

CASACIÓN núm.: 1053/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 457/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 24 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 3/2018, de 10 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 373/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Getxo, sobre condiciones generales de contratación.

Es parte recurrente Banco Santander, S.A., representado por la procuradora D.^a Gracia Equidazu Buerba y bajo la dirección letrada de D. Gastón Durand Baquerizo.

No se persona parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Iñigo Hernández Martín, en nombre y representación de D. XXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A., en la que terminaba suplicando:

«[...] Admita a trámite el presente escrito con sus coplas y tras la adopción, de los trámites de rigor dicte en su día Sentencia por la que estimando la demanda interpuesta

»a) Declare la nulidad de la cláusula quinta, por la que se le repercuten a la prestataria los gastos fiscales, notariales, registrales, y condene a la demandada a la devolución de lo cobrado en virtud de tal concepto, que asciende a 1.486,64€, incrementado en el interés legal del dinero desde cada pago, e incrementado a su vez en dos puntos porcentuales desde la fecha de notificación de la sentencia.

»b) Declare la nulidad de la cláusula sexta, que prevé un interés moratorio consistente en un incremento del remuneratorio en 6 puntos porcentuales sobre el vigente a fecha de firma de la escritura, y condene a la entidad demandada a la devolución de lo indebidamente cobrado por tal concepto, incrementado en el interés legal, del dinero desde cada pago, e incrementado a su vez en dos puntos porcentuales desde la fecha de notificación de la sentencia.

»c) Condene a la demandada al pago de las costas causadas».

2.- La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Getxo, fue registrada

con el n.º 373/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Gracia Eguidazu Buerba, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Getxo dictó sentencia 47/2017, de 26 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

«Debo estimar y estimo parcialmente la pretensión de la demanda planteada por el Procurador Sr. Hernández Martín, quien actúa en nombre y representación de D. XXX, contra la entidad Banco Santander, S.A., debiendo:

»- Declarar la nulidad de las Cláusulas Quinta y Sexta establecidas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado en fecha 16 de octubre de 1998, debiendo tenerlas por no puestas, y

»- Condenar a la demandada, como efecto de la nulidad de la cláusula quinta, a restituir a la actora la cantidad de 833,98€, correspondientes a los aranceles de notario y registrador, más el interés legal correspondiente, devengado desde el momento del pago de tales cantidades por el actor y hasta la sentencia, y desde la notificación de la misma los intereses indicados en el art. 576 LEC. Y como efecto de la nulidad de la cláusula sexta, la misma no tendrá efecto práctico alguno al no constar haberse abonado cantidad alguna por tal concepto y tratarse de un contrato ya cancelado.

» Se declaran las costas de oficio, debiendo cada parte abonar las 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. XXX y por la representación del Banco Santander, S.A. El procurador D. Iñigo Hernández Martín, en nombre y representación de D. XXX, y la procuradora D.^a Gracia Eguidazu Buerba, en representación de Banco Santander, S.A. presentaron sendos escritos de oposición a los recursos interpuestos de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo

466/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 3/2018, de 10 de enero, cuyo fallo dispone:

«Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander S.A. y con estimación del recurso de apelación interpuesto por XXX contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Getxo en autos de Procedimiento Ordinario 373/16 de fecha 26 de Abril de 2017, aclarada por Auto de fecha 31 de Mayo de 2017, procede revocar la Sentencia en el sentido de estimar que procede la devolución de la cantidad íntegra reclamada en la demanda interpuesta por XXX contra Banco Santander S.A.; en cuanto a las costas que se devengan en el presente recurso estése a lo dispuesto en el Fundamento Quinto de esta resolución»

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

1.- D.^a Gracia Eguidazu Buerba, en representación de Banco Santander, S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 1.258 del Código Civil (en adelante, CC) en relación con el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el sentido de que la sentencia recurrida decide arbitrariamente las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de una cláusula ignorando el contenido de los artículos infringidos».

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 personada ante la misma la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, que admitió el recurso y, no siendo precisa la apertura del trámite procesal previsto en el art. 485 LEC al no comparecer la parte recurrida, quedaron los autos pendientes de señalamiento para la votación y fallo del recurso.

3.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de julio de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes*

1.- El 16 de octubre de 1998, Banco Santander, S.A., como prestamista, y D. XXX, como prestatario, suscribieron una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se incluyó una cláusula 5.^a, sobre imputación de gastos y tributos derivados de la constitución de la hipoteca, que, en lo que ahora resulta relevante, establecía:

«QUINTA: Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.^a. [...]»

2.- El Sr. XXX 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 por el demandante como consecuencia de su aplicación.

También pedía la declaración de nulidad de la cláusula sexta sobre intereses de demora.

3.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia concluyó con el siguiente fallo:

«Debo estimar y estimo parcialmente la pretensión de la demanda [...] debiendo:

»- Declarar la nulidad de las Cláusulas Quinta y Sexta establecidas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado en fecha 16 de octubre de 1998, debiendo tenerlas por no puestas, y

»- Condenar a la demandada, como efecto de la nulidad de la cláusula quinta, a restituir a la actora la cantidad de 833,98€, correspondientes a los aranceles de notario y registrador, más el interés legal correspondiente, devengado desde el momento del pago de tales cantidades por el actor y hasta la sentencia, y desde la notificación de la misma los intereses indicados en el art. 576 LEC. Y como efecto de la nulidad de la cláusula sexta, la misma no tendrá efecto práctico alguno al no constar haberse abonado cantidad alguna por tal concepto y tratarse de un contrato ya cancelado».

En el importe de la cantidad objeto de la condena se incluían las siguientes cantidades y conceptos: (i) 683,67 euros por gastos notariales; y (ii) 150,31 euros por gastos registrales.

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por el Sr. XXX y por Banco de Santander, la Audiencia Provincial estimó la apelación del demandante y desestimó la del banco, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar que procede la devolución de la cantidad íntegra reclamada en la demanda interpuesta por XXX contra Banco Santander S.A., como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula quinta del contrato, incluidos la totalidad de los aranceles notariales y registrales y el impuesto de actos jurídicos documentados (correspondiendo a este último concepto la cantidad de 652,66 euros).

5.- Banco de Santander, S.A. ha interpuesto recurso de casación, articulado en un único motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO. - *Recuso de casación. Formulación del motivo*

1.- El recurso se formula, al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción del art. 1.258 del Código Civil (en adelante, CC) en relación con el art. 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, el 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El recurso se interpone bajo la modalidad de interés casacional por la existencia de sentencias contradictorias de distintas Audiencias Provinciales.

2.- En su desarrollo se alega, sintéticamente, que la sentencia recurrida ha infringido los citados preceptos al imponer el pago del impuesto sobre

actos jurídicos documentados y de la totalidad de los gastos notariales y registrales al prestamista, en lugar de atender a lo establecido legal y reglamentariamente respecto de cada uno de esos gastos, decidiendo así arbitrariamente sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula del contrato sobre imputación de gastos.

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

TERCERO. - *Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios. Los gastos notariales y registrales, y el impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios. Estimación del motivo.*

1.- La cuestión suscitada en este motivo, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario hipotecante, ha sido ya resuelta por este tribunal en varias ocasiones. La jurisprudencia generada al respecto se encuentra en las sentencias de Pleno 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero.

En un caso en que se cuestionaba la validez de una cláusula equivalente a la que es objeto de la presente litis, argumentamos en la citada sentencia 48/2019, de 23 de enero, por qué debía considerarse abusiva:

«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».

2.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad, recordamos que, conforme a los art. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago

de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, añadimos a continuación, «cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.) se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente».

3.- Esta doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sido confirmada por la reciente sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Esta sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia:

«una vez que se declara el carácter abusivo de una cláusula y, por lo tanto, su nulidad, el juez nacional debe, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dejar sin aplicación esta cláusula con el fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52 y jurisprudencia citada)» (apartado 50); [...]

»debe considerarse que, en principio, una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61)» (apartado 52) [...]

»el juez nacional debe deducir todas las consecuencias que, según el Derecho interno, deriven de la comprobación del carácter abusivo de la cláusula considerada, a fin de evitar que la mencionada cláusula vincule al consumidor (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 49). En particular, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 62)» (apartado 53).

Después de recordar estas consideraciones, la citada sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, fija la siguiente doctrina sobre la cuestión

objeto de la presente litis, coincidente con la jurisprudencia de esta Sala: «el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes» (apartado 54).

Y añade en el mismo apartado: «Pues bien, si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar».

En correspondencia con esta conclusión, responde a las cuestiones planteadas en relación con el tema de los efectos de la nulidad de la cláusula que se refiere a los gastos de constitución y cancelación de hipoteca del siguiente modo:

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

4.- Es por ello que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados. En este caso, el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y los gastos notariales y registrales.

5. Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, según la cual:

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

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

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

»c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario [...]. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

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

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

6. Respecto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, como «la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento».

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

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

Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad, razón por la cual el banco demandado sólo podía ser condenado a reintegrar la mitad (341,83 euros).

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

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

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la obligación de satisfacer estos gastos correspondía al banco prestamista, por lo que era procedente su condena a reponer a los prestatarios demandantes el importe de lo pagado en tal concepto.

8.- En conclusión, la jurisprudencia de esta sala distinguió, en cuanto a los gastos que son objeto de este procedimiento, entre aquellos gastos cuyo pago, conforme a las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula, correspondía al consumidor y aquellos cuyo pago correspondía al banco, y condenó al banco a pagar estos últimos al

consumidor. Doctrina cuya corrección ha resultado plenamente confirmada por la STJUE de 16 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

CUARTO. - *Consecuencias de la estimación del motivo.*

La estimación del recurso de casación supone modificar la sentencia de apelación, en el siguiente sentido: se deja sin efecto la condena al banco a pagar a los prestatarios el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados; se mantiene la condena al banco a reintegrar a los prestatarios los gastos registrales; y, respecto de los gastos notariales, como se refieren al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, se fija la condena al banco al pago de la mitad, pues fue otorgada en interés de ambas partes.

QUINTO. - *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

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 Banco Santander, S.A contra la sentencia 3/2018, de 10 de enero de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Tercera, en el recurso de apelación núm. 466/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, que modificamos exclusivamente en el sentido de dejar sin valor ni efecto alguno la condena al banco a pagar a los prestatarios el gasto del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y, respecto de los gastos notariales, se condena al recurrente a restituir la mitad.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

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.

