMARIO

Año 38. Núm. 114, septiembre/diciembre 2018

40 aniversario de la Constitución

ESTUDIOS

GERMÁN TERUEL LOZANO

Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español 13-45

AMELIA PASCUAL MEDRANO

La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física 47-72

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

«Optimización de principios» frente a «limitación del gobierno»: Dos concepciones del análisis de proporcionalidad 73-102

NOTAS

GUILLERMO RAMÓN RUIZ Y SEBASTIÁN SCIOSCIOLI

El derecho a la educación: dificultades en las definiciones normativas y de contenido en la legislación argentina 105-129

VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

El artículo 24 de la Constitución Española y la prueba de ADN en el proceso penal 131-161

JURISPRUDENCIA

Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2018 165-190

Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2018 191-233

ESTUDIOS CRÍTICOS

JAVIER TAJADURA TEJADA

El Tribunal Constitucional como «defensor de la foralidad»: comentario de la STC 118/2016, de 23 de junio, sobre el nuevo régimen impugnatorio de las Normas Forales fiscales 237-269

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

La nueva concepción constitucional de la unidad de mercado. Los mecanismos de garantía y promoción del mercado nacional único en la reciente jurisprudencia constitucional 271-299

ANTONIO CIDONCHA MARTÍN

El Tribunal Constitucional y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Comentario a la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017 301-336

CRÍTICA DE LIBROS

JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA: *Las Constituciones de los Länder de la República Federal de Alemania* (de Sonsoles Arias Guedón: *Las Constituciones de los Länder de la República Federal de Alemania*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016). 337-346

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: *Un Tribunal para la Constitución* (de Miguel Beltrán de Felipe y Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero: *Un Tribunal para la Constitución*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2017). 347-352

IGNACIO GONZÁLEZ GARCÍA: *Un potente foco de luz sobre la transparencia de la colaboración intergubernamental* (de M.^a Jesús García Morales: *Transparencia y rendición de cuentas de las relaciones de cooperación intergubernamental en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2017) 353-364

COLABORAN 365