

BOLETÍN DIGITAL CIVIL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

AJFV

Número 30
Abril 2019

BREVE APROXIMACIÓN AL DAÑO MORAL

Luis Salinas Ronda

Juez del Juzgado de Primera Instancia N°11 de Palma de Mallorca.

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 Y 49/2019, DE 23 DE ENERO.

Alberto Sánchez Del Olmo.

Magistrado

Juzgado de Primera Instancia 4 de Inca.



NUEVA MUTUA
SANITARIA

Tu seguro
de Ley

www.nuevmutuasantaria.es/mugeju



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Verónica Ponte García



ISSN: 2605-3055

BREVE APROXIMACIÓN AL DAÑO MORAL

Laura Salinas Ronda
Juez del Juzgado de Primera Instancia N°11 de
Palma de Mallorca.

RESUMEN: *El daño moral, como concepto jurídico abstracto, suscita múltiples problemas en su apreciación por los órganos judiciales lo que provoca que el mismo sea reclamado menos de lo deseado en un sistema inspirado en el principio de íntegra reparación. Se pretende ahora arrojar un mínimo de luz sobre algunas de los aspectos más oscuros de esta figura destacando lo aconsejable que sería el establecimiento de unas tablas objeti-*

vas de valoración que arrojasen mayor seguridad jurídica a nuestro sistema.

VOCES: *daño, moral, concepto, acreditación, cuantificación.*

21 de septiembre de 1910, el periódico “El Liberal” publica la fuga de un fraile con la hija menor de edad del alcalde de Totana, Murcia, con la que, se decía, llevaba unos meses manteniendo una relación. Sorprendidos en

la entrada de Lorca, continuaba la noticia, el religioso se suicida.

Estos turbulentos hechos desembocaron en la primera Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 6 de diciembre de 1912,¹ en la que se reconocía la existencia de daño moral. Sin embargo, esta Sentencia no definía el daño moral ni lo reconocía en su sentido puro sino solamente aquel que

tenía consecuencias en el patrimonio de la víctima.

Mucho ha llovido desde esta primera resolución pero las dificultades que plantea el daño moral, (concepto, acreditación y cuantificación), llegan hasta nuestros días. Se pretende ahora aclarar algunas de las cuestiones más polémicas de esta figura.

1.STS, Sala Primera, Sección 1, de 6 de diciembre de 1912 (ROJ: STS 142/1912 – ECLI:ES:TS:1912:142) RESUMEN: La Sentencia enjuicia la publicación en el periódico “El Liberal” de una noticia que resultó ser falsa bajo el epígrafe “Fraile raptor y suicida”. EXTRACTO: “Que la honra, el honor y la fama de la mujer, constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una Sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la Sociedad pública, debiendo, por lo tan-

to, ser apreciados estos daños como uno de los más graves que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar, y a los Tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos, para procurar se fije una norma-reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia.”

CONCEPTO

El daño moral no se encuentra definido en ninguna norma de la legislación española. Este hecho provoca, en ocasiones, que este tipo de daño se defina por exclusión. Así, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU² hablan de definición negativa de daño moral entendiéndolo como el “perjuicio que experimenta una persona que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente en referencia a un valor de mercado”. Pudiera pensarse que entonces la definición de esta figura habrá venido dada por la jurisprudencia, sin embargo, lo cierto es que las resoluciones judiciales suelen limitarse a resolver sobre el supuesto concreto que se les plantea sin hacer mayores valoraciones ni mucho menos definir el concepto de daño moral. A pesar de esta tendencia, sí que existen determi-

nadas resoluciones judiciales que se han atrevido a dar una definición de daño moral. En general, el daño moral suele definirse como “el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico” o la “impotencia, zozobra, ansiedad, angustia” (por todas, STS, Sala Primera, de 31 de mayo de 2000)³.

Lo que sí está claro, con independencia de su definición, es que nuestro ordenamiento prevé un sistema de reparación íntegra del perjuicio creado. Así, en el ámbito penal, el art. 104 del Código Penal⁴ se refiere expresamente a los perjuicios materiales y morales. Por su parte, en el orden civil, los arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil⁵ regulan la indemnización, contractual y extracontractual respectivamente, por cualquier clase de daños y perjuicios.

2. MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. *El daño moral. Derecho privado europeo*. Madrid. Colex. 2003.

3. STS, Sala Primera, de 31 de mayo de 2000 (ROJ: STS 4430/2000 – ECLI:ES:TS:2000:4430) RESUMEN: Se enjuicia la reclamación por daños

materiales y morales efectuada por un cliente de una compañía aérea a causa del retraso de ocho horas padecido en el vuelo. La Sentencia estima que procede la indemnización ya que el retraso fue injustificable, importante y se dio la afección en la esfera psíquica. EXTRACTO: “La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990), la

zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999).”

4. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 24 de noviembre de 1995.*

5. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE 25 de julio de 1889.*

ACREDITACIÓN

La realidad es que el daño moral no suele ser objeto de discusión judicial o por lo menos no lo es, ni de lejos, en la misma medida en que lo es el daño material. Esta ausencia de reclamación se debe a varios motivos. En efecto, además de aquellos supuestos en los que el daño moral no tiene entidad suficiente como para ser reclamado de forma independiente al daño material, existen otros casos en los que el problema recae en la acreditación y en la cuantificación del daño, si bien esta última cuestión será analizada en el siguiente epígrafe. Para salvar el escollo de la acreditación la jurisprudencia viene entendiendo que no hace falta prueba que acredite el daño moral en los casos en los que este tipo de perjuicio se infiera inequívocamente

de los hechos (véase STS, Sala Segunda, sección 1, de 20 de febrero de 2019)⁶. Es decir, se admite un amplio margen de objetivación del daño moral en aquellos supuestos en los que éste se revela como concurrente por la propia naturaleza de los hechos acaecidos. Piénsese por ejemplo en muertes de hijos por negligencia médica, agresiones sexuales, u otros casos semejantes, en los que se considera que cualquier persona, por el simple hecho de serlo, sufre un quebranto psíquico merecedor de una indemnización por daño moral.

Sin embargo, fuera de estos casos más evidentes, el daño moral es un concepto civil y, como tal, debe probarse de conformidad con las reglas de la carga

de la prueba que prevé el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷, y no cabe duda de que la prueba de aquello que

afecto a la esfera más íntima y personal de la persona es compleja y trabajosa.

6.STS, Sala Segunda, sección 1, de 20 de febrero de 2019 (ROJ: STS 524/2019 – ECLI:ES:TS:2019:524) RESUMEN: Se trata de un supuesto de condena por agresión sexual y lesiones en el que se reconoce una indemnización por daño moral a la víctima. EXTRACTO: “La STS de 16 de mayo de 1998 establece que el concepto de daño moral acoge el “precio del dolor”, esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar,

sin necesidad de ser acreditados cuando fluye lógicamente del suceso acogido en el hecho probado, como acontece en el presente supuesto, dada la naturaleza de las infracciones por las que se dicta pronunciamiento condenatorio, que lesionan gravemente la dignidad de la persona”.

7.Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE 8 de enero de 2000.

CUANTIFICACIÓN

Este aspecto es el que, indudablemente, causa más confusión. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, fuera de los supuestos previstos en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor⁸, no hay reglas ni baremos para la cuantificación del daño moral. De esta forma, la variabilidad de casos y la ausencia de elementos objetivos provoca que la cuantificación del daño dependa en buena medida de valores subjetivos. Además, conviene tener en cuenta que la casación civil ha insistido en su ineptitud para valorar los daños y revisar la cuantificación efectuada por las instancias salvo que tal se haya realizado con error notorio, arbitrariedad o con infracción del ordenamiento jurídico (STS, Sala Primera, de 15 de octubre de 2012)⁹.

No obstante esto, existen varias posibilidades que se pueden adoptar a fin de valorar el daño moral sin que la lista que a continuación se va a exponer pretenda ser un *numerus clausus*.

1.1. Aplicación analógica del baremo para accidentes de tráfico. Esta posibilidad se reconoce en el ámbito civil, penal, laboral y contencioso (STS, Sala Segunda, sección 1, de 25 de mayo de 2017)¹⁰.

Es importante poner de relieve que Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor establece un baremo oficial que actualmente, tras la modificación efectuada por la Ley 35/2015,¹¹ cuantifica de forma separada el daño moral señalando a los perjudicados en su art. 62. Además, se prevén indemnizaciones por daño moral en los arts. 104 y siguientes. Por tanto, lo regulado en esta ley puede

constituir una práctica guía a efectos de cuantificación.

Hay que destacar, igualmente, que en la aplicación analógica del baremo de tráfico existe una importante discrepancia en las distintas salas del Tribunal Supremo. De esta forma, las Salas 2^a, 3^a y 4^a sostienen, de forma general, que, fuera del ámbito de los accidentes de circulación, el juez tiene discrecionalidad para decidir si usa el baremo y también para decidir la manera en la que lo aplica (SSTS, Sala Segunda, sección 1, de 25 de mayo de 2017, Sala Cuarta, sección 1, de 15 de enero de 2014 y Sala Tercera, sección 4, de 3 de diciembre de 2012)¹². Por tanto, el órgano judicial podría, razonadamente y atendiendo a las circunstancias, aumentar los niveles de reparación previstos en base a la existencia de un mayor reproche en la conducta realizada. Por su parte, la Sala 1^o de lo Civil del Tribunal Supremo viene sosteniendo que, si bien la decisión de aplicar el baremo fuera de los casos de accidentes de tráfico es discrecional para el órgano judicial, una

vez que éste ha decidido aplicarlo ha de hacerlo de manera plena (STS, Sala Primera sección 1 del 30 de noviembre de 2011)¹³. Esta doctrina, no obstante, ha sido matizada por la STS, Sala Primera, sección 1, de 8 de abril de 2016¹⁴, admitiéndose un cierto margen de flexibilidad en la valoración de aquellos supuestos en los que concurren daños morales que no sean consecuencia de los daños corporales.

1.2. Además de la posible aplicación analógica del baremo, otra opción sería vincular el daño moral al daño material de modo que uno guarde relación cuantitativa con el otro. Esta posibilidad tiene perfecto acomodo, y así se regula, en los supuestos de vulneración al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 9.3 de Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo¹⁵, en los casos relativos al derecho de propiedad intelectual, art. 140.2 de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁶ o en los supuestos de derecho de marcas, art. 43.2 de la Ley 17/2001 de Marcas¹⁷.

1.3. Una tercera opción sería basarse en cifras discrecionales, que no arbitrarias, en base a jurisprudencia existente en casos similares, valoraciones complementarias concurrentes en el supuesto, derecho comparado, principio de equidad,... todo ello partiendo de la libertad que otorga el que no existan normas ni baremos predeterminados. Hay que tener presente que no hay módulos objetivos establecidos por lo que el daño moral siempre tendrá un amplio componente subjetivo.

Al margen de las opciones previstas, lo ideal sería el establecimiento de unas tablas judiciales de valoración del daño moral. Estas tablas dotarían de mayor seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, provocarían un inevitable efecto preventivo y, al menos, reducirían la litigiosidad mediante el incentivo de acuerdos extrajudiciales. Todo ello para que el principio de íntegra reparación que inspira nuestro ordenamiento jurídico tenga plena aplicación.

8. *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad*

9. *STS, Sala Primera, de 15 de octubre de 2012 (ROJ: STS 6343/2012 – ECLI:ES:TS:2012:6343) RESUMEN: Se reclama responsabilidad civil por el fallecimiento de*

una menor de 14 años por un fallo en el sistema eléctrico. EXTRACTO: “Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, que es lo que realmente se discute en este y en el anterior recurso, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los

tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990 , 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001, 30 de julio y 1 de diciembre de 2008), sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001 , 25 de enero y 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo y 21 de abril de 2005, 17 de enero, 27 de febrero, 5 de abril, 9 de junio, 13 de junio y 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006, 30 de julio de 2008), lo que no es del caso puesto que no existe una irrazonable desproporción en la cuantía indemnizatoria fijada.”

10. STS, Sala Segunda, sección 1, de 25 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2222/2017 – ECLI:ES:TS:2017:2222) RESUMEN: Recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña que condenó al acusado por un delito de lesiones. EXTRACTO: “Citaremos por todas

la doctrina que expusimos en nuestra STS 314/2012 del 20 de abril: la aplicación de los criterios cuantitativos del Baremo legal, inicialmente relativo a las consecuencias de la siniestralidad automovilística, si bien en la actualidad se encuentra ya ampliamente recomendada a otros muchos y muy distintos ámbitos como el civil (vid. por ej. STS, Sala 1ª, de 9 de Febrero de 2011), administrativo (STS, Sala 3ª, de 20 de Septiembre de 2011), laboral (STS, Sala 4ª, de 17 de Julio de 2007) y, por supuesto, el penal (STS, Sala 2ª, de 10 de Abril de 2000, entre muchas otras), con base en señaladas razones como las de igualdad de trato, seguridad jurídica, predictibilidad de los pronunciamientos judiciales, entre otras, no deja de serlo con efectos meramente orientativos, matizándose, concretamente en materia de delitos dolosos, la conveniencia de cierto incremento respecto de los importes inicialmente establecidos, con base en el mayor dolor (daño moral) que el padecimiento de esta clase de conductas, intencionadas, pueden originar en el ánimo de quien las sufre, frente a las meramente imprudentes”.

11. Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. BOE 23 de septiembre de 2015.

12. STS, Sala Segunda, sección 1, de 25 de mayo de 2017 (ROJ: STS 2222/2017 – ECLI:ES:TS:2017:2222), mencionada anteriormente. STS, Sala Cuarta, sección 1, de 15 de enero de 2014 (ROJ: STS 200/2014-ECLI:ES:TS:2014:200) RESUMEN: *Se trata del supuesto de una trabajadora que, tras ser reconocida en situación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional con 80 años, solicitó indemnización por daños y perjuicios en aplicación de lo dispuesto en el Baremo para accidentes de circulación. La Sala IV confirma la sentencia de suplicación por entender, en síntesis, que la reparación ha de aplicarse con criterios de igualdad al margen de la edad de la actora. EXTRACTO: “En síntesis, la nueva doctrina establece que la aplicación del baremo es optativa para el juez social, que puede aplicarlo o no; el baremo tiene además un carácter orientador no vinculante en la medida en que los órganos judiciales del orden social podrán apartarse razonadamente de sus criterios, incrementando incluso los niveles de reparación previstos, dadas las particularidades de la indemnización adicional de los accidentes de trabajo, que opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de obligaciones cualificadas de seguridad. Lo importante es que el juzgador razone su aplicación del baremo y su apartamiento de él, para lo que debe hacer una aplicación verte-*

*brada de los daños y perjuicios a indemnizar; atribuyendo a cada uno un valor determinado y razonando las modificaciones que considere necesario establecer.” STS, Sala Tercera, sección 4, de 3 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8109/2012-ECLI:ES:TS:2012:8109) RESUMEN: *Supuesto de responsabilidad sanitaria por el fallecimiento de un paciente al que no se le pautó un tratamiento eficaz para su patología lo que conllevó una pérdida de oportunidad terapéutica. EXTRACTO: “En el caso planteado en el presente proceso la suma fijada por el baremo aplicado resulta claramente insuficiente. Se trata del fallecimiento de la esposa y madre de los recurrentes, persona de 50 años de edad con una menor a su cargo, por lo que la suma de 108.846,51€ que el baremo reconocer al cónyuge y 18.141,08€ a la hija no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización”.**

13. STS, Sala Primera sección 1 del 30 de noviembre de 2011 (ROJ:STS 9288/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9288) RESUMEN: *Se enjuicia un caso de daños y perjuicios derivados de negligencia médica concluyendo que fue acertada la decisión de la audiencia de no conceder una indemnización complementaria por daños morales al estar ya contem-*

plados en la valoración de los daños corporales que hace el baremo. *EXTRACTO*: “... aceptada la aplicación del sistema legal de valoración previsto en el ámbito de la circulación, no cabe acoger una indemnización al margen del mismo, y con menor motivo, cuando el sistema ha demostrado contar con instrumentos suficientes para dar satisfacción al perjuicio moral acreditado”.

14. STS, Sala Primera, sección 1 del 8 de abril de 2016 (ROJ: STS 1420/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1420) *RESUMEN*: Supuesto de demanda interpuesta por la Asociación de Afectados Españoles por el Costa Concordia 2012 en la que se matiza la doctrina jurisprudencial imperante hasta ese momento. *EXTRACTO*: “La utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circu-

lación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, éste último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral.”

15. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE 14 de mayo de 1982.

16. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE 22 de abril de 1996.

17. Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. BOE 8 de diciembre de 2001.

RESUMEN VOCES

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 Y 49/2019, DE 23 DE ENERO

Alberto Sánchez Del Olmo
Magistrado
Juzgado de Primera Instancia 4 de Inca.

RESUMEN

(I) *La comisión de apertura prevista en un contrato de préstamo no puede ser objeto del control de contenido de las condiciones generales de la contratación porque es un componente del precio del préstamo. Criterios de transparencia de esa cláusula.*

(II) *En los contratos de préstamo hipotecario suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de notaría relativos al otorgamiento del*

préstamo y su modificación se atribuyen por mitad a prestamista y prestatario; los de cancelación, se atribuyen íntegramente al prestatario; las copias habrá de pagarlas quien las hubiera solicitado. Los gastos de inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, se atribuyen al prestamista. Los gastos de gestoría se atribuyen por mitad a prestamista y prestatario.

VOCES: *hipoteca; comisión de apertura; gastos de constitución.*

ANÁLISIS

1.1 Comisión de apertura

La sentencia del Tribunal Supremo 44/2019¹ aborda la cuestión del eventual carácter abusivo de la comisión de apertura en los contratos de préstamo hipotecario y rechaza expresamente la doctrina de las Audiencias Provinciales que declara la nulidad de la cláusula de apertura. El Tribunal Supremo se basa en tres argumentos: a) la comisión de apertura forma parte del precio del contrato; (b) los servicios que remunera la comisión de apertura existen necesariamente; y (c) la prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio y la comisión de apertura es inexigible. Por último, como obiter dicta ofrece criterios para medir la transparencia de la cláusula de la comisión de apertura.

(a) La comisión de apertura como precio del contrato.

El Tribunal Supremo establece que el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo. En concreto, la comisión de apertura es la retribución que percibe el banco por la concesión del préstamo.

En este sentido², se puede apreciar que tanto la normativa nacional como la internacional regulan la comisión de apertura de forma separada al resto de comisiones. Así, la exigencia de responder a un servicio específico distinto de la concesión o administración ordinaria del préstamo está únicamente referida al resto de comisiones, no a la comisión de apertura. Esa distinción en el tratamiento indica que la normativa referida concibe la comisión de apertura como parte del objeto principal del contrato.

En definitiva, en tanto que parte del precio del préstamo, la comisión de apertura está excluida del control de contenido que realiza el juez en el examen del carácter abusivo de las condiciones generales del contrato de préstamo.

(b) Los servicios que remunera la comisión de apertura existen necesariamente.

El Tribunal Supremo considera que los servicios que remunera la comisión de apertura necesariamente han tenido que existir puesto que son actuaciones exigidas por la normativa bancaria.³ Por otro lado, considera que la normativa bancaria configura la comisión de apertura como un cobro por actuaciones inherentes a la actividad del prestamista, por lo que resulta incompatible con esa normativa declarar la abusividad de la cláusula precisamente porque tiene por objeto actuaciones inherentes a la actividad del prestamista.

(c) Inexigibilidad de la prueba de proporcionalidad.

La sentencia considera que probar la proporcionalidad entre el coste del servicio y la comisión es ajena a la comisión de apertura, dado que se trata de un elemento del precio del contrato.

Por último, la sentencia ofrece una serie de criterios para determinar la transparencia de la cláusula de comisión de apertura. En concreto, valida la transparencia de la cláusula porque es de general conocimiento entre los consumidores; porque el prestamista está obligado a ofrecer información sobre su existencia con carácter previo; porque se paga al momento inicial del préstamo -por lo que el consumidor medio le presta una especial atención; y porque la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que se trata de un elemento esencial del contrato. Conviene tener en cuenta que los criterios de transparencia utilizados son de general aplicación a toda cláusula de comisión de apertura salvo el último -redacción, ubicación y estructura- que habrá de verse caso por caso.

1.2 Gastos de constitución

Las sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019⁴, concretan la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 en lo que se refiere a los gastos de constitución del préstamo hipotecario. La STS 705/2015⁵ se limitaba a declarar la nulidad de la cláusula que, sin más, imponía al prestatario todos los gastos de constitución. Estas sentencias siguen la línea de las sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018⁶, que concretaban los efectos de esa nulidad en relación a los tributos que gravaban el préstamo hipotecario, y establecen esos efectos en relación a (a) los gastos de notaría por el otorgamiento, modificación y cancelación del préstamo y la expedición de copias; (b) los gastos de inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad; y (c) los gastos de gestoría.

El criterio establecido en estas sentencias es aplicable a todos los contratos de

préstamo suscritos con anterioridad al 16 de junio de 2019, momento de la entrada en vigor de la Ley de los contratos de crédito inmobiliario⁷, que atribuye los gastos de notaría, inscripción de la garantía en el Registro de la Propiedad y gestoría al prestamista (artículo 14.1.e).

Las sentencias parten de la base de las STSs 725/2018, 147/2018 y 148/2018. Así, reiteran la doctrina de que la nulidad de la cláusula de gastos de constitución no produce el efecto restitutorio del artículo 1.303 del Código Civil puesto que no se trata de un pago a la contraparte en el contrato de préstamo hipotecario sino de un pago a tercero. Ahora bien, que no se aplique el artículo 1.303 del Código Civil no implica una ausencia de efectos. El Tribunal Supremo reconoce que la entidad bancaria debe abonar al consumidor las cantidades que habría debido abonar a terceros conforme a las normas del ordenamiento jurídico vigente al tiempo de la firma del contrato, pero fueron pagadas por el consumidor en virtud de

la cláusula declarada nula. Se trata de una situación similar a la del enriquecimiento injusto o el pago de lo indebido que tiene fundamento en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13⁸, interpretado en el sentido de exigir el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula.

Lo verdaderamente novedoso de estas sentencias es que entran a interpretar la normativa vigente relativa a aranceles notariales y registrales. Nótese, no obstante, que alguno de los criterios utilizados ya había sido apuntado por la propia STS 705/2015 y es aquí donde se confirma o perfila.

(a) Gastos notariales.

El pilar que funda la decisión del Tribunal Supremo es una interpretación unitaria del contrato de préstamo hipotecario. Considera que la normativa sobre aranceles notariales no distingue entre varios conceptos (préstamo por su cuantía e

hipoteca por el importe garantizado) sino que le da una consideración unitaria. El arancel se aplica, por tanto, por un solo concepto: préstamo hipotecario.

Pues bien, puesto que la norma 6^a del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, sobre los aranceles notariales⁹, hace recaer la obligación de pago en los interesados y puesto que el préstamo hipotecario ha de considerarse de forma unitaria, tanto el prestamista como el prestatario resultan interesados en los costes de otorgamiento de la escritura. El prestamista porque obtiene un título que es ejecutivo e inscribible en el Registro de la Propiedad. El prestatario porque obtiene un préstamo a un interés más bajo de lo que obtendría sin la garantía hipotecaria. Dado que ambos son interesados, el coste del otorgamiento de la escritura se establece por mitad.

El mismo razonamiento se aplica a la escritura de modificación del préstamo hipotecario. En cambio, si se tratara de una escritura de cancelación de la hipote-

ca, considera el Tribunal Supremo que el único interesado es el prestatario, a quien interesa el alzamiento del gravamen. De ahí que el eventual coste haya de imputarse al prestatario. Por último, siguiendo ese criterio de imputación por interés en el acto, atribuye el coste de las copias de cualquiera de las escrituras notariales a quien la hubiera solicitado.

(b) Gastos registrales.

En este caso, el criterio de imputación del coste que refleja el Real Decreto 1427/1989, sobre aranceles de los Registradores de la Propiedad¹⁰, no es el interés, sino que el obligado al pago es aquél a cuyo favor se inscriba el derecho. Puesto que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del prestamista, corresponde a éste hacerse cargo del gasto.

(c) Gastos de gestoría.

Respecto a estos gastos, la argumentación del Tribunal Supremo es algo menos

sólida. Reconoce que no existe una norma que determine un criterio de imputación y aplica, sin más, el criterio del interés, considerando como interesado a ambas partes y repartiendo el gasto por mitad.

2 Conclusión

El Tribunal Supremo ha blindado la comisión de apertura, distinguiéndola del resto de comisiones y excluyéndola del control de contenido. Esta postura no parece haber sido corregida por la Ley de los contratos de crédito inmobiliario, que regula la comisión de apertura de forma similar a la anterior redacción del artículo 5 b) de la Ley 2/2009¹¹. Es decir, la nueva Ley también distingue entre las comisiones por servicios prestados (artículo 14.3) y la comisión de apertura (artículo 14.4), de forma que los argumentos del Tribunal Supremo serían válidos incluso tras la entrada en vigor de la nueva Ley.

En relación a los gastos de constitución, el Tribunal Supremo mantiene su doctrina

relativa a que la nulidad de la cláusula de gastos de constitución no implica el efecto restitutorio del artículo 1.303 del Código Civil y reparte el gasto en función de los criterios de imputación contenidos en la normativa sobre aranceles de Notarios y Registradores. Conviene notar que el criterio es aplicable a todos los contratos de préstamo hipotecario que actualmente están en el tráfico jurídico, puesto que la Ley de los contratos de crédito inmobiliario no aplica efectos retroactivos a los nuevos criterios de reparto de gastos, sino que estos son aplicables a los contratos suscritos tras su entrada en vigor.

El principal problema de la solución aportada por el Tribunal Supremo es salvar las críticas de quienes recuerdan la prohibición¹² de acudir a normas supletorias de derecho interno para integrar el contrato salvo el concreto supuesto de que la ausencia de la cláusula obligue a anular el contrato, resultando perjudicado el consumidor. Lo cierto es que creo que la solución adoptada puede distinguirse de

una aplicación supletoria de derecho interno, precisamente por la particularidad de que el perjuicio económico para el consumidor se ha debido a un pago a tercero y no a la contraparte. En efecto, en estos supuestos no se trata de suplir lo pactado por las partes y declarado nulo sino que, excluida la cláusula del contrato y tratándose de un pago a un tercero, podría haber existido un enriquecimiento injusto por parte del prestamista (o un pago indebido por parte del consumidor). Para determinar si ha existido ese enriquecimiento injusto o para determinar si el pago era o no debido, ha de estarse a la normativa que específicamente establece quién es el obligado al pago. Si de esa normativa resulta el enriquecimiento injusto o un pago indebido, habrá de restablecerse la situación patrimonial del consumidor. Es decir, no es tanto una aplicación supletoria de una norma de derecho interno como un parámetro de referencia para determinar si ha de restablecerse o no la situación patrimonial del consumidor.

En todo caso, en los contratos suscritos después del 16 de junio de 2019, momento de la entrada en vigor de la Ley de los contratos de crédito inmobiliario, corresponderán al prestamista los gastos de aranceles notariales, los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad y los gastos de gestoría.

Resumen y extracto de sentencias citadas.

- Nota 5: STS Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618

Resumen: en lo que aquí interesa, la sentencia confirma la nulidad de la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos, tributos y comisiones derivados del préstamo hipotecario.

Extracto: *“la cláusula discutida 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”.

- Nota 6: STSs Sala Primera, ambas de 15 de marzo de 2018 (ROJ: STS 848/2018; y STS 848/2018– ECLI:ES:TS:2018:848; y ES:TS:2018:849

Resumen: ambas establecen las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos de constitución en cuanto al impuesto de actos jurídicos documentados, aplicando la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Extracto: *“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 (en sentido amplio, incluyendo impuestos) 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. [...] Así pues,*

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 (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento”.

- Nota 12: STJUE de 7 de agosto de 2018
ECLI:EU:C:2018:643

Resumen: en lo que aquí interesa, valida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la supresión de la cláusula de intereses de demora y el devengo de los intereses remuneratorios, razonando sobre la

posibilidad de integrar el contrato con una norma de derecho supletorio.

Extracto: *“Aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización”*

1. STS Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ:STS102/2019–ECLI:ES:TS:2019:102).

2. En concreto, los artículos 4.1 y 4.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente al tiempo

del contrato) BOE 11 de mayo de 1994; la norma tercera, apartado 1 bis b) de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela BOE 20 de septiembre de 1990; y el artículo 5.2 b) 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 BOE 1 de abril de 2009, en su redacción anterior a la Ley 15/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario BOE 16 de marzo de 2019 (en adelante, “Ley de los contratos de crédito inmobiliario”).

3. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, BOE 5 de marzo de 2011 y capítulo 6 de la directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento UE 1093/2010 DOUE 28 de febrero de 2014.

4. STSs Sala Primera, todas ellas de 23 de enero de 2019 (ROJs: STS 102/2019; STS 101/219; STS 103/2019; STS 104/2019; y STS 105/2019 – ECLIs: ES:TS:2019:102; ES:TS:2019:101; ES:TS:2019:103; ES:TS:2019:104; y ES:TS:2019:105, respectivamente).

5. STS Sala Primera, d 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5618). En adelante, “STS 705/2015”.

6. STSs Sala Primera, ambas de 15 de marzo de 2018 (ROJ: STS 848/2018; y STS 848/2018–ECLI:ES:TS:2018:848; y ES:TS:2018:849. En adelante, “STS 147/2018 y 148/2018”.

7. Ver nota 2.

8. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores DOUE 21 de abril de 1993.

9. Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios BOE de 28 de noviembre de 1989.

10. Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad BOE 28 de noviembre de 1989.

11. Ver nota 2.

12. Por ejemplo, en la STJUE de 7 de agosto de 2018 ECLI:EU:C:2018:643.