



Roj: **STS 102/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:102**

Id Cendoj: **28079119912019100003**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **23/01/2019**

Nº de Recurso: **2982/2018**

Nº de Resolución: **44/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 7/2018,**
STS 102/2019

CASACIÓN/2982/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 44/2019

Fecha de sentencia: 23/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2982/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Fecha de Votación y Fallo: 12/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

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. 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 Fermina, 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 Fermina, 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. Fermina 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. Fermina, 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 Fermina . 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. Fermina , ...", 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 7^a 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 Fermina 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 Fermina 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 Fermina 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 restituirle 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 Fermina 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 Fermina 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ