

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 Sarcho 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.

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 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.

Juzgado de Guardia